

idi 18/2.9

**Institut de Droit international
Annuaire, Vol. 63, Tome I
Session de Saint-Jacques-de-Compostelle 1989
Travaux préparatoires**

**Institute of International Law
Yearbook, Vol. 63, Part I
Session of Santiago de Compostela 1989
Preparatory work**

Institute of International Law

Yearbook

Vol. 63, Part I

Session of Santiago de Compostela 1989
Preparatory work

Justitia et Pace

Editions A. PEDONE - 13, rue Soufflot - Paris

Institut de Droit International

Annuaire

Vol. 63, Tome I

Session de Saint-Jacques-de-Compostelle 1989

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) 736-07-72

M^{me} Hans Wehberg,
Conseiller,
M^{lle} Monique Chuard,
Genève (Suisse)

Trésorerie :

M. Frank Vischer,
Trésorier,
22, Bäumleingasse
CH-4011 Bâle (Suisse)
Tél. (061) 23-30-60

M^{me} René Lachenal,
12, rue du Vieux-Moulin,
CH-1213 Onex-Genève (Suisse)
Tél. (022) 792-41-09

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 1989 by Editions Pedone

Printed in France by Bosc Frères, 69600 Oullins

ISBN 2-233-00199-0

Table des matières

Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of States

Les aspects récents de l'immunité de juridiction des Etats (Fourteenth Commission)

<i>Supplementary Report by Ian Brownlie, Q.C.</i>	13
I. — Introduction	13
II. — The General Approach : its Presuppositions	14
III. — The General Approach : the Principal Elements	16
IV. — The General Approach : Relation to Positive Law	18
V. — Pre-judgment Attachment and Seizure in Execution	19
VI. — Specific Issues raised in the General Debate	20
VII. — Commentary on Amendments submitted during the Cairo Session ..	24
VIII. — The Current Position assessed	28
Changes proposed in the draft Resolution as incorporated informally by the Rapporteur	29

Arbitration between States and foreign enterprises

L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères

(Eighteenth Commission)

<i>Preliminary Report by Mr. Arthur T. von Mehren (Rapporteur) and Mr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Co-Rapporteur)</i>	31
Introductory Note	31
A. — Questionnaire from the Preliminary Report (<i>Exposé Préliminaire</i>) (First Version) of October 19, 1984	31
Scope of the Inquiry	31
Issues for Discussion	32
A. — Preliminary Issues	32
B. — The Technique of Arbitration	33
C. — Additional Matters	34
B. — Preliminary Report (<i>Exposé Préliminaire</i>), Revised Version of July 23, 1985	35
I. — The Institute's recent resolutions bearing upon the work of the Eighteenth Commission	35
II. — The special importance of arbitration in economic and commercial relationships between foreign enterprises and sovereign States, State entities, or State enterprises	39

A. — In general	39
B. — Possible objections to recourse to arbitration for contracts between States and foreign enterprises	41
III. — Scope of the Eighteenth Commission's work: the arbitral process	43
A. — Arbitration with State enterprises or entities are included	43
B. — Should arbitration provided for by treaty provisions be covered?	43
C. — The arbitration process: Issues	44
1. The relation between the arbitration process and national law	44
2. Practical problems of process in arbitration between public parties and foreign enterprises	46
IV. — Scope of the Eighteenth Commission's work: Other issues .	48
<i>Annex I: Observations of the Co-Rapporteur, Mr. Eduardo Jiménez de Aréchaga</i>	52
1. On the Rapporteur's First Draft of the Preliminary Report, Montevideo, 15 August 1984	52
2. On observations of Commission Members on the Preliminary Report, Montevideo, 29 March 1985	55
<i>Annex II: Observations of the Members of the Eighteenth Commission on the Preliminary Report</i>	59
1. Observations of Mr. Ranjan Amerasinghe	59
2. Observations of Mr. Christian Dominicé	61
3. Observations of Mr. Berthold Goldman	65
4. Observations of Mr. Georges van Hecke	68
5. Observations of Mr. F.A. Mann	69
6. Observations of Mr. Paul Reuter	70
7. Observations of Mr. Fouad A. Riad	74
8. Observations of Mr. François Rigaux	77
9. Observations of Mr. Stephen M. Schwebel	81
10. Observations of Mr Michel Waelbroeck	86
11. Observations of Mr. Prosper Weil	88
<i>Draft Resolution and Draft Report by Mr. Arthur T. von Mehren (Rapporteur) and Mr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Co-Rapporteur)</i>	90
A. — Draft Resolution and Questionnaire of April 14, 1987	90
1. Questionnaire of April 14, 1987	90
2. Projet provisoire de résolution	91
3. Table of correspondences for the three versions of the Draft Resolution	99
B. — Draft Report by Mr. Arthur T. von Mehren (Rapporteur) and Mr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Co-Rapporteur)	100

Introductory Note	100
I. — The Institute's task	101
II. — The arbitral process	102
A. — Non-domestic Arbitration in general	103
1. Introductory: Why is non-domestic commercial arbitration widely used today?	103
2. The process characteristics of non-domestic commercial arbitration	104
a. Characteristics required in arbitrations generally	104
(1) Separability	104
(2) <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	105
(3) Party cooperation not essential once the tribunal is constituted	105
(4) Refusal or inability of an arbitrator to participate need not halt the proceeding	106
b. Characteristics essential for non-domestic arbitrations	106
(1) Introductory	106
(2) Non-domestic arbitration's juridical character	107
(3) Party autonomy; non-domestic arbitration ..	109
(4) Propositions that follow from the denationalized character of delocalized arbitration ..	111
B. — Non-domestic arbitrations to which a State is a Party	112
1. Introductory	112
2. The applicable law	113
a. <i>Dépeçage</i> and non-national sources	113
b. Exclusion of mandatory rules and principles of public policy pursuant to party agreement	115
c. Application pursuant to party agreement of mandatory rules and of rules of public law	122
3. The arbitrability of claims that would not be entertained by national court systems	123
a. Introductory	123
b. Claims for taxes	124
c. Claims for fines and penalties	128
C. — Public international law issues in arbitrations between States and foreign private enterprises	130
1. Introductory	130
2. Pleas of sovereign immunity as a bar to arbitration	131
3. Claims by State Parties to lack of capacity or authorization	132
4. The appropriateness of an arbitral tribunal constituted by a State and a private party determining the State's responsibility under international law ..	133
5. The effect of a stipulation for international law	133
III. — Limitations and requirements imposed by national legal orders on non-domestic arbitrations between States and foreign enterprises	134
IV. — The consequences of restrictive views held by national legal systems	138

Annex III : Observations of the Members of the Eighteenth Commission on the Draft Resolution and Draft Report	141
1. Observations of Mr. Ranjan Amerasinghe	141
2. Observations of Mr. Mohammed Bedjaoui	147
3. Observations of Mr. Christian Dominicé	161
4. Observations of Mr. Berthold Goldman	163
5. Observations of Mr. Georges van Hecke	170
6. Observations of Mr. F.A. Mann	172
7. Observations of Mr. Fouad A. Riad	179
8. Observations of Mr. François Rigaux	181
9. Observations of Mr. Stephen M. Schwebel	184
10. Observations of Mr. Michel Waelbroeck	186
11. Observations of Mr. Prosper Weil	188
Final Report and Final Draft Resolution	191
A. — Final Report	191
I. — Introduction	191
A. — The Resolution's drafting history	191
B. — Scope of the Final Report	192
II. — The Resolution's general characteristics	192
A. — Arbitrators - not Courts - are addressed	192
B. — An Arbitral <i>Lex Fori</i> is Provided	193
1. Introductory	193
2. Jurisdictional theory: Its inadequacies	194
3. Other theories	195
4. The propositions underlying the Resolution's approach to the <i>lex fori</i> problem	196
III. — The <i>lex fori</i> for arbitrations involving State Parties	196
A. — In general	196
B. — The positions taken by the Resolution	197
1. Separability, <i>Kompetenz-Kompetenz</i> , and delaying or obstructing tactics	197
2. The law applicable to issues respecting the arbitration clause's validity	197
3. Party stipulation of the <i>lex arbitrii</i> and the <i>lex causae</i>	198
4. The plea of sovereign immunity	199
IV. — Conclusion	200
B. — Final Draft Resolution	202
 <i>L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé</i>	
Equality of treatment of the <i>lex fori</i> and foreign law in national codifications of private international law	
(Dixième Commission)	
Rapport provisoire présenté par M. Pierre Gannagé	205

Présentation et délimitation du sujet	205
I. — Egalité et établissement de la règle de conflit	215
II. — L'égalité et les procédés de mise en œuvre de la règle de conflit ..	225
a) Le pouvoir d'initiative du juge	225
b) L'établissement du contenu de la loi étrangère	229
c) Les conséquences du défaut d'application de la loi étrangère	232
Questionnaire	237
<i>Annexe : Observations des membres de la Dixième Commission sur le rapport provisoire et le questionnaire de M. Gannagé</i>	241
1. Observations de M. Henri Batiffol	241
2. Observations de M. J.A. Carillo Salcedo	244
3. Observations de M. A. Ferrer Correia	247
4. Observations de M. G. van Hecke	255
5. Observations de M. E. Jayme	258
6. Observations de M. A. von Overbeck	260
7. Observations de M. G. Parra Aranguren	263
8. Observations de M. A. Philip	265
9. Observations de M. W. Reese	267
10. Observations de M. F. Schwind	269
11. Observations de M. F. Vischer	272
<i>Rapport définitif</i>	275
<i>Projet de résolution</i>	305

La sauvegarde des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats

Protection of human rights and the principle of non-intervention in the domestic concerns of States

(Huitième Commission)

<i>Rapport provisoire présenté par M. Giuseppe Sperduti</i>	309
<i>Annexe I : Questionnaire faisant partie (partie V) de l'exposé préliminaire</i> ..	352
<i>Annexe II : Document de travail établi par le rapporteur à l'intention des membres de la Huitième Commission</i>	354
<i>Annexe III : Observations des membres de la Huitième Commission</i>	358
1. Observations de Mlle K. Marek	358
2. Observations de M. P. De Visscher	359
3. Observations de M. G. Ténékidès	363
4. Observations de M. M. Sahovic	373

Rapport définitif	376
Annexe I : Observations des membres de la Huitième Commission sur le projet de résolution révisé n° 2	403
1. Observations de M. A. Truyl y Serra	403
2. Observations de M. G.E. de Nascimento e Silva	404
3. Observations de M. P. De Visscher	404
4. Observations de Mlle K. Marek	407
5. Observations de M. G. Tunkin	411
6. Observations de M. Y. Dinstein	412
7. Observations de M. L. Henkin	414
Annexe II : Observations des membres de la Huitième Commission sur le projet de résolution révisé n° 4	417
1. Observations de M. L. Henkin	417
2. Observations de M. G. Tunkin	418
3. Observations de M. M. Sahovic	419
4. Observations de M. P. De Visscher	422
5. Observations de M. B. Boutros-Ghali	425
6. Observations de M. R.J. Dupuy	425
7. Observations de M. J.F. Lalive	427
Annexe III : Observations des membres de la Huitième Commission sur le projet de résolution révisé n° 5	432
1. Observations de M. M. Sahovic	432
2. Observations de M. L. Henkin	433
3. Observations de M. Kéba Mbaye	433
4. Observations de M. Y. Dinstein	434
5. Observations de M. F. Capotorti	434
6. Observations de M. G. Tunkin	435
7. Observations de M. P. Pescatore	436

Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of States

Les aspects récents de l'immunité de juridiction des États

(Fourteenth Commission)

Supplementary Report

Ian Browlie, Q.C.

I. Introduction

At the Cairo Session this topic was placed last on the agenda, but there was sufficient time for a general debate and the tabling of a series of amendments to the draft resolution. With the approval of the Secretary-General, the Rapporteur has prepared a Supplementary Report in response to the general debate. As a matter of good order, the proper course of action at this stage would appear to be to leave the various amendments on the table, whilst indicating the Rapporteur's views in each case. Of course, since this document is entirely the work of the Rapporteur, the opinions expressed do not preclude expressions of view by other members of the Fourteenth Commission.

It is obvious that the key question is whether the Institute will accept the general approach proposed by the Fourteenth Commission, and consequently the main focus of this Supplementary Report is the elucidation of the *modus operandi* adopted in the Definitive Report and draft resolution. And, of course, it goes without saying that it would be most helpful if *confrères* could find the time to study both the Preliminary and Definitive Reports prepared by the Rapporteur.

The agenda adopted for present purposes is as follows :

1. A recapitulation of the *modus operandi* adopted in the Definitive Report and draft resolution (sections II to V).

2. Specific responses to certain comments offered during the general debate (section VI).

3. A commentary upon the amendments submitted at Cairo (section VII).

4. The current position assessed (Section VIII).

II. *The General Approach : its Presuppositions*

It will be useful to provide a recapitulation of the *modus operandi* proposed in the Definitive Report and draft resolution. The general approach rests upon the following presuppositions :

(a) Whilst it would have been perfectly possible to propose the categorical adoption of some version of the principle of "restrictive immunity", such a facile solution would have no useful outcome. The availability of the principle of restrictive immunity, and its supplementary elements, such as the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, has not in practice resulted either in clarity or in consistency of decision. Consequently, the Fourteenth Commission had no difficulty in deciding to seek a different solution.

(b) The work of the Commission should not be confined to the peculiarities of "procedural" immunity (immunity *ratione personae*). As a matter both of essence and of practicality, it would be unacceptable to exclude the area commonly referred to as "immunity *ratione materiae*". The Commission had no difficulty in deciding to encompass the general question of the competence of municipal courts. In any case it is generally recognised that many instances of immunity *ratione personae* involve elements of *ratione materiae*. Moreover, few if any writers on the subject have tried to insist that the latter is to be regarded as a kind of analytical intruder. It may be recalled that in his pioneering analysis published in 1951 (*British Year Book of International Law*, Vol. 28, pp. 220-72), Hersch Lauterpacht avoided this type of segregation.

Indeed, the emphasis on the nature of the subject-matter, which is a concomitant of the approach of Lauterpacht, and also of the proponents of the principle of restrictive immunity in general, has inevitably given greater prominence to the question of the essential competence of the judicial organs of the forum State.

(c) The analytical model which forms the background is as follows :

(i) Immunity *ratione personae*, which is *either* a privilege derogating from a subject-matter jurisdiction which would otherwise exist, *or* a privilege to be recognised on a contingency basis *in case* a subject-matter jurisdiction exists.

(ii) The issue may be outside the competence of the courts of the forum in any case if there is no basis for the exercise of ordinary subject-matter jurisdiction (in the sense of general international law) in terms of connection with the State of the forum.

(iii) Even if there is no immunity *ratione personae*, and a basis for subject-matter jurisdiction exists, the question still remains whether, as a matter of essence, the courts of the forum have a competence (in terms of general international law) in respect of the issue. The issue here is not one of the territorial reach of jurisdiction but its propriety in terms of other legal principles and policies.

It is clear that the third phase of the analysis is the important one for present purposes. Obviously, the mandate of the Fourteenth Commission excludes the question of ordinary subject-matter jurisdiction. That leaves steps (i) and (iii). In certain cases the scope of immunity *ratione personae* is narrowly defined (it has been noted that the Vienna Convention on Diplomatic Relations does not apply to diplomatic bank accounts) and in any event the principles of immunity *ratione personae* are specified in a discrete *corpus* of rules : hence the provisions of Article VII of the draft resolution.

Given the logical separation of the issues, the amendment (No. 2) proposed by Mr. Bowett makes eminently good sense.

(d) It has been assumed that the essence of things rather than the labels used (at various times and with no obvious consistency) should predominate. Consequently, if a judicial decision uses the

term "justiciability" in a context in which considerations of public international law and/or comity were clearly taken into account, such decision would be relevant for present purposes. It would, after all, be extremely artificial to exclude material simply because the terminology of immunity as such were not employed. It would be equally artificial to reject the relevance of such material simply because, in the given case, the defendant was not a State.

(e) A further assumption has been that the term "jurisdictional" for present purposes has an extensive connotation and includes all those organs of the State, whether judicial or administrative in nature, which have either powers of jurisdiction or consequential powers of enforcement (including pre-judgment attachment in aid of execution: *saisie conservatoire*). This extensive significance has been indicated in the draft resolution by use of the phrase "the legal system of the forum State". (However, some other term can be substituted if this be necessary to facilitate translation into the French language).

(f) It has also been assumed that the task of the Institute is to provide rules and criteria for the use of *all* authoritative decision-makers involved in the characterisation of the competence of the judicial organs either directly or indirectly. Thus the executive and the legislature may be bound to make an assessment of what the courts may properly do or be required to do by legislation. In case of an international dispute, the pertinent foreign ministries and, if third party settlement be resorted to, the relevant international tribunal or conciliation commission, will call up the rules and principles available.

III. *The General Approach : the Principal Elements*

The first element consists of the position that the conventional view of "immunity" as a concept is flawed because there is a lack of an adequate, a properly articulated, conceptual foundation (Definitive Report, *Annuaire*, Vol. 62, I, 46-47). The principles most commonly invoked to justify or explain the idea of immunity tend to beg the question and speak with an uncertain voice when specific factual situations are presented for characterisation.

The second element involves a focus upon the nature of the issue as a principal factor in deciding which is the appropriate forum (as opposed to the status of the defendant). This approach rests upon what is believed to be a fact, namely, that the principal area of concern is "immunity *ratione materiae*" (so called), and that even cases of immunity *ratione personae* often contain substantial elements of the former.

The third element (which received ample support within the Commission) is the view that pre-existing nostrums based exclusively upon the distinction *jure gestionis* / *jure imperii* are not found to be very helpful by decision-makers. Thus recent formulations reflecting to some degree the so-called "principle of restrictive immunity", such as the Montreal Convention produced by the I.L.A., or the United Kingdom State Immunity Act, have not produced any detectable alleviation of the problems of characterisation. In fact, the United States courts, when faced with the more extreme versions of restrictive immunity imposed by legislation, have fallen back on criteria of propriety or competence based upon other legal categories, such as "political question", "non-justiciability", or "Act of State". To ignore such judicial conduct on the basis that is in a formal sense irrelevant, when the policy elements are very closely allied to immunity, is to insist upon a stultifying formalism.

The fourth element consists of a need, consistent with the nature of the Institute, to avoid treating any particular national model as a basis for a resolution. What has been sought has been a set of broad principles, criteria or indicia, which will assist a great variety of decision-makers in the task of characterising often very complex factual matrices. It must also be noted that the formulations contained in recent national legislation tend to restate rather than to solve the problem as a consequence of using phrases which present notorious problems of interpretation.

The fifth element is methodological. Articles II and III of the draft proposed by the Commission do not embody a single "principle" but present an apparatus consisting of two sets of "criteria" which are countervailing, and thus require "balancing up" in the given case. The first paragraph of Article II states in clear terms

that "no presumption is to be applied concerning the dominance or priority of either group of criteria."

The sixth element is a reliance upon the available judicial experience. It was surprising to hear the view (expressed during the general debate) that the draft resolution does not reflect practice. It is certainly intended to reflect judicial practice: which is the primary source of the criteria proposed. The criteria have been drawn directly from the recent experience of municipal courts and are not based upon an espousal of theoretical options. Indeed, to produce a draft based upon a simplistic and ritualist recycling of familiar phrases would appear to be an essentially barren exercise.

IV. The General Approach : Relation to Positive Law

As a matter of elucidation it is necessary to respond to the point (made on occasion in the general debate) that the draft resolution (in whole or in part) did not represent existing law or, which is nearly the same thing, did not conform to State practice. This type of reaction has a certain justification, since the Commission did not see its task in terms of straightforward codification. The role of the Institute is surely that of the development of legal principles rather than a simple reordering of already recognised principles. At the the same time, it is beside the point to raise the question of "State practice". On many critical points the practice of States is either not yet coherent or consists of legislation which itself stands in need of elucidation. Moreover, the nature of the problems under consideration is such that the most relevant and instructive material consists of the practice of the judicial organs of States, and this has been taken into account.

It is true that State practice may be relevant in the very particular sense that the view of the Institute on a particular issue may well be determined by the acceptability of a particular position in the diplomatic market-place. If that route is to be taken, the danger will be the appearance of competing camps based on the over-simplified ideogram of the principles of "absolute immunity" and "restrictive immunity" (*cf.* the Report of the International Law Commission on the work of its Fortieth Session, G.A.O.R., 43rd sess., Suppl. No. 10 (A/43/10), pp. 258-9 (paragraphs 500-503)).

V. *Pre-judgment Attachment and Seizure in Execution*

Whilst the majority of the Fourteenth Commission accepted the proposal of the Rapporteur on these topics, Mr. Bedjaoui gave expression to substantial reservations on the proposal. Moreover, the pertinent part of the draft resolution is the subject of an amendment proposed by MM. Bedjaoui and Sucharitkul (No. 1) (and see the Addendum 1 submitted by Mr. Sucharitkul).

The treatment adopted in the draft resolution has been explained in the Definitive Report (*Annuaire*, Vol. 62, I, 87-93) and for present purposes it will suffice to make three points by way of emphasis. The first is historical, and yet also one of logical consistency. It has long been a problem of the "Principle of restrictive immunity" that is was (generally speaking) *not* applied at the phase of execution. Yet if the principle is sound, why should it be categorically excluded at the more critical phase of the judicial process? The second point concerns operational efficacy. Even when a court has adopted (or been required by legislation to adopt) a principle of immunity from execution, the need for careful characterisation of issues still arises in the case of State agencies of various kinds. In this context, if it is accepted that the test of "separate legal personality" is unattractive, then the decision-maker is forced to use other and more rational criteria (*Annuaire*, Vol. 62, I, 91-92).

The third point concerns the political acceptability of the solution proposed. Sir Ian Sinclair has pointed out (*Hague Recueil*, Vol. 67, pp. 218-20) that the distinction between "immunity from jurisdiction" and "immunity from execution" reflects very real differences in the sensitivities of States and there is no reason to doubt this assessment of the diplomatic atmosphere in these matters. The possible consequence is that Article V of the draft may be amended in such a way that its provisions are, so to speak, detached from the system of Articles II and III and (for example) the position is related to the operation of the principle of consent (see the Amendment submitted by MM. Bedjaoui and Sucharitkul). The exclusive basis of such a change in the system of the draft resolution would be political acceptability, since there is no logically defensible *legal* consideration for such segregation of the question of enforcement jurisdiction.

VI. *Specific Issues raised in the General Debate*

Whilst the response is not exhaustive, the purpose of this section is to review specific issues raised during the general debate (but comment on *amendments* submitted will be reserved at this stage).

1. *Mr. van Hecke* (*Annuaire*, Vol. 62, II, 258), and *Mr. Mann* (*ibid.*, 260), expressed the view that the draft resolution should be restricted in its application to proceedings in which a foreign State was a defendant. The Rapporteur would have no major difficulty in confining the application of the draft in this form. However, he disagrees with the view (of Mr. van Hecke) that justiciability "was not a matter for international law".

2. *Mr. van Hecke* (*ibid.*, 258) asked (in reference to Article 2(a)) whether it was the Rapporteur's position that in disputes between two private parties the court should consider the interpretation of a treaty a non-justiciable issue. The answer (whether a State is involved in the proceedings or not) would be that everything would depend upon the particular circumstances and the nature of the issue which gave rise to the pertinence of the treaty concerned. In any event, Article 2(a) is a criterion and not a categorical principle, and this the opening paragraph of Article 2 makes clear. The same considerations apply also to Mr. van Hecke's reference to the question whether a nationalisation was or was not contrary to international law.

3. *Mr. Skubiszewski* (*ibid.*, 259) pointed out "that neither the reports nor the draft resolution referred to the principle of reciprocity which figured prominently in the practice of some States and the judicial decisions of their courts". Whilst this principle would, so to speak, cut across the system of Articles II and III of the draft resolution, there would be no objection to its embodiment in a separate Article.

4. *Mr. Mann* (*ibid.*, 260) and *Mr. Jean-Flavien Lalive* (*ibid.*, 266) take the point that the draft resolution appears to discard the notions of acts *jure gestionis* and *jure imperii*. At one level this is true, since these notions are not employed as such and indeed the Commission gave strong support to the Rapporteur's view that

" the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is unsuitable as a basis for the development of the law " (see the Preliminary Report, *Annuaire*, vol. 62, I, 25-26 (paras. 31-35)), and the replies to Question 10 of the Questionnaire: *ibid.*, 116-17 (Bedjaoui), 127 (Bos), 129 (Crawford), 132 (Diez de Velasco), 139 (Francscakis), 147 (Sucharitkul). Cf. the response of Takano: *ibid.*, 157.

It may be recalled that, in his excellent lectures at the Hague Academy, Mr. Jean-Flavien Lalive observed, with reference to the distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, that :

« Il est généralement admis que cette distinction se heurte à des difficultés considérables du point de vue de la technique juridique. Le problème de qualification a jusqu'à présent fait obstacle à l'élaboration d'une règle générale et précise. » (Hague *Recueil*, vol. 84 (1953, III), 205 at p. 282).

In fact, the operational method employed in Articles II and III of the draft resolution does not altogether exclude the distinction alluded to in this passage, but articulates certain of its elements in order to enhance their practical applicability: see the Definitive Report (*Annuaire*, Vol. 62, I, 47-48, 54-83). And, of course, these elements form part of a set of countervailing *criteria* and thus do not represent categorical principles.

5. Mr. Stevenson (*ibid.*, 260, 272) pointed out that Article 2(a) and (b) seemed to be intended to give effect to foreign acts of State in *all* cases. This is not the intention. In the first place, the draft Article relates to the competence of the courts of the forum State and not to the validity of foreign acts of State. Secondly, Article 2 is complemented by the criteria set forth in Article 3 and thus there is no categorical provision concerning acts of State.

6. Mr. Dominicé (*ibid.*, 262), like some others, made the point that the phrase « compétence d'un ordre juridique » was inappropriate at least in its French language connotation. To the Rapporteur this seems to be simply a problem of translation. The English phrase "legal system of the forum State" employed in the draft resolution in fact refers to the relevant organs of the State. As it has been pointed out already, the term is intended to refer to all

those organs of the State, whether judicial or administrative in nature, which have either powers of jurisdiction or consequential powers of enforcement.

7. Mr. Lachs (*ibid.*, 266) has emphasised the role of good faith (which concept is expressly invoked in Article III (c)), and proposed that the provision should either apply to the whole resolution or be left out completely. The Rapporteur sees no reason why the principle should not be given prominence in a special provision (see the amended draft resolution *below*).

8. Mr. Virally (*ibid.*, 267) was disturbed by the fact that the draft resolution was not confined to the issue of immunity of the State *ratione personae* but extended to the competence of the State of the forum. This aspect of the matter has been considered in section III above. In brief, it can be stated that both the literature and the jurisprudence of the municipal courts have for many years included the area described as "immunity *ratione materiae*" within the category of problems conventionally described as "jurisdictional immunity" : see, for example, the treatment by Hersch Lauterpacht, *British Year Book of International Law*, Vol. 28 (1951), 220-72 ; Jean-Flavien Lalive, *Hague Recueil*, Vol. 84 (1953, III), 205-389 ; Rousseau, *Droit international public*, IV (1980), 11-17. The brutal fact is that the very conception of "restrictive immunity", and the search for criteria on which to base the restriction, presupposes that the "immunity" no longer rests upon the *status* of the defendant State as such, since acts of the State are to be subjected to a further process of discrimination, according to criteria relevant *ratione materiae*.

9. Mr. Li (*ibid.*, 268) stated that, in respect of the issuance of loans, the general practice of States was to regard this as an act *jure imperii* and therefore attracting immunity. The Rapporteur would refer to the text of the Definitive Report (*Annuaire*, Vol. 62, I, 68-70), where the position adopted in the draft resolution is explained. The conditions in which loans are made and guarantees given are very varied and it was felt that a *categorical* provision relating to "public loans" would not be a useful indicator.

10. Sir Ian Sinclair (*ibid.*, 268-9) had sought to characterise the

contents of Articles II and III of the draft resolution in terms of "incompetence *ratione materiae*", "non-justiciability", and so forth. In response, the Rapporteur can only suggest that Sir Ian has failed to appreciate the character and role of the contents of Articles II and III as general *criteria* (and as countervailing criteria, moreover), rather than as "propositions". In any case, the Rapporteur doubts whether the practice supports a neat dichotomy between "non-justiciability" and "non-immunity".

11. A final specific issue calls for attention. Certain speakers in the general debate were critical of the Rapporteur's reliance upon the decision of the House of Lords in *Buttes Gas* (see, for example, *Mr. van Hecke, ibid.*, 258). With respect, the Rapporteur cannot find any force in such criticism. *Buttes Gas* was a carefully considered decision by a senior judicial body following full arguments which had included reference to considerations of public international law. In fact, the teams of Counsel included several members of this Institute. Like much of the other material cited by the Definitive Report, it was the decision of the municipal court of a particular State. It is surely unattractive to treat such material as irrelevant simply because the end result of a process of deliberation *which includes considerations of international law* is expressed in a local procedural *patois* such as "non-justiciability" or "act of State".

In any case the decision in *Buttes Gas* was expressly related to the position of principle taken by the U.S. Department of State Legal Adviser as *amicus curiae* in the corresponding U.S. proceedings (and this brief was extensively quoted by Lord Wilberforce): see the definitive Report (*Annuaire*, Vol. 62, I, 57-58). That position was adopted by the decision of the 5th Circuit Court of Appeals in *Occidental of Umm al Qaywayn, Inc. v. A Certain Cargo of Petroleum*: see *International Legal Materials*, Vol. 17 (1978), 1190. In the light of these circumstances, the decision of the House of Lords must stand as a precedent of substantial significance and as a case in which the point of principle presently in issue was central to the process of decision.

VII. *Commentary on Amendments submitted during the Cairo Session*

(It should be noted that this is an informal commentary prepared by the Rapporteur and is without prejudice to the views of the Commission.)

Amendment No. 1 (proposed by MM. Bedjaoui and Sucharitkul).

The amendment would radically change the system of the draft resolution as it stands. The general issue has been examined in the Definitive Report (*Annuaire*, Vol. 62, I, 87-92), and also in section V of this Supplementary Report.

Amendment No. 1/Add. 1 (proposed by MM. Salmon and Sucharitkul).

This amendment is obviously much more flexible in outcome than the first. However, in the opinion of the Rapporteur it is more objectionable than the first since it adopts, more or less incidentally, a methodological approach which the Commission had deliberately avoided, and which would thus stand in sharp contrast to the other provisions of the draft resolution.

In the first place the proposed new paragraph (3) uses the device of implied consent and this approach had been deliberately avoided by the Commission. In so far as the implication of consent is genuine, the proposal is, of course, otiose. However, given its form it indicates (though without sufficient clarity) that the implication in the conditions specified will be to some extent "automatic" (in other words, artificial).

Secondly, the intention of the Commission has been to present the principle of consent as a clearly autonomous legal institution, whereas this amendment tends to confuse consent with other and entirely distinct considerations.

Thirdly, the proposed new paragraph (4), taken as a whole, adopts a method wholly at variance with the system of counter-vailing criteria presented in Articles II and III of the draft resolution. In any event, subparagraph (a) of this paragraph is superfluous in the light of Article VII of the draft resolution, except in so far as it refers to "missions to international organisations, or delegations to organs of international organisations or to international conferences". In relation to this last category, it would

surely be prudent not to bring in the relatively distinct question of the immunities of, or associated, with, international organisations, which question lies outside the mandate of the Fourteenth Commission.

The content of the proposed new paragraph (5) appears to be unnecessary, since the present wording of paragraph (2) produces the same result.

Amendment No. 2 (proposed by Mr. Bowett). The principle embodied in this proposal is acceptable and has practical importance. The Rapporteur would prefer that the proposal form a new article to be placed after Article V in the draft resolution.

Amendment No. 3 (proposed by Mr. Crawford). The changes proposed are useful, and in the view of the Rapporteur they should be adopted.

Amendment No. 4 (proposed by Mr. Riad). This amendment relates to Article IV, paragraph 2, of the draft resolution. With respect, the Rapporteur is not convinced that the proposal constitutes an improvement in relation to the existing formulation, and this for the following reasons. Most importantly, the phrase « dans la mesure où il n'agit pas sur l'ordre de l'Etat » is redundant in view of the fact that the *modus operandi* for drawing the necessary distinction is already determined by paragraph (1) of the Article. In the second place, the term "agency" (« organisme ») was intended to include State enterprises. And, thirdly, the amendment omits the phrase "political subdivision".

Amendment No. 5 (proposed by Mr. Riad). This consists of a proposal to add the following paragraph to Article V of the draft resolution :

"The property of a State agency having a separate personality shall no be subject to measures of enforcement, or prejudgment measures in preparation for execution, of court decisions or arbitral awards rendered against he State."

This would necessarily involve a radical departure from the system adopted in Article V as a whole.

Amendment No. 6 (proposed by MM. Li and Wang). This consists of a series of proposed changes as follows.

(a) *In all Articles* where the expression "the legal system of the forum State" appears, substitute "the courts of a State" for this expression.

For reasons given earlier in this Supplementary Report, the Rapporteur would prefer to retain the present wording: see section II (e), and also section VI, paragraph 6.

(b) *Article III (b)*: After "loans and financial arrangements", add "except public loans".

The objections of principle to this proposal have been given already: see the Definitive Report (*Annuaire*, Vol. 62, I, 68-70). In any case the amendment goes against the grain of the complementary provisions of Articles II and III of the draft resolution. It is not to be assumed that public loans are excluded from immunity as a consequence of application of the criteria appearing both in Article II and in Article III.

(c) *Article V*:

1. Reverse the order of this Article with Article VI, so as to make it Article VI.

2. Substitute paragraphs 2 to 6 with the following text:

Paragraph 2:

For any enforcement measure or for any prejudgment measure in preparation for execution, a separate consent of the State concerned shall be necessary, notwithstanding its consent to the exercise of jurisdiction in the particular case.

Paragraph 3:

Consent to any enforcement measure may be implied in respect of property which:

(a) is specifically in use or intended for use by the foreign State for commercial purposes and has a connection with the object of the claim, or

(b) has been earmarked by the foreign State for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding.

Paragraph 4:

(Should read as suggested by Mr. Sucharitkul in Amendment No. 1/Add. 1).

See generally the commentary above relating to Amendment No. 1/Add. 1. (As to the proposed paragraph 2 see the final paragraph of this commentary.)

Amendment No. 7 (proposed by Mr. Salmon)

The Rapporteur finds it difficult to accept this proposal for the following reasons. First, the concept «*compétence juridictionnelle de l'Etat*» is not in conformity with the terminology employed generally in the draft resolution, and lacks clarity. Secondly, the reference to "matters provided for in Article III" is maladroit, since it is based on a failure to understand both the relationship of Articles II and III *inter se* and the nature of the provisions as *criteria* rather than categorical propositions. Thirdly, the object of Article VII in its present form is to *reserve*, rather than to define, the immunities *ratione personae* of various categories of person, and the amendment goes beyond the simple function of reservation. Fourthly, the mandate of the Fourteenth Commission does not extend to the immunities of, or associated with, international organisations, and therefore it would seem unnecessary to refer to matters falling within that relatively distinct legal category.

Amendment No. 8 (proposed by Mr. do Nascimento e Silva)

This involves three distinct proposals.

1. *Preamble*

This proposal is acceptable.

2. *Article VI (2)*

This proposal appears to be unnecessary, since the present wording of paragraph 2 produces the same result. Indeed, the proposed wording would tend to weaken the existing text because it refers to implied consent, whereas the existing text gives emphasis to express consent.

3. *Article VII*

It will be appreciated that the provisions of Article VII are intended to *reserve* and not to *define* the categories of privileges and immunities indicated in general terms. However, the proposal is an improvement on the existing text, and should be accepted.

VIII. *The Current Position assessed*

This Supplementary Report is essentially a working paper, and represents the views of the Rapporteur alone. The Fourteenth Commission will hold a meeting prior to the session at Santiago de Compostela, and the general debate has not yet been brought to a conclusion.

The position at this stage appears to be the following. Some criticism of the draft resolution has been expressed, but no alternative *modus operandi* has emerged. The Rapporteur would express the hope that in any event the work of the Institute will not be reduced to a sort of "voting choice" between the theoretical generalities of "absolute immunity" and "restrictive immunity" or the adoption of the long discredited distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. It may be noted that the Special Rapporteur of the International Law Commission, Mr. Motoo Ogiso, has recently expressed a desire to avoid this type of choice: *Report of the International Law Commission on the work of its fortieth session* (9 May - 29 July 1988), General Assembly, off. recs., forty-third session, Suppl. No. 10 (A/43/10), pp. 258-259, paragraphs 498-503.

Three courses of action are clearly available. The first would involve approving the general approach of the draft resolution subject to particular emendations and improvements. The second possible course would involve accepting the general approach but on condition that the area of enforcement jurisdiction be excepted from the general approach of the draft resolution and treated on the basis of the Amendment No. 1 submitted by MMr. Bedjaoui and Sucharitkul (or some variant thereof). The third course of action would involve the rejection of the general *modus operandi* of the draft resolution and a call for the development of an alternative approach. If this third course is adopted, no doubt the consequential questions of organisation and timetable will be resolved by the *Commission des Travaux*.

*Changes proposed in the draft Resolution
as incorporated informally by the Rapporteur*

Consequent upon the proposals of MM. Crawford and do Nascimento e Silva, together with the view expressed by Mr. Lachs relating to good faith, the preamble would be amended to read as follows :

Recalling its Resolution adopted at the Aix-en-Provence session in 1954 :

Whereas the problems concerning the jurisdictional immunity of States continue to constitute a substantial source of difficulty in the relations of States ;

Whereas the immunities of foreign States are not of a procedural character only, but relate to the competence or incompetence of the legal system of the forum State as a whole, whether expressed, in the legal system of any particular State, in the form of an immunity *ratione personae* or *ratione materiae* or in some other manner ;

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

Whereas such formulations will assist governments and international tribunals in dealing with issues of State responsibility which may arise as a consequence of the exercise of the competence of the legal systems of States ;

Article I : no change proposed.

Article II : in paragraphs (a) and (b) : replace the word "sovereign" by the word "foreign" in each case.

Article III : no change proposed.

Article IV : no change proposed.

Article V : no change proposed.

Article VI : (based upon the proposal of Mr Bowett) : a third paragraph should be added as follows :

(3) A foreign State challenging the competence *ratione materiae*

of the legal system of the forum State does not thereby waive or prejudice its right to invoke its privileges and immunities *ratione personae* in the event that the courts of the forum State reject such a challenge and assert their competence.

New Article :

Article VII :

The principle of good faith

The principle of good faith is to be given appropriate weight in the course of applying the present Articles.

New Article :

Article VIII :

The principle of reciprocity

The present articles shall not prevent recourse to the principle of reciprocity as a factor in deciding upon the competence *ratione materiae* of the legal system of the forum State.

The existing Article VII should be renumbered IX.

Article IX :

Paragraph 2 to be redrafted as follows (on the proposal of Mr do Nascimento e Silva) :

(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 diplomatic agents, together with members of their families forming part of their households, as recognised by general international law and relevant multilateral conventions.

23rd November 1988.

Arbitration between States and foreign enterprises

L'arbitrage entre États et entreprises étrangères

*(Eighteenth Commission) **

Preliminary Report

Arthur T. von Mehren (Rapporteur)

Eduardo Jiménez de Aréchaga (Co-Rapporteur)

Introductory Note: The first version of the Preliminary Report is not reproduced in full; its discussion and analysis appear, for the most part, in an amplified and modified form in the revised version of the Preliminary Report, reproduced in B below. The questionnaire — Scope of the Inquiry and Issues for Discussion — from the first version is reproduced because many of the comments received from Commission members refer specifically to those passages in the Report.

A. Questionnaire from the Preliminary Report (*Exposé Préliminaire*) [First Version] of October 19, 1984

***Scope of the Inquiry*¹.**

The scope of the Commission's inquiry is not entirely clear. The following questions require consideration by the Commission:

1. Is "State" to be interpreted narrowly or should our inquiry reach also arbitrations between foreign enterprises and entities or

* The Commission is composed of Messrs von Mehren, *Rapporteur*, Jiménez de Aréchaga, *Co-Rapporteur*, Amerasinghe, Bedjaoui, Dominicé, Dupuy, Goldman, van Hecke, J.F. Lalive, Mann, Mbaye, Reuter, Riad, Rigaux, Schwebel, Waelbroeck, Weil.

¹ Preliminary Report (*Exposé Préliminaire*) [First Version] pp. 5-6.

bodies owned or controlled by the State? The argument for the more inclusive interpretation rests on the growing commercial importance of transactions involving such enterprises and entities and on the perception that sovereign sensibilities respecting recourse to arbitration are certainly no greater than when the State is directly involved. An argument, though not one of decisive weight, in favor of a narrow interpretation is that definitional problems are largely avoided as the concept "State entities and enterprises" would not have to be defined.

2. To what extent is the doctrine of sovereign immunity a necessary part of the topic « L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères »? Is it correct to conclude that the doctrine no longer imposes a significant obstacle to the use of the arbitral process to adjudicate claims against a State but that the doctrine presents difficulties at the stage of enforcement?

3. Should this Commission concern itself in specific terms with the interrelation between arbitration and sovereign immunity with respect to the enforcement and execution of awards? If so, what issues are crucial and what positions should be recommended?

*Issues for Discussion*².

A. Preliminary Issues.

1. Should the Eighteenth Commission in its Report and Recommendations deal not only with States, *stricto sensu*, but also with State entities and enterprises? (If so, "State" as used hereinafter always includes State entities and enterprises.)

2. Should the Institute take the position that in the contemporary world it is desirable, in principle, to provide an objective and stable legal order for commercial and economic relations between States and foreign enterprises?

3. If the answer to question 2 is "no", what is the *raison d'être* for the Work of the 18th Commission and what lines should its enquiry pursue?

² *Id.* pp. 17-21.

4. If the answer to Question 3 is "yes", what is the *raison d'être* for the Commission's work and what lines should its enquiry pursue ?

B. The Technique of Arbitration.

A discussion focusing on the arbitral technique might consider such issues as the following :

1. Are there political, legal, or other objections to the important role that arbitration has assumed in the handling of contractual relations between States and foreign enterprises ?

2. What are the principal advantages of reliance in these matters on arbitration ? The principal disadvantages ?

3. Is there any other technique that would be superior to arbitration in the handling of these matters ? If so, what would be its principal advantages ? Its principal disadvantages ?

4. What changes or improvements are needed in the institution of arbitration as presently available to States and foreign enterprises ?

5. What changes or improvements are needed in the complex of national and international law rules and principles that presently apply to — or supplement — the work of arbitral tribunals in these matters ? Are significant developments likely to occur in the foreseeable future ? If so, in what will they consist ?

6. Is it desirable that all — or certain — types of arbitrations between States and foreign enterprises be institutional (e.g., I.C.S.I.D. or I.C.C.) in form ? Or can the principal advantages of institutional arbitration be obtained, at least for certain types of arbitrations (e.g., very large and complex arbitrations such as those involving petroleum concessions), by providing in the contract for an appointment power, where a party refuses or unreasonably delays appointing an arbitrator, to be exercised by a permanent international authority, such as the President of the International Court of Justice or the Secretary General of the United Nations ? And should the consent of the authority in question be obtained before the designation is made ?

C. Additional Matters.

1. Should the Institute be asked to conclude *de lege lata* as follows :

a. An award in an arbitration between a State and a foreign enterprise is valid and binding notwithstanding a party's failure to participate in the constitution of the tribunal and the presentation of the matter.

b. The arbitration clause in a contract between a State and a foreign enterprise is severable in the sense that the clause's validity does not depend upon the validity of the contract of which the clause forms a part.

c. The United Nations [New York] Convention of 1958 applies to commercial arbitrations to which a State is a party regardless whether the arbitration is national or denationalized. [Query : Does a similar problem arise with respect to any other existing international convention dealing with commercial arbitration ? If so, what recommendation should the Institute be asked to make ?].

d. In an arbitration governed by a national law, the arbitrators retain the degree of independence and responsibility contemplated by the governing law at the time of the conclusion of the arbitration clause unless the parties have indicated a contrary intention in their contract.

e. [Could be alternative or supplementary to d.] In an arbitration governed by the national law of the State party, any change in that law which would improve the State's position procedurally or substantively in an arbitration arising under an arbitral clause concluded prior to the aforesaid change shall be disregarded. [Among the possible bases for this conclusion are the implication of a stabilizing clause, the principle of *pacta sunt servanda*, and the doctrine of abuse of rights. To what extent should these — and any other possible — doctrinal bases for the conclusion be explored ?]

f. The arbitral tribunal is the sole judge of its jurisdiction under the contract's arbitral clause.

2. Should the Institute be asked, as may be appropriate, to conclude *de lege lata* or to recommend *de lege ferenda* as follows :

a. In principle, a State entity or enterprise may not be excused for non-fulfillment or breach of contract on the ground of *force majeure* when the State owning or controlling the enterprise or entity has made performance impossible by an *acte du prince*, for example, the denial of export or import permits.

b. In principle, the agreement of the parties determines the extent to which the procedural law of the arbitral proceeding's venue applies. Where the parties have provided for an institutional arbitration (e.g., I.C.C. or A.A.A.) or have adopted arbitration rules (e.g., UNCITRAL, I.C.C., or A.A.A. rules), these rules — in the absence of an express party agreement to the contrary — prevail over the procedural law of the arbitration's venue. Where the parties have not regulated the venue or the procedural law for the arbitration, the arbitrators are free to determine both and may apply procedural rules that are not those of the venue selected. To the extent that affirmative cooperation from the authorities of the arbitration's venue is likely to be required either during the proceedings or in connection with enforcement of the award, the arbitrators should give appropriate weight to the likelihood of such cooperation in exercising their discretion. The jurisdictional immunity of a State party is not, in itself, a sufficient reason, where the arbitration clause leaves the issue open, for the arbitrators to refuse to apply the procedural law of the arbitration's venue.

B. Preliminary Report (*Exposé Préliminaire*), Revised Version of July 23, 1985

I. The Institute's Recent Resolutions Bearing upon the Work of the Eighteenth Commission.

1. Since 1950, the Institute has grappled with two topics closely related to the Eighteenth Commission's work on « L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères ». These are: (1) L'arbitrage en droit international privé and (2) Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère.

2. The Fourteenth Commission, with Mr Georges Sauser-Hall as Reporter, considered the problems presented by "Arbitration in Private International Law". Resolutions based on the Commission's work were adopted by the Institute at its Forty-eighth Session

(held in 1957 at Amsterdam)³ and its Forty-ninth Session (held in 1959 at Neuchatel)⁴.

3. "The Proper Law of the Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Person" was considered by the Twenty-first Commission with Mr Georges van Hecke as Reporter. The Institute adopted a resolution on the subject at its Fifty-ninth Session held in 1979 at Athens⁵.

4. The Fourteenth Commission did not consider as a separate topic — nor indeed seek to cover — arbitrations to which a State or a State entity is a party. The commission apparently believed that the doctrine of sovereign immunity would, as a practical matter, deprive awards in such proceedings of legal effect. The Reporter remarked⁶ at the Amsterdam Session that

Toutefois, il serait peut-être utile de préciser que le cas où l'arbitrage a lieu entre un particulier (grande société commerciale par exemple) et un Etat, ne saurait être régi par les dispositions qu'il propose; en effet, si cet arbitrage particulier est soumis à l'appréciation de juridictions d'un autre pays que celui de l'Etat intéressé, il est à craindre que l'Etat n'excite de son immunité de juridiction; au contraire, si le litige soulevé à l'occasion de l'arbitrage est porté devant les tribunaux de l'Etat intéressé, on peut douter de l'impartialité absolue des tribunaux de ce dernier.

5. The Twenty-first Commission directed, of course, its attention to contracts to which a State is a party. Accordingly, to the extent that choice-of-law issues with respect to the underlying contractual relations between States and foreign enterprises are relevant for the work of the Eighteenth Commission, the Athens Resolution requires careful attention. Although, as has already been remarked, the Fourteenth Commission in its work did not take into account arbitration to which States were parties, certain propositions accepted for arbitration in general would appear applicable to

³ See 47(2) *Annuaire* 479-484 (French text), 491-496 (English text) (1958).

⁴ See 48(2) *Annuaire* 369-379 (French text), 391-401 (English text) (1960).

⁵ See 58(2) *Annuaire* 192-195 (French and English texts) (1980).

⁶ See 47(2) *Annuaire* 426.

arbitration involving States. In particular, Article 6 of the Resolution adopted at the Amsterdam Session states that the arbitration clause is separable from the underlying contract even if both are contained in the same document. The arbitration clause can, therefore, be valid even if the underlying contract is invalid. Article 10 recognizes that the arbitrators may — unless prohibited by the law governing the arbitration — decide upon the validity of the arbitration clause.

6. The Amsterdam Resolution deals in Article 11 with the law applicable to the controversy that is in arbitration. Following the general system envisaged in the Resolution, the Article provides that the governing law is determined by the choice-of-law rule of the State in which the arbitral tribunal has its seat. As the Article further states, the parties' choice of a governing law is to be respected to the extent that the relevant choice-of-law rules permit.

7. The Athens Resolution dealing with choice-of-law in contracts between a State and a foreign private person does not deal specifically with arbitration. Nor does it cover "contracts concluded by a public enterprise or body having a legal personality of its own"⁷. Various of the positions taken in the Resolution apply, however, to arbitrations to which a State is a party. In the first place, the parties to a contract between a State and a foreign private person can "designate the proper law of the contract and, if such is their intent, withdraw the contract from the exclusive application of any given domestic law". Indeed, Article 2 of the Resolution is to effect that

The parties may in particular choose as the proper law of the contract either one or several domestic legal systems or the principles common to such systems, or the general principles of law, or the principles applied in international economic relations, or international law, or a combination of these sources of law.

Finally, Article 3 recognizes so-called stabilization clauses :

The parties may agree that domestic law provisions referred to in the contract shall be considered as being those in force at the time of conclusion of the contract.

⁷ Preamble.

8. Although the theoretical underpinnings of the Amsterdam Resolution — in particular, the emphasis on the seat of the arbitration — are more open to question today than in 1957, these challenges do not undercut either the separability principle or the principle that an arbitral tribunal decides for itself on the validity — and effect — of an arbitration clause. Indeed, the increasing recognition that arbitration to be an effective method of dispute resolution requires certain characteristics reinforces these two propositions. Accordingly, there seems no need for the Eighteenth Commission to reconsider these issues.

9. For the general area of choice-of-law, the Athens Resolution establishes a principle of fundamental importance for the work of the Eighteenth Commission, namely, that in an arbitration to which a State is a party the governing law chosen can be a body of rules that does not emanate from a sovereign in the Austinian sense of the term. In particular, the chosen law may be "general principles of law, ... principles applied in international economic relations, or international law...".

10. How this phenomenon is to be explained and justified raises difficult and disputed questions of theory. In the discussion of the problem at the Athens Session, Mr Wengler took the view that a stipulation for rules that did not derive from a domestic legal system depends — as indeed do all stipulations — upon a clear authorization by « la législation de l'Etat où se trouve le centre de gravité du contrat »⁸. Where rules of international law are in question, Mr Skubiszewski explains a stipulation's effectiveness on the ground that the State unilaterally submits to these rules⁹. Other explanations are possible. Where one party to a transaction is a State, strong arguments exist against resolving disputes under rules provided by a domestic legal system. It is reasonable and appropriate, therefore, for the parties to stipulate for rules that do not emanate from such systems. Accordingly, despite the conceptual difficulties that the situation presents where the proper law of the contract does not permit such delocalization, many legal orders are prepared to give effect to the resulting award.

⁸ 58 (2) *Annuaire* 46.

⁹ *Id.* 50.

11. The Eighteenth Commission must face — at least with respect to the arbitration process — the problem of stipulations for non-domestic rules. Presumably the stipulation of such rules is at least as permissible for the arbitration process as for the underlying transaction. Indeed, arguably these stipulations — when they are to be applied by an arbitral tribunal — are more clearly acceptable in both theoretical and practical terms because arbitrations are essentially ambulatory and have no necessary connection with any given legal order. Accordingly, the position taken by the Athens Resolution with respect to the underlying transaction can be extended by analogy to the arbitral process. However, the Athens Resolution does not squarely support stipulations for non-domestic rules in arbitrations to which State entities or enterprises are parties. Accordingly, if the Commission decides to cover such arbitrations, it will have to consider whether the practical — and perhaps the theoretical — arguments that permit these stipulations where a State is a party to the arbitration extend as well to arbitrations involving State entities or enterprises.

II. The Special Importance of Arbitration in Economic and Commercial Relationships between Foreign Enterprises and Sovereign States, State Entities, or State Enterprises.

A. In General.

12. Unlike court adjudication, arbitration provides a dispute-resolution process which is not closely tied to any given political or governmental structure. In discharging the responsibilities of an arbitrator, one acts independently and serves no national system for the administration of justice. As a matter both of theory and of practice, an arbitrator is a denationalized and non-governmental agent; an agent who, *qua* agent, is not responsible to — nor controlled by — any politically organized society. Of course, arbitrators take into account — as they should — the fact that enforcement of their award may ultimately be sought in State courts. Prudential considerations related to a concern for effectiveness can, therefore, lead arbitrators to take the procedural and substantive concerns of certain States into account even though the arbitrators are not responsible to, nor installed by, these States.

13. The availability of a dispute-resolution process with these characteristics is of especial importance to transactions or relations in which one party is a State or a state entity or enterprise ; parties to such transactions or relations often have reservations respecting the appropriateness and impartiality of the adjudicating process provided by national legal systems.

14. In any situation in which the parties are from different national systems, each may be reluctant to entrust adjudication of disputes that may arise between them to the other party's national system. A variety of considerations explain this reluctance. The balance of convenience is upset as only one party can have the benefit of local and familiar institutions and facilities. More important, the outsider may — rightly or wrongly — fear prejudice ; in all events, his claim to fair and impartial treatment by the executive, judicial, and legislative branches of government is not reenforced either by access to local political processes or by the presence of natural allies in the society.

15. The foregoing considerations are present whenever the parties to a transaction are from different national legal systems. When one party is a State — or a State enterprise or entity — the advantages of arbitration over national-court adjudication are even greater. Where only private parties are involved, the problems associated with national-court adjudication described above can be reduced by stipulations for a neutral national system. Use of a neutral forum removes the fear of prejudice in favor of the local party and denies both parties equally the advantages that a local party enjoys.

16. This option is not, however, a realistic one where a public party is involved. Public parties ordinarily refuse to stipulate for adjudication in the courts of another sovereign. At the same time, the private party's general objections to litigating in the other party's forum are magnified when that party is a State, a State entity, or a State enterprise ; in such relationships the fear of possible prejudice against outsiders is understandably heightened. In these circumstances, the only form of adjudication acceptable to both parties may well be arbitration. In this connection it is interesting to note that certain States — *e.g.*, France — that in the

past prohibited arbitration in domestic public contracts recognized the special need that a foreign party may have for arbitration by permitting arbitration clauses in international transactions.

17. It can be noted that the concerns that lead to the use of arbitration in transactions between private and public parties need not carry over to the issue of governing law. At least if a stabilization clause can be agreed upon — and will be effective — to protect the private party's position against changes in the public party's substantive law that would rebound to the latter's advantage, application of the public party's local law may be acceptable to both parties.

B. Possible Objections to Recourse to Arbitration for Contracts between States and Foreign Enterprises.

1. *The position of the private party.*

18. A private party may object on various grounds to substituting arbitration for national-court adjudication. For example, arbitration may be avoided because of a belief that awards are typically based on compromises rather than on principled analysis. However, none of the objections that a private party may have to arbitration as a dispute-resolution process is heightened when one party is a State. Accordingly, for a private party that does not favor arbitration in general, the issue becomes whether the special considerations discussed above, which attach when a State is a party to a transaction, are sufficient to overcome any general reservations respecting arbitration that the private party may hold.

19. In this connection, it can be observed that from a private party's point of view the arguments favoring recourse to arbitration where the transaction involves a public party are strongest when that party is the State. The rational basis for an outsider's fear of prejudice or partiality is firmest when the sovereign is the local party. State enterprises and State entities do not exercise comparable power nor command equal allegiance. Accordingly, a private party may be prepared to accept adjudication when State enterprises or entities are parties where it would insist on arbitration were the State a party.

2. *The position of the State.*

20. The question remains whether a party may have objections to the use of arbitration that relate specifically to the fact that the party is the State, a State enterprise, or a State entity? In this connection it can be observed that certain States — *e.g.*, France — have in the past prohibited arbitration clauses in domestic public contracts but not in international transactions. In Latin America, the Calvo doctrine goes further and rejects arbitration in international transactions between local public parties and foreign parties.

21. Presumably the basic justification for these positions is that States consider their local court systems, which are subject to public scrutiny and provide for hierarchical review, more reliable and responsible than private arbitrators. At the basis of the State's concern can be the view that the private adjudicator may be prejudiced against the State's position or, at the least, insensitive or unsympathetic to its needs. A State may also fear that an arbitrator will utilize propositions of law that are less protective of its positions than those which its own courts would apply. For example, the arbitrator may — where the national courts would not — accept party stipulation for a governing law that displaces mandatory rules of the State's public law and enforce stabilization clauses designed to prevent the State from changing its law to the detriment of the private party.

22. To the extent that the State's difficulties relate to applicable substantive standards, a problem is presented respecting the governing law rather than the quality and characteristics of the adjudicatory process. State concern for certain qualities or characteristics of the arbitral process is also understandable. When the nature of the transaction results in a contract with open textured terms or which contemplates adjustments should substantial changes occur in the course of a long-term relationship, the characteristics of the adjudicating process clearly can affect the ultimate outcome. Accordingly, where the characteristics and qualities of arbitration and national court adjudication are seen as different, the public party may prefer its national courts.

23. In the interest of candor and to permit realistic assessment

by all parties of the economic and political risks involved in a transaction, the international order arguably should require public parties to rely essentially on the terms of the contract and on stipulations for the applicable law to define and protect their interests. No plausible argument is available to either party to such a transaction that the adjudicatory process should be biased in its favor. Institutionally considered, arbitration is the most objective and impartial form of dispute resolution available for transactions between a public party and a foreign private party. No reason of principle stands, therefore, in the way of States, state enterprises, and state entities agreeing to submit to arbitration disputes that may arise from transactions with foreign enterprises.

III. Scope of the Eighteenth Commission's Work : The Arbitral Process.

A. Arbitrations with State Enterprises or Entities are Included.

24. The comments received from the Commission members indicate unanimous agreement that its work should include transactions involving enterprises and entities which — because of links to the State and their participation in the carrying out of governmental functions — enjoy a special position or legal regime. Although the paradigm case is that of arbitration between a State and a foreign enterprise, many of the same problems arise and similar considerations apply when the public party is a state entity or enterprise. In these latter cases, private parties may have somewhat less reason to be concerned at the prospect of litigation in the public party's national courts. However, a degree of concern remains that justifies treating these situations as analogous to those in which the State is a party. Moreover, failure to deal with these situations would leave untreated an area of great practical importance.

B. Should Arbitration Provided for by Treaty Provisions be Covered ?

25. The Comments received from Commission Members raise the question whether the Commission's work should include arbitrations that rest on treaty provisions (e.g., Claims Commissions and

the Iran-U.S. Claims Tribunal). Treaty-based arbitrations will ordinarily be regulated in considerable detail by the treaty that provides for them. Furthermore, these arbitrations rest on a juridical basis quite different from that of arbitration resulting from a specific individual agreement between a public and a private party. Therefore, although many of the problems faced by the two types of arbitration will be similar, the argument for the Commission restricting its work to the latter type is strong. The Commission will wish to resolve this question of scope at an early point in its work.

C. The Arbitration Process : Issues.

1. *The relation between the arbitration process and national law.*

26. The Fourteenth Commission in its work on the Amsterdam Resolution of 1957 accepted the premise that the arbitration process was necessarily attached to a national law ; the argument revolved around the issue of which law was to be authoritative. This question was resolved in the Amsterdam Resolution in terms of "the law of the seat of the Arbitral tribunal."

27. These propositions no longer enjoy unanimous support. Many now argue that the arbitration process need not be attached to any national law ; the parties can establish a process with agreed-upon characteristics whose lacunae will be filled out either by further party agreement or by the arbitrators.

28. The arguments and considerations that support this view for arbitrations involving private parties do not lose — but may rather gain — force where one of the parties is a state, a state enterprise, or a state entity. Certainly the participation of a public party does not reduce the force of the fact that the arbitrator derives his authority from — and owes his allegiance to — the parties *qua* parties, rather than a national legal order. So far as respect by national legal orders for the results of the arbitral process is concerned, at least where a State — rather than a state entity or enterprise — is a party, arguably the sovereign's unilateral declaration has created a special juridical regime¹⁰, one which other sovereigns should respect.

¹⁰ See Mr. Skubiszewski, n° 10 *supra*.

29. From a practical perspective, it is significant that the arbitration process normally operates at the adjudication stage without requiring the assistance of national courts. Accordingly, the process's ties to any given legal systems are normally so tenuous that any assertion that it is bound to — or governed by — a body of domestic law rules typically has little or no practical meaning. As a theoretical matter, the place where one or more sessions of an arbitration are held could control these sessions. However, nothing in the nature of the process requires that the arbitration be conducted in any given or single location; accordingly, a legal system that is not prepared to tolerate an arbitral proceeding with the characteristic agreed upon by the parties or the arbitrators will either not be selected or, if initially selected, can subsequently be abandoned for a more hospitable locale.

30. Finally, it is worth remarking that today many jurisdictions are engaged in what can be described as competition for arbitrations. In order to attract proceedings a legal order must recognize the special requirements and characteristics of arbitration as a dispute-resolution process. Once a significant number of jurisdictions adopt permissive standards with respect to the arbitral process, the proposition that the seat of the arbitration governs the process loses most of its significance. Of course, this consequence would not follow if the view were widely accepted that there is a proper law of the process which does not depend upon the process's location. But both the nature of the arbitration process and the competition for arbitration stand in the way of this view's general acceptance by national legal orders.

31. Accordingly, it seems correct to conclude that, realistically speaking, the arbitral process is autonomous except in two situations: (1) where the process seeks assistance from the courts and (2) where the process is conducted in a manner that disturbs the peace or deeply offends local values or morals. Neither of these situations is of sufficient importance or frequency to falsify the generalization that, for all practical purposes, today arbitration, at least so far as procedure is concerned, can be autonomous or anational.

32. If the foregoing analysis is accepted by the Commission — and ultimately by the Institute — as correct, several propositions follow: (1) the arbitral process need not, except when the intervention of local courts is requested or where the local public order is offended, derive from — or depend upon — any domestic legal order; (2) arbitral procedure and related matters are regulated by party agreement and — in the absence or incompleteness of such agreement — by the arbitrators.

33. The Commission must decide whether it is prepared to propose to the Institute for its consideration propositions along the foregoing lines. If it is decided to advance such propositions, are they to be put forward as empirically correct or should the underlying theoretical and practical explanations and justifications be developed?

2. Practical problems of process in arbitration between public parties and foreign enterprises.

34. One of the Commission's members — Judge Schwebel — has commented that the Commission "should consider what are the principal problems to which arbitration between States and aliens in practice gives rise, suggesting constructive solutions for the resolution of those problems"¹¹. No process problem is unique to arbitration involving a public party and a foreign private party; however, perhaps some process problems are of greater practical difficulty or importance — or raise somewhat different theoretical issues — where public parties are involved. In all events, it seems appropriate for the Commission to consider important process problems even though they are not unique to arbitration between a State and a foreign private enterprise.

35. If the position developed above (no. 32) is accepted, the problem of what law governs process issues need not be further addressed. In effect, the Institute will be asked to take the position that, as to these issues and subject to party agreement to the contrary, the nature and functions of international arbitration firmly

¹¹ Schwebel Comments, pp. 82-83 *infra*.

establish certain propositions. Several specific positions that the Commission may wish to propose to the Institute are set out below.

a) Separability.

36. The arbitration clause is severable from — and need not share the fate of — the contract in which it is contained. Accordingly, the clause is effective and the arbitration can proceed regardless of the validity of the related contract.

b) Kompetenz-Kompetenz.

37. An arbitral tribunal has power to rule upon the extent of its adjudicatory authority. (Ultimately, of course, a national court — for example, in the course of proceedings to set aside the award or to enforce it — may reach a different conclusion.) Both the Separability and the Kompetenz principles rest on the need for the arbitration process to function as a self-contained whole. The efficiency and effectiveness of the process would be drastically curtailed if these two issues could be litigated in a national court as a preliminary to the arbitration process.

c) Failure of a party to participate in the arbitral process.

38. Neither a party's failure to appoint an arbitrator, nor to participate in some other way in an arbitration proceeding, nor a party's withdrawal, in whole or in part, should prevent the proceedings from continuing under the terms of the arbitration clause. Within the limits of what is reasonably practical, the defaulting party should be kept advised of the course of the proceedings and, within the same limits, the tribunal should take into account arguments brought to its attention that support the absent party's position. Concern for sovereign sensibilities reinforces the reasons that support this practice for arbitrations generally.

d) Failure of an arbitrator to participate in the arbitral process.

39. The refusal of a party-appointed arbitrator to participate or to sign the award does not prevent the tribunal from rendering a valid award. In such cases, the remaining arbitrators are to continue the proceedings and to decide. An arbitrator's failure to

cooperate can be considered by the appointing party as a resignation, in which event the procedures applicable to resignations are to be followed.

40. The phenomenon of an uncooperative or non-participating arbitrator is rare. In all events, it would be unreasonable to give a party-appointed arbitrator power to render the arbitration agreement ineffective. Disadvantages that flow from uncooperative conduct on an arbitrator's part should fall on the appointing party; however, within the limits applicable to cases where an arbitrator has resigned, a party should be permitted to replace its appointee.

e) Plea of sovereign immunity as a bar to arbitration.

41. Where the parties to a transaction agree to an arbitration clause, such immunity to process for purposes of arbitration as the public party might otherwise enjoy is irrevocably waived. Acceptance of an arbitration clause is a representation that the public party will participate in this form of dispute resolution; a subsequent attempt to frustrate the process by invoking immunity is an unacceptable violation of good faith in international transactions.

IV. Scope of the Eighteenth Commission's Work ; Other Issues.

A. Some Basic Substantive Questions.

42. The Commission clearly must deal with issues, such as those raised in III, above, respecting the arbitration process. The topic assigned the Commission is, however, spacious enough to include various substantive issues. Three substantive issues — related to the nature of the underlying transaction — frequently have to be resolved in arbitrations between foreign enterprises and States, state entities, or state enterprises: (1) Can a sovereign bind itself contractually — for example, by way of a so-called stabilization clause — not to exercise sovereign power? (2) Does party autonomy with respect to choice of law include the power to render inapplicable mandatory rules of public law that would apply in the absence of the governing law clause? (3) Can the parties effectively provide that their relationship is to be governed exclusively by rules and principles derived from (a) public international law or (b) general principles of law?

43. Each of these issues can be considered from the perspective either of an arbitrator or of a national court. A strong argument can be made that the result reached may depend upon the perspective in question. As the arbitrator derives his authority from party agreement and is not responsible to any national legal system, arguably he must, except in the most unusual circumstances, respect that agreement. On the other hand, national courts — which are not so constrained — can properly give weight to a State's political and economic concerns.

44. Considerations of a different order — applicable to arbitrators and national courts alike — require attention where the parties provide that either public international law or general principles of law are to regulate the transaction. In the first place, does public international law contain — or can it generate — the rules and principles required to regulate complex economic transactions? With respect to general principles of law, how are these to be ascertained and can reasonably knowable and predictable rules and principles be stated without undertaking unreasonably difficult and expensive investigations and analyses?

45. In view of the great importance that these three issues often assume in arbitration between States and foreign private enterprises, strong arguments favor the Institute taking positions on them.

B. Other Matters.

46. There are many other issues that can assume considerable importance in an arbitration involving a State and a foreign private enterprise on which the Institute could be asked to take a position. The Commission must consider whether the Resolution should be broad in scope or more focused. In this connection, the Commission will presumably give weight to views respecting the form of Resolution which would be the most useful and effective as well as opinions regarding the practical and theoretical importance of matters that are candidates for omission.

47. As a basis for discussion, a number of matters that could be covered by a proposed Resolution are noted below:

a) Can, as Professor Reuter and Judge Schwebel suggest, a

State's enactment of new procedural laws affecting the independence and responsibility of arbitrators be considered a form of "denial of justice" ?

b) Can a State's enactment of new substantive laws, designed to preclude arbitration or to relieve the State or a state entity or enterprise from liability, constitute a violation of public international law principles and rules as an « abus de droit » or « de pouvoir » or an "unjust enrichment" ? Is there, as Professor Reuter suggests, a principle of respect due to the « équilibres contractuels tels qu'ils ont été raisonnablement envisagés par les parties » which may be violated in such cases ?

c) More generally, does the foregoing principle of « équilibre contractuel » attach, as Professors Reuter and Riad and Mr. Amerasinghe suggest, to long-term contracts providing a safety valve that permits revision in the event of substantially changed circumstances ?

d) Presumably — as the Resolution should state — the signing of an arbitration clause is an implicit and irrevocable waiver of jurisdictional immunity before the arbitration tribunal. But does this waiver extend, as Professor Goldman indicates, to proceedings in national courts linked to the arbitration ? If so, does the waiver also extend to the enforcement stage ?

e) To what extent can the acts and property of a State enterprise with a separate legal personality enjoy in enforcement proceedings the benefit of sovereign immunity ? For example, does — as Professor Reuter suggests — such an enterprise involved in acts "iure gestionis" enjoy immunity only if it exercises « des prérogatives de Puissance Publique » ?

f) Should a claim by a state enterprise, which has accepted and signed an arbitration clause, that it lacked capacity or authorization to do so be disallowed on the basis of general principles of law ?

g) Should, as Judge Schwebel suggests, an enlargement be proposed of the powers of the Permanent Court of Arbitration at the Hague to authorize it to handle arbitrations between state enterprises and private parties ?

h) Should recommendations be made as to how a national court

ought to deal with actions — initiated before it — that are related to a dispute covered by an arbitration clause? One range of issues relates to steps that, arguably, assist the arbitration proceeding, e.g., securing property against which an award could be enforced, ordering a recalcitrant party to arbitrate, assisting in obtaining evidence or witnesses for the arbitration. Other issues relate to whether, in connection with any of the foregoing steps, a national court should consider the validity of the arbitration clause and, if so, what scope of review should be accorded. National laws provide differing solutions for these issues and they are encountered in all types of arbitration. The Commission may conclude that the focus of its work would be distorted if it were to delve extensively into such matters.

Arthur T. von Mehren,
Rapporteur

Eduardo Jimenez de Arechaga,
Co-Rapporteur

Annex I

Observations of the Co-Rapporteur, Mr Eduardo Jiménez de Aréchaga

1. On the Rapporteur's First Draft of the Preliminary Report, Montevideo, 15 August 1984

Dear colleague,

Thank you very much for your letter of July 30 and the enclosed [draft] Preliminary Report, which I read with great interest.

I wish to tell you at the outset that I agree entirely with your excellent [draft] Report and with the [draft] questionnaire you have prepared for the members of the 18th Commission.

In this type of contracts the arbitral clause constitutes an essential guarantee, even more indispensable than in private contracts. It is absolutely necessary to ensure a neutral and impartial jurisdiction, which the parties can not be sure to find in the municipal courts of the contracting State, or in those of the nationality of the private party either.

I would like however to advance for your consideration certain suggestions of an additional character, which I think are perfectly compatible with the Report you have prepared and only develop some of your questions. I am encouraged to do so by the request you kindly make in your letter.

1. First, don't you think it might be convenient to ask the members of the Commission whether they would agree to interpret the subject assigned to us as covering, not just arbitration of contracts and other commercial relations between States, properly so-called, and foreign private enterprises but also as covering arbitration of contracts between State entities or bodies owned or controlled by the State and foreign enterprises. Since State enterprises have been participating to a growing extent in international trade, this larger scope of the subject would give more practical interest to our work. It is a fact of experience that to a much larger extent than in national contracts, in international contracts State enterprises accept arbitration as an effective means of settling business or investment disputes. Also, most national law restrictions for submission to arbitration apply only to the State as such and not to State enterprises involved in commercial and trade activities. If accepted, this suggestion would, of course, require a definition of State enterprises.

2. Your preliminary report convincingly advocates the desirability of what you call a stable and objective legal order for commercial and economic relations between States and foreign enterprises, to be established on the basis of recourse to arbitration. Knowing the views you have previously expressed in the Institut, I understand your expression "the denationalised solution" not as advocating what has been described as autonomous or supranational arbitration unconnected with any municipal legal system, and subject only, if at all, to international law. You point out correctly that submitting an arbitration to international law is only "one among several possible formulae", under the principle of the autonomy of the will of the parties which must itself be anchored in a municipal law.

Personally, as you may know, I believe that it is not in the interest of private parties to subject their contracts or arbitrations to international law. This legal system has rules a bit too rigid and rudimentary for contracts, while in municipal legal systems, the subject has been thoroughly elaborated in the course of centuries. Besides, the incorporation of municipal law does not necessarily mean the complete exclusion of relevant international law rules, at least in those countries where international law is "a part of the law of the land".

3. This leads me to the next point. Shouldn't we envisage all three situations existing in practice, namely: 1) when the parties have agreed to denationalise the contract by providing for a non-national or for international law or for the "lex mercatoria" as the substantive law to be applied by the arbitration tribunal; 2) when no agreement as to the applicable law has been incorporated in the contract, in which case, at least in the majority of instances, in accordance with rules of conflict of laws, the national law of the State party would apply; and 3) when the contract expressly provides for the application of the law of the State party. It is a fact of experience that States or State enterprises may find it more difficult than a private enterprise to accept a non-national law as governing their contract and the arbitration resulting from it.

4. If this idea is acceptable, it might be useful to elicit the views of the members of the Commission on whether we should attempt to draft certain recommendations and conclusions on some points related to what you describe as the technique of arbitration. These additional questions developing what you suggest in No. 4 and 5, are designed to obtain concrete answers on some issues which have arisen in practice. Thus, we might ask the members of the Commission whether the Rapporteurs should prepare drafts on, among others, the following questions:

a) a recommendation stating that in order that the arbitration clause should be effectively carried out, States, State entities and foreign enterprises should provide for institutional arbitration (such as that of I.C.S.I.D. or the I.C.C.), or at least they should stipulate a power of appointment of the umpire (or of an arbitrator if the party delays the appointment) by a perma-

ment international authority, such as the President of the International Court of Justice or the Secretary General of the United Nations.

b) a finding or conclusion "de lege lata" recognizing the validity and binding force of arbitral awards, in this type of arbitration, even if the tribunal has been constituted or has functioned despite the default of one of the parties.

c) a similar conclusion concerning the separability of the arbitration clause, which should remain in force and should be complied with even if the State party has tried to annul or invalidate the contract as a whole through its national law.

d) a recommendation to States to allow in their national laws for the recognition and enforcement of awards delivered in arbitrations between States or State entities and foreign enterprises, indicating the requirements for such recognition and enforcement.

e) a conclusion as to whether existing international conventions dealing with commercial arbitration apply when States or State enterprises are parties to an arbitration, examining the question both when there is a foreign or an international award.

f) a conclusion as to the independence of the arbitral tribunal with respect to national law, even when it is applicable, whenever that law, mainly by new decrees or statutes, attempts to frustrate or annul the obligation which has been accepted to submit the dispute to the independent decision of an impartial arbitral tribunal.

This situation arises when the contracting State utilizes its law-creating power, not in the general interest, but to improve its legal position or to extricate a State enterprise from contractual liability. This attempt may be made, for instance, by providing for a revision of the award by municipal courts, by claiming the right to replace or appoint arbitrators or by many other methods.

The delimitation of the application of national law in these situations is a most difficult and delicate issue, but one in respect of which the Institut might make a useful contribution, determining for instance the relevance of general principles of law, such as *Pacta sunt servanda*, good faith and the prohibition of abuse of rights, and defining the corollaries of those principles.

g) an examination of the highly disputed issue of whether and in what conditions a State enterprise may be excused for non-fulfilment or a breach of contract by claiming force majeure, when the State owning or controlling the State enterprises has interfered by an act of authority, denying for instance export or import permits.

h) the question of the procedural law applicable to the arbitration and, in particular, the non-applicability of the procedural laws of the seat of the arbitration, if it attempts to appoint arbitrators, supervise or annul the award, etc. This would involve an examination of whether the jurisdictional

immunity of States is a sufficient foundation for the non-application of the *lex sitae*, as decided in the *Aramco* case, and how this doctrine would apply to State enterprises involved in trading activities or commercial contracts. Another aspect of this subject worth considering is the doctrine of the B.P. case that the law of the seat of arbitration is applicable when it grants "wide scope of freedom and independence" to the arbitrators. Also the question of whether the autonomy of the will of the parties applies to the choice of the law governing the procedure of arbitration, and to what extent. Finally, another possible question could be whether the rules of procedure adopted by institutions of arbitration, when referred to by the parties in the contract, prevail over the procedural laws of the seat of the arbitration and the scope of the mandatory rules of that law.

i) finally, whether is it convenient and necessary, in respect of this type of arbitration, to reaffirm the fundamental and general principle that the arbitration tribunal is the sole judge of its own jurisdiction.

6. It seems to me that it might be easier to reach agreement on some of those pragmatic issues, which have occurred in this type of arbitration, than on the divisive issues of the validity and effect of stabilisation clauses or the substantive law applicable to State contracts, which, after all, is not the specific subject assigned to the 18th Commission.

7. Finally, you raise the question "to what extent is the doctrine of sovereign immunity a necessary part of the topic".

In order to answer this question it might be necessary to distinguish immunity from suit and immunity from execution. The first type of immunity would, in my view, be part of our topic because, once a State or a State enterprise has legally submitted to arbitration, the arbitration clause by itself may be considered as a waiver of immunity from jurisdiction.

The immunity from execution, however, may not be part of our topic, but an independent subject. This appears to be so for the reason that the question of immunity from execution does not seem to arise differently in relation to arbitral awards than in respect to ordinary judicial decisions.

With warmest regards, yours sincerely,

Eduardo Jiménez de Aréchaga

2. On Observations of Commission Members on the Preliminary Report, Montevideo, 29 March 1985

Dear Colleague,

Thank you for your letter of February 13 last, enclosing the comments of our confrères Amerasinghe, Mann, Reuter, Riad and Schwebel. I also received directly those of Professors Goldman and Rigaux.

In your letter you ask my reaction to those comments, before you start work on a draft report some time in March. The views I advance here are very preliminary, since I had to study the comments and prepare the observations while involved in a session of the World Bank Administrative Tribunal (18 to 23 March) and a deliberation of the ICJ in the Malta/Libya case (28 March to 3 April). Anyway, I feel it is my duty as Co-Rapporteur to let you have my initial and preliminary observations.

My first observation is that the answers received reveal a wide divergence of views on certain basic questions of principle, mainly of a theoretical nature, and, at the same time, a surprising consensus on the practical consequences and technical corollaries of those divergent principles. Some of the answers also reveal certain misunderstandings of our position. Thus, Professor Mann is unable to make a contribution because, in his view, all these arbitrations are subject to the municipal law of the "locus arbitri". However, a similar view does not prevent Professors Rigaux and Riad from making positive contributions, recognizing that, even if such is the case, this type of arbitration raises specific problems. Professor Goldman, on his part, reiterates his well-known enthusiasm for "floating" arbitration, unconnected with any municipal law, while Professor Reuter cautiously reserves his position on this question. As I told you in my letter of 15 August 1984, I do not share fully Professor Goldman's extreme views, and I had the impression you do not, either.

In the presence of these strongly held opposite views, my suggestion would be simply to avoid the issue which, after all, as Professor Rigaux expressly states, is of more theoretical than practical interest.



Another divisive issue is the "vexata questio" of the law applicable to the contract which contains an arbitration clause. There are deep disagreements concerning the role of international law, that of the "lex mercatoria" and the validity of stabilisation clauses. It is sufficient to read in this respect the opposite comments of Professors Rigaux and Riad on one side and those of Professor Goldman on the other.

Now, as pointed out by Professor Rigaux, our subject is arbitration and not contracts between States and private enterprises. Consequently, this "vexata question" is really an issue which might be beyond our terms of reference. Besides, as more than one answer recalls, the subject has been recently discussed and decided by the Institut on the basis of a report from Professor Van Hecke.



I also agree with Professor Rigaux that we should confine the work of the Commission to the hypothesis of an arbitration based on a convention between a State or a State enterprise and a private party, leaving aside those cases in which the arbitration is based on a treaty providing or implicitly

accepting that the private company of a contracting State may sue another State (Iran-US Claims Tribunal and Claims Commissions).

**

If we follow this course, we are left with very important questions of practical interest, in respect of which the comments reveal a large degree of consensus among the Commission Members. Some of these conclusions may be indisputable for the Members of the Commission, but there may not be the same recognition of their validity among practising arbitrators. This is one reason why it might be useful to draft a resolution embodying them, particularly if such a resolution is adopted by a body such as the Institut.

I fully share Judge Schwebel's view that "the inquiry should consider what are the principal problems to which arbitration between States and aliens in practice gives rise, suggesting constructive solutions for the resolution of those problems".

The extension of the scope of the study to State owned enterprises, unanimously accepted in the comments, would greatly increase the practical usefulness of such a resolution by the Institut. This inquiry might then cover questions such as the following :

(a) the validity and binding force of what Judge Schwebel graphically describes as truncated awards, provided that the guarantees of defense of both parties have been respected, as Professor Riad validly indicates ;

(b) the severability and independence of the arbitration clause, as a contract within the contract ;

(c) the power of the arbitration tribunal to determine its own competence, subject however to the applicable "voies de recours" as Professors Reuter and Goldman rightly point out ;

(d) the possibility of considering the interference of new procedural laws of the State affecting the independence and responsibility of arbitrators as a form of "denial of justice", as Professor Reuter and Judge Schwebel suggest.

(e) the possibility of considering the interference of new substantive laws of the State, trying to avoid the arbitration or to extricate a State enterprise from its liability, as a violation of public international law principles and rules. Such principles and rules might be the prohibition of "abus de droit" or "de pouvoir" or "unjust enrichment" or, as Professor Reuter very interestingly suggests, a violation of the respect due to the "équilibres contractuels tels qu'ils ont été raisonnablement envisagés par les parties". The advantage of this principle is that it allows at the same time the safety valve of the determination of changed circumstances and of revision, as suggested by Professors Reuter and Riad and Mr Amerasinghe ;

(f) to consider the arbitration clause as an implicit waiver of the immunity of jurisdiction, not only before the arbitration tribunal, but also before

national judges in procedures linked to the arbitration, as Professor Goldman rightly indicates ;

(g) to exclude from the immunity of enforcement the acts and properties of a State enterprise with a separate legal personality, involved in acts "iure gestionis", unless the State enterprise exercises "des prérogatives de Puissance Publique" as Professor Reuter suggests ;

(h) to disallow, on the basis of general principles of law, the claim of a State enterprise which invokes absence of capacity or lack of authorization to conclude an arbitration clause, after it has accepted such a clause ;

(i) to suggest the advantages of institutionalised arbitration or of ad hoc arbitration with a predetermined appointing authority for the case of default ;

(j) to suggest, as Judge Schwebel does, an enlargement of the powers of the Permanent Court of Arbitration at The Hague, so as to authorize it to deal also with arbitrations between State enterprises and private companies ;

(k) Mr Amerasinghe suggests the possibility of some reference to the local remedies rule. It is so obvious that an arbitration clause excludes recourse to local remedies that it might seem unnecessary to deal with this topic. However, such a conclusion would not necessarily apply to the type of arbitration based on treaties, which Professor Rigaux suggests should be left out of our inquiry ;

(l) finally, should we envisage, as Professor Riad suggests, a recommendation to national courts to abstain from adjudicating claims where a valid arbitration clause exists ? This might be a double-edged sword, since it would implicitly authorize national courts to pronounce on the validity of the arbitration clause, upon the mere allegation of fraud. In the US you have a long experience of how such a claim delays arbitration.

Yours very truly,

Eduardo Jiménez de Aréchaga

Annex II

Observations of the Members of the Eighteenth Commission on the Preliminary Report

1. *Observations of Mr Ranjan Amerasinghe*

Washington, 8 January 1985

Professor Arthur von Mehren
Harvard Law School
Cambridge, MA 02138

Dear Colleague,

Thank you for your memorandum on "L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères" [first version] and request for comments. Attached are a few comments which I hope will be helpful to you in drafting the Preliminary Expose. Please do not hesitate to get in touch with me if you need any further clarification. I look forward to meeting you some time in the future, definitely at the Helsinki session, if not before.

Warm regards,

Yours sincerely,
Ranjan Amerasinghe

Observations on the Preliminary Report [first version]

on

"L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères"

1. (pp. 2 and 4) - I think a definite point should be made as to why there should be a distinction made between the situation where there is a contract between a State and a citizen and the situation when the contract is between a State and an alien. In the former case in many national systems, the State has the power to change the terms (at least some) of the contract after the entry into force of the contract. If this is so, why should there be a

difference where an alien is involved. In my own view, there is a difference in the situation but it would be useful to pin-point this and state why there is a difference. Also, it may be useful to note that in some legal systems existing contractual rights may not be abrogated or changed by the legislature because of constitutional provisions.

2. ([B. Scope of the Inquiry] p. 5) - A question which should be addressed face first by the Commission is whether it is useful to have compulsory arbitration in the situation being discussed (i.e., transactions involving States, state enterprises and entities and foreign enterprises) and also compulsory enforcement with a compulsory waiver of sovereign immunity if necessary.

3. (pp. 7-8) - A point which has been of interest is whether in any objective legal system, which may be postulated to govern the State-alien contractual relationship, there should be some provision for orderly change of some contractual terms. For example, provision could be made for third party involvement in such change or, at worst, negotiated change. Some contracts, such as investment contracts, extend over a long period and it would seem to be impractical to expect situations not to change and all possible circumstantial changes to be anticipated at the time the contract is made.

4. (p. 8, end of Section II) - The subject is "Arbitration between States and foreign enterprises." Should not there be some reference to arbitration in the non-contractual situation where there is a dispute, for example, in the case of expropriation or nationalization of property? The same preliminary questions would arise in this case presumably, but the issue of arbitration may be more difficult and at the same time more cogently needed.

5. (p. 9) - The scenario where a third state's courts will adjudicate may be somewhat unrealistic as most legal systems may not give their courts jurisdiction over a contract which has no connection with these systems. By the same token, the question should be raised why the courts of the State involved in the dispute are not suitable to adjudicate, even if the position is accepted that an objective legal order other than the legal system of the State governs the situation. After all, this is a possibility under (1) on page 9. Indeed, many developing countries have supported this position.

6. (p. 11) - To be fair by ICSID, it should be mentioned that provision is made in the Convention for appointment of an arbitrator(s) where one party fails to make the appointment(s). Hence, there can be no failure of the process because of non-cooperation by one party in this respect.

7. (p. 13) - I would like to suggest that, though ICSID provides an international forum through the mechanism of an international convention, it could be regarded more appropriately as a "denationalized solution" since the internationalization is only of the procedural system and not of the substantive legal system applicable, necessarily. The convention does contem-

plate the application of national laws while at the same time bringing into play international law, general principles of law, etc.

8. (p. 15) - The New York Convention really leaves much to be desired on the enforcement aspect. Indeed, ICSID is far superior in this connection. This defect in the New York Convention is important.

9. (p. 17) - In [IV. Issues for discussion] A. 2, I would like to see clarification of two points: (i) are investments included or is the inquiry confined to the commercial sort of relationship? (ii) is the ordinary expropriation and nationalization situation included in the inquiry?

10. (p. 17) - In [IV] A. 4, I would like to see specific reference to whether the Commission should examine the question of what the legal order should be?

11. (p. 18) - Here again the ICSID model in the case of failure to appoint an arbitrator is relevant. This is already a functioning mechanism which has been put into operation in cases brought before the Centre, e.g., the *Jamaica Case*.

12. (p. 19) - [IV] C. 1.(e) - The need for some kind of provision for orderly change is an issue that is of concern to me, especially in the case of longterm arrangements. This should feature either positively or negatively in any issue raised. After all, this is what much of the argument on the part of developing countries has been about.

13. (p. 20) - In Section [IV] C.1 (possibly). There should be a reference to expropriation and nationalization in relation to arbitration. This would make the inquiry more complete.

14. (p. 20) [IV] C.2 - *de lege ferenda* - there may be a need for the Institute to make some recommendations on the subject of execution. There are many aspects of this subject that require examination. Particularly important are the compulsory nature of execution and the doctrine of sovereign immunity.

15. Should there not be some reference to the exhaustion of local remedies rule in relation to arbitration?

2. Observations of Mr Christian Dominicé

Genève, le 12 juillet 1985

Mon cher Confrère,

Je viens vous demander votre indulgence pour avoir tardé à répondre à votre *Mémoire* concernant « *L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères* » [first version], qui soulève maintes intéressantes questions.

Avant de répondre aux questions spécifiques que vous énoncez, je voudrais présenter quelques observations d'un caractère général, qui devraient me permettre de mieux faire comprendre mes réponses.

a) Vous accordez une certaine importance à la notion de "legal order", en posant notamment la question de savoir s'il est souhaitable que l'on s'efforce d'assurer ou d'instituer un « ordre juridique » stable et objectif pour les relations commerciales et économiques entre un Etat et une entreprise étrangère.

En raison des malentendus susceptibles de se produire, je crois qu'il serait utile de préciser le sens dans lequel cette expression est entendue, ou alors d'y renoncer.

S'il s'agit d'indiquer simplement que des règles claires et sûres doivent exister pour gouverner ce type de relations, il n'est pas nécessaire à mes yeux de recourir à la notion d'ordre juridique, mais si je vous ai bien compris vous vous référez bien aux différents ordres juridiques au sens où cette expression est entendue dans la théorie juridique. Dans cette optique, le problème ne me paraît pas être de savoir s'il conviendrait qu'il y eût un ordre juridique gouvernant les relations ici considérées. Comme vous l'indiquez si bien dans votre mémorandum, ces relations peuvent être assujetties à un ordre juridique national, à l'ordre juridique international, ou encore à une combinaison d'ordres juridiques. Je ne pense pas que l'on doive envisager que cette situation appelle une modification, elle correspond au demeurant à la Résolution de l'Institut adoptée à la session d'Athènes, en 1979, sur la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère.

b) Il me semble que le rôle de la 18^e Commission est de mettre en lumière les règles du droit international — c'est-à-dire relevant de l'ordre juridique international — qui gouvernent la matière particulière de l'arbitrage institué par les contrats d'Etat. Le problème plus général des règles gouvernant ces contrats a déjà été abordé par l'Institut et ne doit retenir notre attention que dans la mesure où il peut y avoir un lien avec la clause d'arbitrage elle-même.

C'est en examinant la teneur de ces règles et la nature des problèmes auxquels elles doivent apporter une solution (validité de la clause d'arbitrage, procédure incidents de l'arbitrage, etc.) qu'il sera possible de déterminer dans quelles conditions elles s'appliquent, et s'il y a lieu de suggérer des développements (*de lege ferenda*).

Parmi les questions les plus importantes que nous devons nous poser figure celle de savoir si l'on doit considérer que certains arbitrages, du fait de leur ancrage dans le droit international public, conduisent à des « sentences de droit international public », et quelles en sont les conséquences, notamment en ce qui concerne l'exécution.

Vous me demandez de répondre aux questions énoncées dans votre Exposé sous les titres "Scope of the investigation" et "Issues for Discussions". Voici mes réponses :

B. *Scope of the Inquiry*

1. Il me paraît que nous devons prendre en considération, non seulement l'Etat, mais aussi les entités et entreprises qui exercent des fonctions étatiques. Ces entités jouent aujourd'hui un rôle important.

2. La question des immunités pourra surgir notamment lorsque nous aborderons le problème des incidents de l'arbitrage (est-il possible de recourir aux tribunaux ordinaires ?), et celui de l'exécution des sentences. Il conviendra de l'examiner.

3. Sur le point particulier de l'exécution des sentences, qui me paraît important, je crois que nous devons préalablement tirer au clair la question, évoquée ci-dessus, de savoir ce qu'implique le fait pour une sentence de relever du droit international public. Cette analyse pourrait nous conduire à des suggestions dont je ne saurais préjuger dès maintenant la teneur.

IV. *Issues for Discussion*

A. *Preliminary Issues*

1. Réponse oui (*cf.* ci-dessus).

2. Il me paraît qu'il importe de rappeler que le droit international a déjà développé certaines règles en cette matière, qui méritent d'être précisées et éventuellement complétées, mais notre Commission doit concentrer son attention sur celles qui concernent l'arbitrage.

3. Sans objet.

4. J'ai donné ma réponse dans mes observations liminaires.

B. *The Technique of Arbitration*

1. S'il y a des obstacles, il faut les éliminer par des règles satisfaisantes.

2. Il convient; si nécessaire, de rappeler les avantages de souplesse que présente l'arbitrage, et surtout, en notre matière, la possibilité qu'il offre d'assurer l'égalité entre parties très différentes.

3. Là n'est pas notre problème; il nous appartient d'analyser les règles concernant l'arbitrage.

4 à 6. Le bon fonctionnement de l'arbitrage dépend, pour une part, de la « qualité » des clauses d'arbitrage. Il conviendra d'examiner si notre Commission resterait dans son rôle en faisant des suggestions à cet égard. Sur la question que vous soulevez, je pense qu'il est utile — et l'on y pense désormais — de prévoir une autorité chargée de nommer un arbitre, en cas de retard ou de refus d'une partie, autorité dont il peut être judicieux d'obtenir le consentement préalable, mais je ne pense pas qu'elle puisse se lier pour l'avenir. Seule son attitude de principe peut être connue.

Quant aux règles gouvernant l'arbitrage entre un Etat et une société étrangère, celles qui relèvent du droit international méritent d'être mieux identifiées et affirmées, avant que soient suggérées des améliorations. Ce sont à

mes yeux principalement les problèmes relatifs à l'exécution des sentences qui sont le plus complexes, comme le montre le fait que même la Convention de 1965, qui institue sans aucun doute un arbitrage de droit international public, n'a pas trouvé une solution entièrement satisfaisante.

C. *Additional Matters*

1. *Lex lata*

a) D'accord, à condition qu'aucun motif de nullité n'entache la sentence.

b) D'accord, le principe d'autonomie de la clause arbitrale doit être clairement affirmé.

c) Je me demande s'il ne convient pas d'examiner d'abord la nature des sentences qui nous intéressent ici. A mon avis, dans le système actuel, certaines sont « nationales », d'autres sont ancrées dans le droit international public. Quelles en sont les conséquences au regard du droit conventionnel, notamment la Convention de New York ? La situation est-elle satisfaisante ? Je pense qu'il faut une analyse plus approfondie avant de se prononcer.

d) Il s'agirait ici d'une règle de droit international imposant une sorte de gel de la loi de l'arbitrage, par hypothèse nationale. Il conviendrait d'examiner dans quelles conditions cette règle trouverait application.

e) Comme ci-dessus, il me paraît que, du point de vue méthodologique, il convient d'indiquer les circonstances ou conditions dans lesquelles pourrait être applicable une règle de droit international limitant les effets de la modification de la loi de l'arbitrage, lorsqu'il s'agit du droit interne de l'Etat partie. Il me paraît qu'une stipulation dans ce sens dans la clause d'arbitrage devrait suffire. D'autres bases, comme vous l'indiquez, pourraient être explorées.

f) D'accord.

2. *De lege ferenda*

a) Notre Commission doit examiner les problèmes d'arbitrage, pas celui qui est suggéré ici.

b) Les questions relatives à la détermination de la loi de l'arbitrage, à la procédure, au recours éventuel aux tribunaux nationaux, sont parmi les plus importantes que nous devons examiner. J'ai le sentiment que les principes que vous énoncez ici sont déjà acceptés, du moins assez largement.

Je me réjouis de vous rencontrer à Helsinki, et, vous disant encore l'intérêt que j'ai pris à vous lire, je vous adresse, mon cher Confrère, mes messages les plus cordiaux.

Ch. Dominicé

3. *Observations of Mr Berthold Goldman*

Paris, le 22 janvier 1985

Mes chers confrères,

J'ai pris connaissance avec le plus vif intérêt de l'exposé préliminaire [first version] que vous avez bien voulu adresser aux membres de la 18^e Commission avec votre Mémoire du 19 octobre 1984. Je ne vois pas comment il aurait été possible de faire une exploration préalable plus complète du sujet, ni de tenir davantage compte de ses développements les plus récents.

Puisque vous l'avez demandé aux membres de la Commission, je prends la liberté de vous présenter d'abord quelques *observations générales* (I), puis de vous donner mon avis sur le *domaine de la recherche* et sur les *questions* qui devraient, selon vos suggestions, faire l'objet de travaux de l'Institut (II).

I. — *Observations générales.*

1. Vous vous interrogez, dans l'Introduction (en particulier p. 4), sur la « désirabilité » d'un ordre juridique stable et objectif pour le règlement des litiges concernant les rapports commerciaux entre un Etat et une entreprise étrangère.

Il me semble que nous devrions répondre à cette question, sans hésitation, par l'affirmative. Cela ne devrait cependant pas nous empêcher de dire que les arbitres internationaux devraient tenir compte, dans leurs décisions, des circonstances politiques et économiques dans lesquelles le contrat litigieux a été conclu, et des bouleversements, là encore politiques ou économiques, qui ont pu se produire depuis sa conclusion. Sous les deux aspects, les instruments traditionnels du dol et de la violence (dans la conclusion du contrat) et de la force majeure (s'opposant à son exécution) pourraient être assouplis, étant cependant entendu que les exceptions au principe *pacta sunt servanda* devraient rester... exceptionnelles.

De plus, et surtout, il serait souhaitable que la jurisprudence arbitrale élabore progressivement des critères relativement précis pour le contrôle de la liberté contractuelle initiale et des obstacles à l'exécution du contrat qui seraient allégués.

2. Ce qui précède répond, je l'espère, à la question que vous énoncez sous II (pp. 6 à 8).

3. Parmi les diverses catégories d'institutions et de règles qui pourraient former un « ordre juridique stable et objectif », que vous envisagez sous III (pp. 8 à 16) mes préférences (et aussi, si j'en juge par mon expérience, les préférences croissantes de la pratique internationale) vont aux règles et institutions « dénationalisées » (pp. 13 à 15) (et non simplement « internationales ») ; je n'ai rien à ajouter aux raisons d'une telle préférence que vous indiquez vous-mêmes.

Je voudrais cependant présenter une observation concernant les conditions auxquelles serait subordonnée la formation, par ce moyen, d'un ordre juridique stable et objectif (p. 14). Vous mentionnez, parmi ces conditions, que les juridictions étatiques devraient être prêtes, sauf circonstances très particulières, à reconnaître les sentences, et à *ordonner leur exécution*. Ce serait sans doute l'idéal; mais l'extrême attachement des Etats à l'immunité d'exécution ne devrait pas nous conduire à faire de son rejet systématique une condition de la « dénationalisation » de l'ordre juridique en cause, ni à penser que si cette condition n'était pas remplie, cet ordre juridique serait inefficace. L'expérience prouve, en effet, que la plupart du temps, les Etats finissent par exécuter les sentences arbitrales, ou en tout cas à transiger à partir de ces sentences.

4. Une distinction pourrait par conséquent être faite entre *reconnaissance* et *exécution* des sentences, en mettant l'accent davantage sur la première que sur la seconde. Mais je voudrais ajouter que la reconnaissance (et éventuellement, l'exécution) ne devraient pas rencontrer d'obstacle dans l'application par les arbitres d'un Droit « dénationalisé »; à cet effet, les juridictions étatiques devraient le reconnaître comme un véritable *Droit*.

II. — *Domaine de la recherche.* (I-B de l'exposé préliminaire, pp. 5-6).

1. « Etat » devrait être interprété largement, pour comprendre les entreprises ou entités appartenant à l'Etat ou contrôlées par lui.

Les difficultés de définition ne me paraissent pas insurmontables, surtout si nous ne cherchions pas une définition absolument exhaustive.

2. Le problème des immunités est une partie nécessaire de notre sujet. Je réponds affirmativement à la seconde question, sous ses deux aspects.

3. Oui. Je pense que l'acceptation par l'Etat d'une clause d'arbitrage implique certainement renonciation à l'immunité de juridiction, non seulement dans l'instance arbitrale, mais aussi dans les procédures judiciaires étatiques liées à celle-ci. Le problème est plus difficile pour l'immunité d'exécution.

III. — *Questions à discuter* [pp. 17-21].

A. — *Questions préliminaires.*

1. La 18^e Commission devrait traiter non seulement des Etats, mais aussi des entreprises et entités étatiques.

2. Oui.

3. Sans objet pour moi.

4. Je suppose que l'hypothèse faite est celle de la réponse affirmative à la question 2 (et non 3, comme indiqué).

S'il en est ainsi, la raison d'être des travaux de la Commission — qui commande la direction dans laquelle la recherche devrait s'orienter — est de

permettre à l'Institut de mettre le poids de son autorité au service de la formation et du progrès d'un ordre juridique stable et objectif des relations économiques et commerciales entre Etats et entreprises étrangères.

B. — *Technique de l'arbitrage.*

1. On rencontre des objections *politiques* au développement du rôle de l'arbitrage. Elles viennent essentiellement des Etats en développement, qui reprochent au Droit « dénationalisé » d'être un Droit « capitaliste ». Dans la plupart des cas, l'objection est injuste ; mais la jurisprudence arbitrale devrait veiller à tenir compte des problèmes particuliers que peuvent poser la conclusion et l'exécution des contrats auxquels ces Etats sont parties (v. *supra*, I-1).

2. Les avantages du recours à l'arbitrage sont montrés par ce que vous exposez au sujet de la « solution dénationalisée » (pp. 13-15), puisque les tribunaux arbitraux sont plus aptes que les tribunaux étatiques à la mettre en œuvre.

3. 1^{re} question : je ne le pense pas.

2^e question : devient sans objet.

4. Un très grand soin à apporter à la désignation des arbitres, et en tout cas de l'arbitre unique ou du troisième arbitre, pour assurer leur (ou sa) totale objectivité, et son aptitude à comprendre les problèmes politiques et économiques qui sont à l'arrière-plan de l'arbitrage, sans cependant qu'il s'en laisse envahir.

5. De manière générale, l'arbitrage institutionnel me paraît préférable, car on peut (ou on devrait pouvoir) compter davantage, dans son cadre, sur la compétence et l'objectivité des arbitres. Mais il est vrai que pour certains contrats, l'arbitrage *ad hoc*, avec intervention d'une autorité de nomination, peut se recommander.

C. — *Matières additionnelles.*

1.

a) Oui, à condition bien entendu que le maximum de précautions aient été prises, fût-ce au prix d'un allongement de la procédure, pour offrir à l'Etat la possibilité de participer à la constitution du tribunal arbitral et de présenter ses prétentions.

b) Oui.

c) Oui, pour la Convention de New York. Le problème peut se poser aussi pour la Convention de Genève de 1961, et la rédaction de son article 1-a) rend la réponse difficile.

d) Oui.

e) Question particulièrement difficile. Les changements de la loi de procédure, ainsi que des lois de fond *impératives*, pourraient être d'application temporelle immédiate. La clause de stabilisation pourrait s'opposer à cette application, mais je ne pense pas que l'on puisse la présumer. *Pacta sunt servanda* ne s'y oppose pas nécessairement, au regard des dispositions de procédure et des dispositions de fond *impératives*. Mais l'exclusion de ces dispositions en cas d'abus de droit (ou de pouvoir) devrait certainement être admise. De plus une disposition annulant rétroactivement la convention d'arbitrage ne devrait pas être acceptée.

f) Oui, mais pas nécessairement sans contrôle d'une juridiction étatique, saisie par un recours en nullité.

2.

a) Autre question très difficile. L'invocation de la force majeure par une entité ou entreprise d'Etat pourrait être admise si cette entité ou entreprise dispose de la personnalité juridique et d'une *réelle* autonomie, et s'il n'est pas établi que le fait du prince a été accompli dans le but de la libérer de ses obligations.

b) Réponse affirmative à toutes les questions.

*
**

Veillez croire, mes chers confrères, en l'assurance de mes bien cordiaux et fidèles sentiments.

Berthold Goldman

4. Observations of Mr Georges van Hecke

Brussels, 16 June 1986

Dear Arthur,

Please excuse me for not having reacted more rapidly to your letter of February 7. It will be a pleasure to work under your guidance on an interesting subject.

I agree with the basic proposition that in transactions between States and foreign private parties arbitration is the only form of adjudication acceptable to both parties. This point has convincingly been made by Professor Pierre Mayer in a recent article in *Clunet*.

As to the specific questions to which the Commission should direct its attention, I think we ought to attempt to identify the problems that are specific to those arbitrations in which a State is a party.

Of the five problems listed in the part "Practical problems of process in arbitration between public parties and foreign enterprises" of your revised "exposé préliminaire" (Separability, Kompetenz — Kompetenz, Failure of a party to participate in the arbitral process, Failure of an arbitrator to participate in the arbitral process, Plea of sovereign immunity as a bar to arbitration) only the last one meets this test. The other four are common to all arbitrations, whether a State is party or not.

May I suggest that we direct our efforts at those problems that arise from the fact that a sovereign State, a subject of international law, is party to an arbitration of the type we discuss (i.e. a private commercial arbitration as distinguished from an international arbitration).

The first of those problems has already been mentioned: the waiver of sovereign immunity. Other problems are listed in the part "Other Matters" of your revised "exposé préliminaire". Let me repeat them: the State's enactment of new substantive laws on the subject of arbitration, the claim by either a State or a State enterprise that it lacks capacity or authorization to accept an arbitration clause.

I am in doubt as to whether we should go into the problem of immunity from enforcement or leave it to the commission that handles the subject of immunity.

I hope these short comments may be of some use and I remain,

Yours sincerely,

Georges van Hecke

5. Observations of Mr F.A. Mann

London, 9 November 1984

Dear Arthur,

Arbitration between States

I received your memorandum of the 19th October [Preliminary Report, first version], but am in a very great difficulty in answering it, because there may be a fundamental difference of opinion in regard to arbitrations between States and private individuals.

In my view such arbitrations are in no way different from arbitrations between private persons. They are governed by ordinary arbitration law which may be applicable in the particular case (unless, of course, they are ICSID arbitrations, in which case different considerations apply). If this is right there is no problem. If I am wrong, then it is in the first place essential to define with precision the specific point which distinguishes the arbitrations you have in mind. To make my point more specific: there are

numerous arbitrations pending from time to time in England, for instance by the President of India and/or the Union of India as shipowners against charterers, and nobody doubts that they are simply governed by the normal English rules. In my view there would be no difference if the Aminoil Arbitration (my comments on which I enclose) had been involved and had taken place in England.

If my approach is right, then I am at a loss to see the problem.

With kindest regards,

Yours ever,

F.A. Mann

6. *Observations of Mr Paul Reuter*

Paris, le 1^{er} décembre 1984

Mon cher collègue,

Je vous remercie de l'envoi de votre *Memorandum* [of 19 October 1984] et du mot aimable qui l'accompagnait; ayez la bonté d'associer à ma gratitude notre collègue Jiménez de Aréchaga.

Je crois que ce *Memorandum* est un excellent point de départ pour de féconds travaux et d'une manière générale je partage vos vues. Je pense notamment que votre approche est très ouverte: elle couvre des questions de politique législative et aussi des questions proprement techniques: je crois que ces deux aspects sont inséparables et facilitent beaucoup l'adoption finale d'une résolution de l'Institut.

Je vais répondre à vos questions dans l'ordre que vous avez choisi; je voudrais toutefois auparavant faire une observation générale sur l'objet (*scope*) de nos travaux. On pourrait concevoir le sujet d'une manière assez étroite en ne retenant des aspects de l'arbitrage transnational que ceux qui sont spécifiques au cas d'un contrat entre Etat et entreprise étrangère; rentreraient alors dans le sujet: la capacité de l'Etat à compromettre selon le droit interne, l'immunité d'exécution de l'Etat, la question de savoir si les conclusions que l'on prétend dégager sont valables pour tous les Etats et pour tous les contrats, la nature et les effets d'une clause de stabilisation, etc.; mais on donnerait une interprétation étroite du terme «Etat» et on écarterait les questions qui sont communes à tous les arbitrages et contrats transnationaux, dont certaines ont d'ailleurs été discutées dans un passé récent à l'Institut. Je pense que tout en partant d'une conception étroite on sera amené à l'élargir en fonction du caractère encore discuté de certains aspects juridiques des relations transnationales.

Page 5 B [Scope of the Inquiry] 1 et 2. Quelle est la raison pour laquelle les arbitrages transnationaux appellent un traitement particulier quand l'Etat

est partie ? voilà le cœur de la question. Si ces raisons existent pour d'autres entités que l'Etat, la recherche doit s'étendre *dans cette mesure* à ces autres entités. Ainsi de même, à mon avis les immunités ne s'étendent pas à tous les actes de l'Etat mais elles s'étendent aux activités d'autres entités, quand celles-ci exercent des prérogatives de Puissance Publique.

Je suis donc dans la mesure indiquée ci-dessus plutôt partisan d'élargir le sujet à d'autres entités que des Etats. Je crois aussi que l'on ne peut pas laisser de côté l'immunité d'exécution de l'Etat et qu'il faudrait examiner notamment si l'on peut exécuter une sentence arbitrale sur les biens d'une entité qui n'exerce pas des prérogatives de Puissance Publique, mais est entièrement contrôlée par l'Etat ? même si elle a une personnalité juridique distincte de l'Etat ?

Page 6 II. Je réponds affirmativement à cette question sous le bénéfice de deux observations d'inégale importance. Le terme "order" a eu beaucoup de succès dans la pensée juridique américaine et a été illustré par une école de juristes brillante et sympathique. J'accepte volontiers d'y recourir, mais sous le bénéfice de deux réserves. Tout d'abord « ordre » a une portée plus précise et plus technique pour les continentaux et je réserve ma position sur la question de savoir si un système d'arbitrage complètement dénationalisé, quel que soit le nom qu'on lui donne, constitue un « ordre ». Ensuite, et votre *Memorandum* insiste à juste titre sur ce point, l'arbitrage peut être *plus ou moins* dénationalisé et une des questions les plus délicates est de savoir si on pourrait être conduit à conclure que les Etats ou certains groupes d'Etats sont franchement hostiles à la dénationalisation complète des contrats avec des entreprises étrangères et qu'il vaut donc mieux s'orienter vers une solution moins parfaite mais cependant acceptable. C'est là un aspect très important sur lequel la Commission ne manquera pas de revenir.

Page 17 A [Issues for Discussion] [Preliminary Issues] 1. Comme je viens de le dire, il y a plusieurs aspects des problèmes d'arbitrage de l'Etat qui obligent à considérer d'autres entités liées à la Puissance Publique.

A 2, 3, 4 : il ne faut pas poser le problème d'une manière aussi absolue.

B [The Technique of Arbitration] 1 et 2. Personnellement je ne fais pas d'objections à un arbitrage largement dénationalisé, mais pour qu'il fonctionne d'une manière satisfaisante il faut que les systèmes juridiques nationaux lui donnent un statut favorable et je me permets de rappeler que dans certains pays il est parfois interdit par la constitution elle-même à l'Etat de compromettre. C'est un point qui doit retenir également l'attention.

L'avantage de l'arbitrage est d'être une justice faite « sur mesure » (*tailored*); il a comme inconvénients de comporter des incertitudes difficiles à canaliser.

B 3. La conciliation par un organisme international est une alternative plus souple, mais qui ne peut pas réussir si cet organisme ne dispose pas d'un potentiel d'influence puissant.

B 4 et 5. Les progrès qui devraient être réalisés devraient porter sur la capacité de l'Etat à compromettre — sur les garanties d'exécution des sentences arbitrales, sur la consécration d'une règle de droit international *public* relative au respect par les Etats des équilibres contractuels qu'ils ont acceptés. Le progrès qu'il est raisonnable d'attendre c'est que les pays du tiers-monde aient de plus en plus l'occasion de pratiquer l'arbitrage transnational dans leurs relations *mutuelles*, cela pourra peut-être atténuer les réserves que beaucoup d'entre eux font encore à l'égard des pays développés.

B 6. Les avantages des arbitrages institutionnalisés sont nombreux : garanties contre la paralysie des mécanismes arbitraux, simplification des problèmes matériels et des frais, mais il doit rester très souple. La consultation préalable des organismes internationaux chargés de désigner des arbitres (par exemple Président de la Cour internationale de Justice, Secrétaire général des Nations Unies) n'est pas nécessaire s'il s'agit d'organes dont la pratique prouve à l'avance qu'ils accepteront cette charge.

Je voudrais relever encore, en ce qui concerne l'arbitrage institutionnalisé qu'une tendance très nette apparaît, notamment pour le C.I.R.D.I. (I.C.S.I.D.) d'introduire le plus de souplesse possible dans le fonctionnement, notamment par la dernière révision des règlements, en vue de s'adapter aux besoins très individualisés des parties. Si cette constatation est exacte il en résulterait deux conclusions :

- i) arbitrage, négociation et conciliation ont le plus souvent d'étroites affinités et il faut en tenir compte quand on définit les règles de l'arbitrage ;
- ii) il faut à la fois assouplir l'arbitrage institutionnel et « organiser » (« institutionnaliser ») l'arbitrage individuel.

Page 19 C [Additional matters] a et b. Il s'agit de règles indiscutables.

C b). Je connais très mal la jurisprudence relative à l'application des grandes conventions sur l'arbitrage pour répondre avec assurance sur ce point et il faudrait peut-être préciser la question en fonction du degré de « dénationalisation ». Je ne suis pas certain que ces conventions s'appliquent au cas où la dénationalisation (quel que soit son degré) n'est pas reconnue au moins par le droit d'un des Etats parties à la Convention en cause. Par ailleurs en ce qui concerne la dénationalisation du *droit applicable*, il me semble que l'application d'une convention aux sentences arbitrales rendues *ex aequo et bono* implique son application aux sentences arbitrales rendues sur la base d'un droit dénationalisé quelconque (y compris la base d'un droit national « gelé » à une date déterminée, car un tel système n'est plus l'expression de la souveraineté législative d'un Etat).

C de). Si l'arbitrage est "governed by a national law" c'est ce droit national qui pose les règles de conflit de lois dans le temps (droit intertemporel) et il faut surmonter cette difficulté et je suis bien d'accord que cette difficulté peut être surmontée. Mais d'une manière générale *ex hypothesi* comment obliger *a national law* à respecter le droit en vigueur au moment de la conclusion du contrat ?

C'est là une question fondamentale qu'il est impossible de laisser de côté, bien qu'elle ne soit pas propre aux contrats transnationaux auxquels l'Etat est partie. Elle appellerait de longs développements et je ne veux pas me substituer aux deux rapporteurs.

Ma tendance est de penser que le vrai remède est dans le droit international *public* qui, à mon avis, contient *déjà* certains éléments importants :

— l'atteinte à l'indépendance des arbitres est manifestement un déni de justice (par exemple poser la règle que tous les arbitres devront résider d'une manière permanente sur le territoire de l'Etat ou avoir sa nationalité) ;

— l'atteinte à la responsabilité des arbitres (par exemple que la sentence arbitrale n'a plus que la valeur d'une proposition qui peut être modifiée par un tribunal national) pourrait être une atteinte grave à l'objet et au but du contrat (conception de la *frustration* dans le *common law*) ou bien atteinte aux équilibres contractuels fondamentaux ;

— l'atteinte à la substance du contrat et par suite au processus d'arbitrage lui-même est prohibé par une règle de droit international public dans la mesure où elle porte atteinte aux *équilibres contractuels* tels qu'ils ont été raisonnablement envisagés par les parties au moment de la conclusion.

Autrement dit encore je ne crois pas que l'assimilation pure et simple d'un contrat à un traité soit techniquement et politiquement possible (« *pacta sunt servanda* »), je ne méconnais pas l'intérêt des clauses de stabilisation des contrats quand les Etats les acceptent ; toutefois il est clair que les Etats tendront à combiner et à juxtaposer une clause de stabilisation et une clause de révision. Certains experts ont fait observer que dans l'affaire AMINOIL le *hard core* était précisément de savoir quels sont les droits de l'Etat quand à la suite d'une clause de stabilisation et d'une clause de révision, les négociations restent sans issue et qu'une situation anti-économique risque de se prolonger.

Finalement ma position est qu'il faut élaborer sur le plan du droit international *public* des formules qui comme celles du Conseil d'Etat en France laissent aux Etats un exercice raisonnable de leur souveraineté législative mais les obligent, au moins par équivalent, à respecter des équilibres conventionnels fondamentaux.

Page 20 I. f) Oui sous réserve des voies de recours existantes.

II a) Oui évidemment.

II b) L'intention et même le sens de cette question m'ont échappé ; si « venue » doit être traduit correctement en français par « juridiction » il me semble :

i) que la conclusion générale sur l'usage par les arbitres de leur « discrétion » est équivoque, car ou bien les règles prévues par les autorités compétentes sont impératives, ou bien elles sont supplétives, et je ne vois pas bien le jeu de la « discrétion » ;

ii) l'acceptation d'une procédure arbitrale n'est-elle pas toujours une renonciation de l'Etat à l'immunité de juridiction ?

Je reste bien cordialement vôtre,

Paul Reuter

7. Observations of Mr Fouad A. Riad

Cairo, 3 January 1985

Dear professor von Mehren,

Thank you for sending me your preliminary report on « L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères » [first version] and for inviting me to send you my comments which you will find attached. I hope they cover most of your searching questions and could be developed in the coming meetings of our eighteenth commission.

May I earnestly congratulate you for your valuable report, while begging however to differ on certain issues. You will find some authority for the positions I have taken and some detailed discussion regarding the criteria I adopted in my lectures at the Hague Academy of International Law : « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé ». (R.C.A.D.I. 1963, volume 1, 579 ff.).

I am looking forward to seeing you this summer at Helsinki and resume our exchange of views. I seize this opportunity to send you my best wishes for the New Year.

Best personal regards,

Fouad A. Riad

I. — Recourse to arbitration is to my mind the most appropriate means to provide a stable and objective legal order to settle disputes between states and foreign enterprises. It is indisputable that an arbitral tribunal chosen by the parties themselves is likely to inspire more confidence to a foreign enterprise than the courts of the State party to the contract. The foreign enterprise which has taken part in the choice of the arbitrator(s) will have no ground to doubt their impartiality or fear their incompetency or technical inadequacy. The lengthy procedure before many national courts leads often to a considerable delay in the settlement of disputes to the great detriment of the parties. Arbitration offers indeed a much more effective instrument for speedy settlement of disputes in the field of international

transactions. In order to serve its purpose, arbitration should have specific rules of procedure tending in particular to preclude all dilatory and unnecessary formalities.

It is important however to bear in mind that in spite of its growing role and importance in the settlement of disputes between private enterprises or between states and foreign enterprises, arbitration is not to be considered a natural forum. Its existence as a competent jurisdiction is contingent on the parties' express agreement, without which national courts remain solely competent.

II. — National courts could contribute considerably to the promotion of arbitration as a workable and stable system for settlement of disputes: First, by abstaining from adjudicating claims in cases where a valid arbitration clause exists. Second, by giving foreign arbitral awards a full chance for enforcement on the territory of the State. In that respect the courts of the State where enforcement of the award is sought should refrain in particular from resorting indiscriminately to the concept of national public policy and to that of exclusive jurisdiction of national courts to prevent such enforcement.

III. — Our inquiry should in my opinion also extend to arbitrations between foreign enterprises and a certain category of entities owned or controlled by the State. The term State should be interpreted as covering state-owned or controlled enterprises in as much as they are organically linked with the State and assuming one of its functions. As to the State-owned or controlled enterprises which do not have these characteristics and which participate in international intercourse as independent legal persons, no identification should be made between them and the State-owning or controlling them. (A detailed discussion of this issue is to be found in my above mentioned Hague Academy lectures).

The doctrine of sovereign immunity should be particularly, if not solely, considered with regard to the enforcement of arbitral awards, since it is mainly at this stage that state immunity seems to constitute a serious problem in international intercourse. Our institute should in particular express its concern on how far an arbitration award rendered against a State could be executed against the property of that State and which property should remain immune to execution.

IV. — An objective legal order should be available for contracts concluded between a State and a foreign enterprise. Such legal order should seriously consider the impact which basic changes of circumstances can equitably have on the terms or the duration of the contract. The necessity for such safety — valve rule to prevent serious damage to either party to the contract should not in principle automatically allow the State party to the contract to proceed unilaterally to ex-post-facto changes. In the event of disagreement between the parties in that regard the determination of the existence and dimension of the change of circumstances should be left to the arbitral tribunal and not to any party to the contract.

V. — As to the means by which an objective legal order can be achieved it seems unrealistic at present to contemplate an autonomous or super-national arbitration unconnected with any municipal legal order and subject only to international law. The creation of a complete body of international rules applicable to our field of international transactions seems a remote possibility. The premise should be that, in the absence of any express choice of law by the parties, the law of the State party to the contract should be deemed the proper law. The application of the general principles of law and of *Lex Mercatoria* should only be contemplated in case the law of that State is expressly discarded by the parties or does not contain rules relevant to the problems at issue.

VI. — As to the technique of arbitration it seems to me that our future discussions should aim particularly at providing more assurances to the parties as to the minimization of any possibility of error, and that in addition to the aforementioned necessity to preclude all unnecessary procedural delays. It might be appropriate to consider creating some sort of arbitral court of appeal before which the parties could file an appeal against the award rendered by an arbitral tribunal. The composition of such a court should respond to the necessity of reflecting the legal and socio-economic concepts of both the developing countries and the highly industrialized States.

VII. — It might be preferable to contemplate institutionalizing certain types of arbitration which are of particular complexity between states and foreign enterprises in order to guarantee a high degree of competency. Experience has shown that the fact of providing in the contract for an appointment power in the event of abstention of a party to appoint an arbitrator is not always sufficient to ensure the required standard of competency of arbitrators.

VIII. — With regard to the issues on which the Institute should be asked to conclude *de lege lata* I concur with the following suggestions :

1. — An award should be held valid and binding notwithstanding one of the party's failure to participate in the constitution of the tribunal and the presentation of the matter provided that the arbitration agreement itself is valid and the procedure regarding the constitution of the tribunal and the presentation of the matter has fully respected the rights of the parties.

2. — The validity of the arbitration clause does not depend on the validity of the contract of which that clause forms a part.

3. — The arbitrators should retain the degree of independence and responsibility contemplated by the governing law at the time of the conclusion of the arbitration clause.

4. — The arbitral tribunal is the sole judge of its jurisdiction under the contract's arbitral clause.

IX. — As to the question whether a State enterprise may be excused for

non-fulfillment of the contract on the ground of *force majeure* when the State owning it has made performance impossible, I consider that the answer should depend on whether or not the State-owned or controlled enterprise is organically linked with the State and assumes one of the State's functions. The act of the State (*acte de prince*) should not be considered as *force majeure* regarding a State-enterprise which is organically linked to the State party to the contract and assuming a State function since such enterprise should be identified with the State itself. On the other hand, a State-owned or controlled enterprise which is not considered an organ of the State cannot be identified with the State itself. Hence the fact that such an enterprise has separate legal personality should allow the conclusion that the *acte de prince* should be considered a *force majeure* and can consequently constitute an excuse for non-fulfillment or breach of contract.

X. — I do concur with the proposition that the Institute should recommend de *Legge Feranda* that where the parties have provided for an institutional arbitration or have adopted arbitration rules, these rules — in the absence of an express party agreement to the contrary — prevail over the procedural law of the arbitration's venue.

I also support the proposition that where the parties have not regulated the venue or the procedural law for the arbitration, the arbitrators are free to determine both and may apply procedural rules that are not those of the venue selected.

8. Observations of Mr François Rigaux

Louvain-la-Neuve, 31 janvier 1985

Mes chers confrères,

- Votre exposé préliminaire du 19 octobre 1984 a retenu toute mon attention et j'ai beaucoup admiré la science et la sagacité avec lesquelles vous avez entamé l'étude d'un problème difficile.

Avant de tenter de répondre de manière plus précise aux questions que vous soulevez aux pages 5-6 [Scope of the Inquiry] et 16-21 [Issues for Discussion] de l'exposé préliminaire, je souhaiterais formuler quelques observations générales qui seront de nature à mieux faire comprendre la portée de mes réponses. Ces observations ont deux objets essentiels : une présentation théorique du problème et la liste des principales questions qu'il y a lieu d'étudier.

I. — Présentation théorique

Face à la question posée sous le n° A-2 (p. 17), il y a lieu de s'interroger

sur l'existence d'ordres juridiques distincts tant de l'ordre juridique international que des divers ordres juridiques étatiques.

a) L'ordre juridique international émane des Etats et gouverne pour l'essentiel des relations interétatiques, il ne contient pas de règles applicables comme telles aux relations économiques (que ce soit entre partenaires privés ou entre un Etat et une entreprise d'un autre Etat). Notre confrère Wengler a écrit sur ce sujet plusieurs articles à la conclusion desquels je me rallie entièrement. L'application du droit international ou des principes généraux de ce droit à des relations économiques mettant en jeu des intérêts « privés » me paraît hautement problématique.

Outre l'exemple de la Convention de Washington, qui a institué un système partiellement internationalisé, ne faudrait-il pas envisager les formes vraies d'institutionnalisation internationale du contentieux Etat - partenaire privé étranger, que l'on trouve dans la jurisprudence des *claims commissions* et, plus récemment, dans l'*Iran - U.S. Claims Tribunal* ?

b) En ce qui concerne les ordres juridiques étatiques, ils appréhendent les faits ou les situations qui leur sont soumis par la médiation de règles de droit international privé. En outre, certaines règles de droit international sont aujourd'hui directement applicables dans les ordres juridiques étatiques et les juridictions de l'Etat ne sauraient manquer de trancher certaines questions préalables (par exemple, celle de l'immunité d'un Etat étranger) à la lumière du droit international. On ne saurait dès lors réduire le droit appliqué par les juridictions d'un Etat au seul droit matériel interne en vigueur dans cet Etat.

c) Si l'on veut affranchir du droit étatique les contrats d'Etats (*State contracts*) et l'arbitrage entre un Etat et une entreprise ayant la nationalité d'un autre Etat, il faut poser l'hypothèse d'un *tertium genus* que, faute de mieux, on peut appeler l'ordre juridique transnational. Les options théoriques doivent être clairement posées. Il n'y a ni contrat ni arbitrage « sans loi ». Les expressions purement négatives de « dénationalisation » ou « délocalisation » ne suffisent pas à rendre compte de l'ordre juridique dans lequel sont conclus le contrat d'Etat et la convention d'arbitrage qui y est contenue ou annexée. La question de l'autonomie de la convention d'arbitrage posée sous le n° C, 1, b (p. 19), ne permet pas d'éluder la détermination de l'ordre juridique compétent pour l'appréciation de la validité de la clause d'arbitrage.

II. — Principales questions à résoudre

A. — Distinction entre le contrat d'Etat et la convention d'arbitrage.

L'objet des travaux de la 18^e Commission est « l'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères ». Le plus souvent, certes, un tel arbitrage a pour objet les litiges nés ou à naître d'un contrat d'Etat (*State contract*). On pourrait cependant envisager que le litige soumis à l'arbitrage n'ait pas pour source un contrat mais, par exemple, une question de responsabilité soit de l'Etat (à l'exclusion d'un problème de responsabilité internationale au sens propre du

terme) soit de l'entreprise. Sur ce point, le thème déborde la seule hypothèse du contrat d'Etat.

Il faut se demander en outre si les questions de droit substantiel relatives au contrat d'Etat (par exemple, la portée et la valeur juridique d'une clause dite de stabilisation) appartiennent au domaine des travaux de la commission. Si même on devait accepter une telle extension du thème, il faudrait soigneusement distinguer les deux séries de problèmes.

B. — Questions relatives à la convention d'arbitrage.

1° Caractère conventionnel de l'arbitrage entre un Etat et une entreprise étrangère.

Il faut distinguer deux hypothèses :

- a) l'arbitrage a pour source une convention entre l'Etat et l'entreprise ;
- b) l'arbitrage se déroule en vertu d'un traité interétatique ayant prévu (ou implicitement admis) que les entreprises d'un des Etats contractants ont le droit d'agir contre l'autre Etat contractant (exemple : *Iran - U.S. Claims Tribunal, Claims Commissions*). Il me semble qu'il faudrait limiter les travaux de la commission à la première hypothèse.

2° Détermination de l'ordre juridique auquel se rattache la convention d'arbitrage.

a) ordre juridique international (voy. sentences *Aramco* ou *Texaco-Calasiatic*) ;

b) ordre juridique transnational (voy. sentence *Aminoil*) ;

c) droit étatique.

3° Règles de procédure.

a) règlement institutionnel (C.C.I., UNCITRAL, etc...) ;

b) règlement par la convention elle-même, avec pouvoirs déferés aux arbitres ;

c) référence au droit de l'Etat sur le territoire duquel la procédure se déroule.

Ces trois sources peuvent, le cas échéant, être combinées.

4° Choix de la loi applicable.

Ceci est sans doute l'un des problèmes les plus épineux. Sans doute les arbitres appliqueront-ils au premier chef les dispositions matérielles contenues dans le contrat d'Etat. Si une action en responsabilité se greffe sur l'action proprement contractuelle, mais aussi pour déterminer les limites de l'exercice par les parties de leur propre autonomie, il faudra déterminer le droit applicable selon des règles de conflit de lois.

J'ai déjà exprimé mes réserves au sujet des solutions que l'on peut trouver dans le droit international (auquel la matière du contrat d'Etat est, par

hypothèse, étrangère) et dans les principes généraux du droit. Il ne faut surtout pas exclure toute application de la loi de l'Etat partie au contrat. De nombreux aspects de la relation contractuelle et de la responsabilité assumée par l'entreprise comme par l'Etat pourraient difficilement être soumis à une autre loi.

Quant au droit international, il doit être pris en considération pour l'appréciation de questions préalables (par exemple, la validité d'une nationalisation).

C. — Questions relatives à la mise à exécution des sentences arbitrales.

1° Rappel de la distinction entre les deux hypothèses définies sous B, 1°.

Dans l'hypothèse b), la non-exécution de la sentence par l'Etat engage sa responsabilité internationale et elle suscite les difficultés classiques de l'exécution par l'Etat de ses obligations internationales. Cela n'exclut pas que les sentences puissent en outre être soumises aux voies d'exécution étatiques (voy. 2°).

2° L'exécution forcée des sentences arbitrales.

Les seuls procédés efficaces d'exécution d'une décision judiciaire (au moins en ce qui concerne le paiement de sommes) sont ceux que procurent la force exécutoire reconnue dans l'ordre juridique interne des différents Etats. Cela soulève nécessairement les problèmes de l'immunité de juridiction et de l'immunité d'exécution de l'Etat qui aurait été condamné. Il faut aussi s'interroger sur certains dispositifs tel la *restitutio in integrum*, du point de vue tant de la compétence requise dans le chef des arbitres pour prononcer une telle condamnation que de la possibilité de donner exécution à un tel dispositif par les voies d'exécution étatique.

Réponse aux questions posées dans le rapport préliminaire

Scope of the inquiry (pp. 5-6)

1. I should not exclude State entities and agencies from the concept of State.

2. If the question of compulsory execution of an award pertains to the scope of the inquiry, the doctrine of sovereign immunity cannot be dismissed.

3. Yes, see above.

Issues for discussion (pp. 16-21)

A, 1. With State entities and enterprises.

2-3.4. The formulation of question 2 is too vague to permit any answer. I suggest another approach, above I.

B, 1-3. Principally, no, but the proper question is defining the true nature of arbitration.

4-6. The exact nature of arbitration has to be defined before attempting to answer those questions.

C, 1, a) That depends upon the content of the arbitration convention itself.

b) Principally, yes, but the answer has to be found in the juridical order applicable to each particular arbitration.

c) The positive nature of the so-called "denationalised" arbitration must firstly be determined.

d) Yes.

e) "Any change... that" seems to me too broad a concept. There is some contradiction between the reference to a State law (as the juridical order assuming the parties obligations) and the will to "stabilize" that law, which means building up a purely contractual non-State law. State law is by itself bound to live up to changing circumstances.

f) Yes, under some reservations: for instance within the juridical order from which the arbitrators' authority derives or within the State law where execution is sought.

2. a) That question is related to the State contract itself and not to arbitration. Is it not out of the scope of the commission's mandate?

b) I dare not answer the question asked within the last phrase before a more thorough investigation of the commission.



Veillez agréer, je vous prie, mes chers confrères, l'expression de mes sentiments choisis.

F. Rigaux

9. Observations of Mr Stephen M. Schwebel

The Hague, 19 December 1984

Dear Arthur,

I have now been able to read the memorandum [of 19 October 1984] by you and your distinguished Co-Rapporteur on "Arbitration between States and foreign enterprises". May I congratulate you both upon it. My comments on the questions raised are as follows:

Scope of the investigation

1. The Institut's inquiry should most certainly embrace arbitrations between foreign enterprises and entities or bodies owned or controlled by a State.

If the inquiry were to be restricted to arbitrations between foreign enterprises and States themselves, it would lose much of its point, for the fact is that a great many contracts are entered into between foreign enterprises and entities owned or controlled by a State (though sometimes the State is also party or guarantor).

2. The doctrine of sovereign immunity is not relevant to the topic insofar as the topic is concerned with the arbitral process itself. Sovereign immunity may be pleaded in the court of one State to debar action against the government of another State. I.e., a State is entitled, in certain restricted circumstances, to plead immunity from suit against it which is brought in the courts of another State, on the principle *par in parem non habet imperium*. But that principle has no application to proceedings before an arbitral tribunal which is not an organ of a sovereign State but which rather derives its competence and jurisdiction from an arbitration agreement between the contracting State and the foreign enterprise. Such a tribunal is the instrument of the sovereignty of no State; accordingly, the question of sovereign immunity does not, or at any rate should not, arise in the proceedings of such a tribunal. Thus I believe that the doctrine of sovereign immunity imposes no obstacle at all to the use of the arbitral process to adjudicate claims against a State. However, it may present difficulties at the stage of the enforcement of an arbitral judgment in the courts of a third State. But those difficulties are often overcome, and should be overcome, by the holding that agreement by a State to arbitration constitutes a waiver by the State of any immunity which it otherwise might be entitled to invoke.

3. The Commission might well consider the interrelationship between arbitration and the impact of a plea of sovereign immunity (and act of State) on the enforcement and execution of arbitral awards. A key issue is whether the agreement to arbitrate of itself constitutes a waiver of sovereign immunity in respect of enforcement of the resultant award. I believe that the better position is that the arbitration agreement is, or is tantamount to, such a waiver.

Issues for discussion

A. Preliminary issues

1. The Report and Recommendations should deal with State entities and enterprises.

2. Yes.

3. My answer to the previous question obviates this question.

4. The purpose of the Commission's work is to strengthen the legal framework for contractual relations between States and State enterprises, on the one hand, and foreign enterprises on the other, through reinforcement and refinement of the arbitral process. The inquiry should consider what are the principal problems to which arbitration between States and aliens in

practice gives rise, suggesting constructive solutions for the resolution of those problems.

B. The technique of arbitration

1. In my view, there are not well founded objections to the important role that arbitration has assumed in the handling of contractual relations between States and foreign enterprises. Perhaps an objection that might be raised, however, is that arbitration's role is not important enough, especially in that arbitral awards have not been enforced in some cases for reasons which generally or sometimes are questionable: notably, public policy, the act of State doctrine, and sovereign immunity. Moreover, on occasions when States have violated their contractual undertaking to arbitrate — and on that count have been party to a denial of justice entailing their responsibility under international law — they have gotten away with such transgressions, nationally, internationally and in the courts of third States.

2. The principal advantage of reliance in these matters on arbitration is the assurance it gives to the parties that a means of settlement of disputes is available which is, or should be, relatively objective and free of national and nationalistic pressures, and which is not within the legal authority of one of the parties to vitiate. A foreign investor or contractor, who may commit large sums and undertake large liabilities, may, in the absence of the option of arbitral recourse, prefer to confine his risk-taking to home or to areas in which he feels at home. But, with the assurance of arbitral recourse which is not within the legal authority of the contracting State to forestall, the investor may be willing to contract with the foreign State or State enterprise. Correspondingly, the advantage to the State is that its willingness to include independent arbitral recourse in its contracts may attract investment or contractual relations which otherwise would shy away. Among the disadvantages of arbitration is that the results may so predominantly depend upon the views of the third or sole arbitrator. This in turn may produce a certain discontinuity and dissonance among arbitral precedents. Another factor which is both an advantage and disadvantage is confidentiality. Parties — especially the State — may prefer the closed character of arbitral proceedings to litigation in open court. But the disadvantage is that many arbitral awards go unreported and unpublished, a fact which detracts both from the cumulation of precedent and the accuracy of scholarship.

3. It may be that provision for third-party conciliation would be a desirable precursor to arbitration, but it would not necessarily be superior to arbitration, which in any event should remain as the ultimate recourse. However, parties usually go to arbitration as a last resort, when negotiation has failed and often when the contractual relationship is ruptured (though this is not always the case); whether they would be prepared to make use of conciliation at an earlier stage, and have a third party thus introduced into the business of the two parties to the contract, is questionable.

4. and 5. There are various aspects of the law and procedure of the institution of arbitration between States and foreign enterprises that could be usefully clarified or reformed, though whether that is practicable is uncertain. Among the questions of law that arise are these:

(a) Is the obligation to arbitrate severable from the contract which contains that obligation?

(b) If a State reneges on implementing the obligation to arbitrate which its contract with a foreign enterprise contains, does that constitute a denial of justice giving rise to the State's responsibility under international law?

(c) To what extent are the parties free to choose the law (i) governing the arbitration and (ii) governing the contract?

(d) To what extent do the rules of conflict of laws provide answers to the foregoing question?

(e) May a contract between a State and an alien be its own legal system, or must its validity and interpretation depend upon a national system of law (and if so, invariably or presumably that of the contracting State?), or upon international law, or the general principles of law (however denominated)? (I appreciate that earlier work of the Institut has dealt, and dealt most constructively, with this question in particular.)

(f) In an arbitration between a State and an alien, in which the contract at issue is not governed by international law, are the parties nevertheless free to plead international law as that law may relate to the actions of a party? Or may international law be invoked only by one State against another?

(g) May a State enterprise be found by an arbitral tribunal to be bound by obligations under international law as the State which controls it may be bound?

(h) May a valid award be rendered by a truncated arbitral tribunal and, if so, in what circumstances?

(i) Can exceptions be carved into the rules of sovereign immunity and the act of State doctrine which will permit the enforcement of arbitral awards free of their inhibitions?

In addition to questions of law such as the foregoing, there are institutional questions, one of which is: what can and should be done to make greater use of the facilities of the Permanent Court of Arbitration? While those facilities were opened some years ago to arbitrations between States and foreign enterprises, they nevertheless have hardly been used. The PCA is not open to arbitrations between State enterprises and foreign enterprises, to which a State is not party.

Another institutional question is: what should and can be done to make international arbitral awards more regularly available for publication, either in series of a tribunal (such as the *Iran - U.S. Claims Tribunal Reports*), or in collections such as *International Law Reports*, *International Legal Materials*, the *ICCA Yearbook*, *Commercial Arbitration* and the *United Nations Reports*

of *International Arbitral Awards*? Is there at once a problem of insufficient yet duplicative reporting? Does it make sense for UNRIAA to publish awards which have appeared years before, as in *ILR*?

Still another institutional question of quite another order is: can the facility of Appointing Authority be improved?

As to whether significant developments are likely to occur in the foreseeable future: one may wonder if, after the adoption of the UNCITRAL Arbitration Rules, and UNCITRAL's work on model national laws of arbitration, there is much room for further innovation. At the same time, the application of the UNCITRAL Rules, as modified by the Iran - U.S. Claims Tribunal, may have given rise to a body of experience, not all of it happy, which could impel a reconsideration of certain rules.

6. The ICC carries on international commercial arbitration on a very large scale, having hundreds of cases on its docket, while ICSID, which got off to an understandably slow start, has been gaining momentum. This experience suggests that there is demand for and reliance upon institutional arbitration, which should be met, presumably by existing institutions (which is not to say that those institutions, like others, may not be susceptible of improvement). There may even be room for additional institutions. At the same time, it may well be that the principal advantages of institutional arbitration can be obtained, at least for arbitrations which are large and complex, by *ad hoc* arbitration, provided that the contract contains provision for appointment in case of default. (The question of the optimum Appointing Authority is delicate. It seems prudent to obtain the consent of the authority in question, before or upon conclusion of the contract, certainly if that authority is a public authority.) Moreover, *ad hoc* arbitration may in some cases have advantages over institutional arbitration, in terms of flexibility and costs.

C. Additional matters

1.

a) Yes. The better, though not uncontested, view, is that award of a truncated international arbitral tribunal is valid and binding. Both principle and practice supports this conclusion.

b) Yes. The law on this question is overwhelmingly in favor of a positive answer.

c) Yes, at any rate *de lege ferenda*. My impression is that *de lege lata* the answer to the question is less clear.

d) Yes, at any rate *de lege ferenda*.

e) Yes, this would seem to be the desirable view, which finds support in the principles to which reference is made. I am unable to say whether it is *de lege lata*.

f) Yes, in an international arbitral proceeding this is clearly the case, and is a principle to which the International Court of Justice has lent its

authority. However, the situation may be less clear under the national law of some countries.

2.

a) Yes.

b) My reply to all of these questions is yes.

Yours sincerely,

Stephen M. Schwebel

10. Observations of Mr Michel Waelbroeck

Brussels, 21 February 1985

Dear Colleague,

Thank you for your memorandum of 19 October and for the « Exposé préliminaire » [first version] which you enclosed.

Firstly, I wish to congratulate you and Mr. Jiménez de Aréchaga for the deep and well balanced report which you have produced. This is a delicate subject with strong political and sometimes emotive undertones and you have both succeeded in treating it in a truly remarkably objective manner.

For what it may be worth, I wish to give you my opinion on the questions raised on pages 17-21 [Issues for Discussion] of your report.

A.1. The report should deal also with state entities and enterprises. Otherwise, the greater part of its practical importance will be lost.

2. I am firmly of the opinion that it is desirable, both in the interest of the developing nations and in the interest of the investing states and companies, that there should be an objective and stable legal order for international economic relations.

3. No answer required.

4. The Commission should enquire as to the most practical methods for establishing this objective and stable legal order and ensuring compliance with it.

B.1. There are well-known political objections to the important role of arbitration in relations between states and foreign enterprises. In my view, however, these objections are not convincing, since they confuse the short term with the long term.

Apart from the axiom (which one can accept or not, depending on one's political convictions) that a private enterprise may not be put on a footing of equality with a sovereign state, there are no legal objections to increasing the role of arbitration.

2. The principal advantages of relying on arbitration are :

— to provide for the possibility of consideration of any dispute by a neutral judge ;

— to prevent one of the parties from unilaterally changing the rules of the game to the detriment of the other party ;

— thereby to establish a greater degree of trust and confidence in international relations.

3. I do not see that any other technique would be superior to arbitration in these matters.

4. An attenuation of the doctrine of sovereign immunity so as to allow the blocking or seizure of assets of one state in the courts of another state where such assets are situated and where the first state has been condemned under an arbitral award.

5. It is difficult for me to answer this question.

6. Depending on the type of dispute, it may be desirable to set up institutional mechanisms, as this facilitates the course of the proceedings. In the case of ad hoc arbitration, it is prudent to secure the agreement of the independent authority selected for appointing the arbitrator before formally designating him to accomplish this task.

C.1.a) Yes.

b) Yes.

c) No opinion.

d) Yes.

e) Yes. The most appropriate basis for this conclusion is, in my opinion, the principle of *pacta sunt servanda*.

f) Yes.

2.a) Yes, of course.

b) Yes, in general. No opinion on last sentence.

Yours sincerely,

M. Waelbroeck

11. *Observations of Mr Prosper Weil*

Paris, le 13 mars 1986

Mon cher Confrère,

Vous avez eu l'amabilité de me communiquer l'ensemble des documents de la 18^e Commission et de me demander de vous faire part de mes commentaires.

Je voudrais vous dire avant tout combien je suis sensible à l'honneur que m'a fait l'Institut en m'associant aux travaux de cette Commission et combien je me réjouis de l'occasion qui m'est ainsi donnée de travailler à vos côtés ainsi qu'à ceux de notre éminent confrère et ami, le Président Eduardo Jiménez de Aréchaga.

Ma participation aux travaux de la Commission débute à un moment où le plus difficile du travail est déjà accompli. L'exposé préliminaire [first version, of 19 October 1984] a magistralement déblayé le terrain ; les observations des membres de la Commission ont fait avancer le débat ; la version révisée de l'exposé préliminaire [of 23 July 1985] fait le point de manière tout à fait remarquable. C'est dire que mes commentaires vont être sans originalité. Ils se limiteront, au présent stade, aux questions qui touchent au champ d'investigation de la Commission.

Les problèmes relatifs à l'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères peuvent, me semble-t-il, être examinés à trois niveaux différents :

— l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends entre Etats et entreprises étrangères ;

— la détermination du droit applicable par l'organe arbitral à la solution du litige, c'est-à-dire le choix du ou des systèmes de normes auxquels l'organe arbitral se référera pour définir les droits et obligations des parties ;

— la détermination du contenu matériel des règles composant le ou les systèmes de normes retenus comme applicables.

Il me semble que la Commission pourrait écarter du champ de ses réflexions les deux derniers aspects. Les questions de *choice of law* ont fait l'objet de discussions approfondies qui ont conduit à la résolution d'Athènes. Rouvrir ce débat difficile aujourd'hui, à propos de l'arbitrage, ne me paraît pas opportun. Quant au contenu des règles que l'arbitre va appliquer aux litiges entre Etats et entreprises étrangères dans le cadre des divers systèmes mentionnés à l'article 2 de la résolution d'Athènes, elle me semble tout à fait étrangère à la mission de notre Commission.

En d'autres termes, la Commission pourrait, à mon avis, laisser de côté toutes les questions relatives au droit applicable (qu'il s'agisse de son choix ou de son contenu), en particulier les problèmes de dénationalisation ou d'internationalisation, de *lex mercatoria*, de principes généraux du droit, ainsi que les questions touchant à l'effet des clauses de stabilisation, à l'incidence

des changements de circonstances ou de la force majeure, à l'intervention de l'Etat dans les rapports contractuels, etc.

C'est l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends qui devrait seul, à mon sens, retenir l'attention de la Commission. Même ainsi défini, le champ d'investigation qui s'ouvre à la Commission demeure large, difficile et fécond. L'exposé préliminaire et les observations des membres de la Commission fournissent une importante liste de sujets sur lesquels l'Institut pourrait prendre parti.

Sans prétendre être exhaustif, on peut relever les problèmes suivants :

(a) Les caractéristiques générales de ce mode de règlement des différends entre Etats et entreprises étrangères, comparées à celles des autres mécanismes disponibles ; ses avantages et inconvénients tant pour la partie étatique que pour la partie privée ; les difficultés auxquelles il se heurte sur le plan juridique et sur le plan pratique. L'exposé préliminaire fournit une contribution remarquable, tant par sa profondeur que par son originalité, sur ces divers aspects.

(b) L'extension — qui me paraît largement souhaitée par les membres de la Commission — de nos réflexions à l'arbitrage mettant en cause non seulement l'Etat proprement dit mais des organismes para-étatiques. Je me demande s'il n'y aurait pas intérêt à nous préoccuper également de l'arbitrage entre Etats et entreprises privées ayant le statut de sociétés de droit national mais contrôlées par des intérêts étrangers ; les mécanismes du C.I.R.D.I. confèrent peut-être un intérêt à cette question.

(c) Les modalités pratiques de l'arbitrage : arbitrage prévu ou non par un traité international ; arbitrage *ad hoc* ou institutionnalisé ; C.I.R.D.I. ; Cour permanente d'arbitrage ; choix des arbitres ; choix du lieu, etc.

(d) Le droit régissant le processus arbitral (loi du siège ? droit international ? droit *sui generis* ? etc.).

(e) l'incidence des législations nationales sur l'arbitrage : lois restreignant le droit de l'Etat de soumettre ses litiges à l'arbitrage ; risque de voir l'Etat se prévaloir de telles lois en cours d'arbitrage ou même après le prononcé de la sentence ; mesures nationales risquant d'entraver le déroulement normal de l'arbitrage ; exclusion de la compétence des tribunaux nationaux.

(f) Les questions évoquées aux paragraphes 34 à 41 de l'exposé préliminaire : séparabilité ; compétence de la compétence ; défaut d'une partie ou défaillance d'un arbitre ; rejet de toute fin de non-recevoir tirée de l'immunité de juridiction.

(g) Les voies de recours contre la sentence arbitrale.

(h) L'exécution de la sentence ; effet et valeur de la sentence dans les ordres juridiques nationaux.

Je vous prie de croire, mon cher confrère, à l'assurance de mes sentiments les plus cordiaux.

Prosper Weil

Draft Resolution and Draft Report
by Mr Arthur T. von Mehren (Rapporteur)
and Mr Eduardo Jiménez de Aréchaga (Co-Rapporteur)

A. Draft Resolution and Questionnaire of April 14, 1987

Introductory Note. Prior to the Cairo Session (September 7, 1987), three texts of the Draft Resolution were circulated to the members of the Eighteenth Commission: a first version of March 17, 1987, a second of June 5, 1987, and a third — the version discussed at Cairo — of July 13, 1987. The version printed below in 2 is that of July 13, 1987. Because many of the comments received from Commission members relate to one of the earlier texts, the differences between the July 13th texts and the two earlier texts are indicated ¹².

Subsequent to the circulation of the March 17 version of the Draft Resolution a short questionnaire was sent to Commission Members on April 14, 1987. As some of these comments made by Commission Members refer to this document, it is also reproduced below :

1. Questionnaire of April 14, 1987

1. Do you agree with the proposition set out in the fourth Whereas of the *Projet*? If not, please set out the bases — practical as well as theoretical — of your disagreement.

2. Are there any propositions contained in the Whereases to which you object? If so, please state your disagreement and explain the basis for it.

3. With which, if any, of the Articles of Resolution do you disagree? Please state such objections as you have and indicate the bases — practical as well as theoretical — of your disagreement.

4. The Report, in discussing various matters, seeks to explain and justify the Articles of Resolution. Please note any objections that you have to the discussion, explain your disagreement, and state your position.

¹² For a Table of Correspondences between the several versions of the Draft Resolution, see p. 99 *infra*.

5. Are there any issues taken up in the Resolution or the Report that you think should not be considered? If so, state the issues in question and explain your position.

6. Are there any issues *not* taken up in the Resolutions or the Report that you think should be considered? If so, state the issues in question and explain your position.

2. *Projet provisoire de résolution*

The Institute of International Law

Whereas the Institute, at its Amsterdam Session in 1957, adopted a Resolution on L'arbitrage en droit international privé and, at its Athens session in 1979, adopted a Resolution on La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère.

Whereas these Resolutions have implications for — but do not systematically treat — a subject of great practical and theoretical importance, namely, arbitrations between States, state enterprises, or state entities¹³ and foreign enterprises.

Whereas the claim is on occasion made with respect to such arbitrations, that a public party, by virtue simply of its character and responsibilities, enjoys prerogatives not accorded a private party¹⁴.

Whereas statement of a coherent body of principle respecting the arbitrator's role and obligations in¹⁵ arbitrations respecting transactions in which one party is a State, a state enterprise, or a

¹³ In the March 17 and June 5, 1987 drafts the language "state enterprises, or state entities" does not appear and "States" is followed by "acting in their sovereign capacity."

¹⁴ This "*Whereas*" does not appear in the March 17 and June 5, 1987 drafts. The June 5 — but not the March 17 — draft contains the following third "*Whereas*":

Whereas an arbitration that arises from a transaction between a foreign enterprise, on the one hand, and a State, a state enterprise, or a state entity acting in a sovereign capacity, on the other, could be governed by rules and principles that do not apply to arbitrations between private parties.

¹⁵ The March 17, 1987 draft inserts "these" before "arbitrations", does not contain the language between the words "arbitrations" and "with", and concludes "will clarify certain fundamental issues and contribute to legal security."

state entity¹⁶ will clarify certain fundamental questions and contribute to legal security.

Whereas differing views may be held both by arbitrators, on the one hand, and national legal orders, on the other, respecting certain of the rules and principles applicable to arbitrations between foreign enterprises and States, state enterprises, or state entities¹⁷.

Conscious of the contemporary importance of arbitration in economic relations between foreign enterprises and States, state enterprises, and state entities¹⁸.

*Noting*¹⁹, firstly, that this Resolution has in view arbitrations resulting from transactions²⁰ between foreign enterprises and States, state enterprises, and state entities²¹, and, secondly, that the Resolution consists of three parts, the first directed to arbitration practice, the second to the views of national legal systems respecting such matters as the validity or the enforcement of awards, and the third to²² how arbitrators should proceed where concerned national legal systems subject arbitrations to constraints that are inconsistent with the agreement to arbitrate.

¹⁶ The language "is a State, a state enterprise, or a state entity" is replaced in the June 5, 1987 draft by "acted in a sovereign capacity".

¹⁷ The March 17, 1987 draft does not contain this "Whereas" but expresses essentially the same idea as follows:

Whereas differences in the principles applicable to, on the one hand, arbitrations between States and foreign private parties and, on the other, to national legal orders in their relations to such arbitrations are understandable and acceptable.

¹⁸ In the June 5, 1987 draft the language "acting in a sovereign capacity" is inserted here.

¹⁹ The March 17, 1987 draft substitutes "Stressing, that" for "Noting".

²⁰ The March 17, 1987 draft omits "resulting from transactions".

²¹ In the June 5, 1987 draft the language "acting in a sovereign capacity" is inserted here.

²² In the March 17, 1987 draft the remainder of this passage is "the consequences for arbitration practice of restrictive views held by national courts".

Adopts this Resolution :

A. Arbitration Practice

Article 1

Arbitrators derive their authority and legitimacy from the parties' agreement providing for arbitration. The arbitrator should neither exceed his authority nor do less than is required to exercise that authority completely. He should respect, however, the peremptory norms of²³ *international* public policy derived from internationally accepted statements such as the Déclaration Universelle des droits de l'homme and quasi-universally accepted standards of morality.

Article 2²⁴

Consistent with the function and role of arbitration, unless the parties provide otherwise, the arbitration clause is separable from the transaction as a whole.

Article 3²⁵

The tribunal has, unless the parties provide otherwise, authority to determine whether the controversy falls within its adjudicatory authority.

Article 4²⁶

A party's refusal to participate, whether taking the form of failure to appoint an arbitrator pursuant to the arbitration agreement, of the withdrawal of an arbitrator, or of other obstructionist tactics, does not suspend the proceedings.

²³ In the March 17 and June 5, 1987 drafts the preceding part of this sentence reads as follows: "The foregoing is qualified by requirements of".

²⁴ In the March 17, 1987 draft, Articles 2-4 are combined as Article 2; the draft does not contain a counterpart to Article 5. In the June 5, 1987 draft, Articles 2-5 are combined as Article 2.

²⁵ Article 2b in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

²⁶ Article 2c of the June 5, 1987 draft. Article 2c of the March 17, 1987 draft — the counterpart to Article 4 of the July 13, 1987 draft — reads as follows:

c. A party's refusal to participate does not stay the proceedings.

Article 5 ²⁷

An arbitrator's engaging in obstructionist tactics or ceasing for any reason to serve, suspends the proceedings only for the period reasonably required for his replacement pursuant to the procedure applicable to the naming of the arbitrator in question. Unless the parties provide otherwise, appointment of a replacement is not required where the Chairman rules — or, in the event that the Chairman's replacement is in question, the two other arbitrators rule — that there are strong reasons such as the advanced stage of the proceedings, why replacement is undesirable.

Article 6 ²⁸

Subject only to the requirements of ²⁹ *international* public policy as defined in Article 1 ³⁰, the parties have full autonomy to shape the procedural and substantive rules that will govern the arbitration. In particular, the parties can (1) prescribe a different source for the rules and principles applicable to each issue that may arise and ³¹ (2) refer for these rules and principles as well to different national legal systems as to non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the *lex mercatoria*. Subject only to requirements of international public policy as defined in Article 1, arbitrators are obliged to apply the law agreed upon by the parties.

Article 7 ³²

Subject only to the requirements of ³³ *international* public policy

²⁷ Article 2d of the June 5, 1987 draft. Article 5 of the July 13, 1987 draft has no counterpart in the March 17, 1987 draft.

²⁸ Article 3 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

²⁹ The word "*truly*" appears here in Article 3 of the March 17 and June 5, 1987 drafts.

³⁰ The language "as defined in Article 1," which appears twice in this Article, did not appear in Article 3 of the March 17 and June 5, 1987 drafts.

³¹ Article 4 of the March 17, 1987 draft continues and concludes as follows:

(2) these rules and principles can be derived as well from different national legal systems as from non-national sources such as general principles of law and the *lex mercatoria*.

³² Article 4 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

³³ The word "*truly*" appears here in Article 4 of the March 17 and June 5, 1987 drafts.

as defined in Article 1³⁴, the parties are free to exclude the application of public policies and of rules of law — *e.g.*, *lois de police*³⁵ — that might be applied in the circumstances by a national system of private international law; conversely, the parties can provide for the application of public policies or of rules of law — *e.g.*, rules of public law — that might not be given effect by national systems.

Article 8³⁶

The parties are likewise free to determine whether a given subject matter is arbitrable. In particular, disputes relating to tax claims or to fines and penalties can be made arbitrable even though they would not be entertained by a national court system unless the controversy arose under its local law.

Article 9³⁷

Pleas of sovereign immunity are not accepted respecting issues covered by an arbitration clause agreed to by the State or one of its enterprises or entities.

Article 10³⁸

Claims of lack of capacity to arbitrate or of authority to contract made by a foreign enterprise, a State, a state enterprise,

³⁴ The language "as defined in Article 1" did not appear in Article 4 of the March 17 and June 5, 1987 drafts.

³⁵ The March 17, 1987 draft adds the following language: "and *lois d'application immédiate*".

³⁶ Article 5 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

³⁷ Article 6 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

³⁸ Article 7 in the March 17 and June 5, 1987 drafts. Article 7 of the March 17, 1987 draft reads as follows:

Claims of lack of authority to contract or of capacity to arbitrate made by a State, or state enterprise, or a state entity are approached and resolved by the arbitral tribunal under the law stipulated in the arbitration clause. Accordingly, doctrines of apparent authority or authority based on representation may apply and result in a finding of authority or capacity even though the defense raised would be absolute under the State's own law.

or a state entity are to be³⁹ resolved⁴⁰ under, as may be appropriate, the *lex arbitrii* or⁴¹ the *lex causae*. Appearances⁴² or representations are a basis for a finding of authority or capacity unless the relevant law⁴³ provides otherwise. Unless expressly excluded by the parties, the *lex arbitrii*⁴⁴ includes the principle of international law that a State may be guilty of a denial of justice if it seeks to avoid or negate an obligation to arbitrate contained in a contract on the ground of lack of authority to contract or of incapacity to arbitrate.

Article 11⁴⁵

International law claims can be made arbitrable by party agreement⁴⁶ unless the claim is, in its nature, incompatible with providing a remedy to — or, *mutatis mutandis*, giving relief against — a private party.

[In the March 17 and June 5, 1987 drafts, Article 8, which becomes Article 11 in the July 13, 1987 draft, is followed by an Article 9 which reads as follows :

Party stipulations for international law or for general principles of law can require the arbitral tribunal to undertake difficult and demanding investigations and analyses. For example, difficulties may be encountered in deriving — or generating by analogy — from inter-

³⁹ In Article 7 of the June 5, 1987 draft the words "approached and" appear here.

⁴⁰ In Article 7 of the June 5, 1987 draft the words "by the arbitral tribunal" appear here.

⁴¹ The words "as may be appropriate, the *lex arbitrii* or" do not appear in the Article 7 of the March 17 and June 5, 1987 drafts.

⁴² The word "Accordingly" appeared before "appearances" in Article 7 of the June 5, 1987 draft.

⁴³ The words "relevant law" are replaced by "*lex causae*" in Article 7 of the June 5, 1987 draft.

⁴⁴ In Article 7 of the June 5, 1987 draft the words "*lex causae*" replaces "*lex arbitrii*".

⁴⁵ Article 8 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

⁴⁶ Article 8 of the March 17, 1987 draft omits "to" after "remedy". The language — in Article 8 of the March 17 draft and in Article 11 of the July 13, 1987 draft — "can be made arbitrable by party agreement" is replaced by a shorter formulation — "are arbitrable" — in Article 8 of the June 5, 1987 draft.

national law or from general principles of law the rules and principles required to regulate complex economic transactions. Conversely, party stipulations for international law or general principles of law can offer considerable advantages.⁴⁷ The parties should bear possible advantages and⁴⁸ difficulties in mind in deciding whether to choose such a⁴⁹ governing law; arbitrators must, in all events, resolve the issues submitted to them as best they can on the basis of the law stipulated by the parties.]

B. National-Court Views

Article 12⁵⁰

National legal orders hold varying views respecting the importance of an autonomous, effective arbitration process for commercial and economic relations between foreign enterprises and States, state enterprises, and state entities acting in a sovereign capacity⁵¹. The views held reflect, *inter alia*, economic, political, and social considerations.

Article 13⁵²

A national court's *lex fori* may require that certain economic, political, or social policies be given effect regardless of the provisions of the relevant arbitration clause; accordingly, certain propositions accepted in arbitration practice are unacceptable to some national legal orders. Issues of this nature typically arise in proceedings concerning the validity or enforcement of awards.

Article 14⁵³

Differences between arbitral and national-court views respecting arbitration are most likely with respect to the following matters: the extent of party control over the procedural and substantive

⁴⁷ This sentence does not appear in the March 17, 1987 draft.

⁴⁸ The words "advantages and" do not appear in the March 17, 1987 draft.

⁴⁹ In the March 17, 1987 draft the words "whether to choose such a" are replaced by "upon the".

⁵⁰ Article 10 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

⁵¹ In the March 17 and June 5, 1987 drafts the words "acting in a sovereign capacity" are omitted.

⁵² Article 11 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

⁵³ Article 12 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

rules that will govern the arbitration (Article 6)⁵⁴, party exclusion of public policy and of rules whose application would be mandatory under the national court's system of private international law (Article 7), unavailability of the defense of sovereign immunity (Article 9), and the irrelevance of rules or principles not contained in the *lex arbitrii* or the *lex causae*⁵⁵ to claims of lack of authority to contract or of capacity to arbitrate made by a State, a state enterprise, or a state entity (Article 10).

Article 15⁵⁶

In view of their roots, differences in national-court views respecting the acceptability of the propositions contained in Articles 6, 7, 9 and 10⁵⁷ are likely to persist for the foreseeable future⁵⁸ in arbitrations that arise out of transactions to⁵⁹ which a State, a state enterprise, or a state entity is party⁶⁰.

C. *The Consequences of Restrictive National-Court Views for Arbitration Practice*

Article 16⁶¹

The fact that certain national legal systems reject one or more of the propositions stated in Articles 1-11⁶² is not a justification for the arbitrators doing likewise. In particular, concern for the enforceability of an award is a basis for the arbitrators departing

⁵⁴ In the March 17 and June 5, 1987 drafts, the cross references in this and the following parentheses are to Articles 3, 4, 6, and 7.

⁵⁵ The language "irrelevance of rules or principles not contained in the *lex arbitrii* or the *lex causae*" is replaced in the March 17 and June 5, 1987 drafts by "applicability of the law stipulated in the arbitration clause".

⁵⁶ Article 13 in the March 17 and June 5, 1987 drafts.

⁵⁷ The cross references in Article 13 of the March 17 and June 5, 1987 drafts are to Articles 3, 4, 6, and 7.

⁵⁸ Article 13 of the March 17, 1987 draft concludes here.

⁵⁹ In Article 13 of the June 5, 1987 draft "in" replaces "to".

⁶⁰ The language "is a party" is replaced in Article 13 of the June 5, 1987 draft by "has acted in a sovereign capacity."

⁶¹ Article 14 of the March 17 and June 5, 1987 drafts.

⁶² The cross reference in Article 14 of the March 17 and June 5, 1987 drafts is to Articles 1-9.

from these propositions only where the party that would be disadvantaged by the departure so requests. Subject to this qualification, arbitrators should make every effort to ensure the validity and enforceability of their award⁶³.

3. Table of Correspondences for the Three Versions of the Draft Resolution

Draft Resolution :

July 13	June 5	March 17
<i>Preamble</i>		
1st Paragraph	1st Paragraph	1st Paragraph
2nd Paragraph	2nd Paragraph	2nd Paragraph
3rd Paragraph		
	3rd Paragraph	
4th Paragraph	4th Paragraph	3rd Paragraph
5th Paragraph	5th Paragraph	4th Paragraph
6th Paragraph	6th Paragraph	5th Paragraph
7th Paragraph	7th Paragraph	6th Paragraph

A. — *Arbitration practice*

Article 1	Article 1	Article 1
Article 2	Article 2a	Article 2a
Article 3	Article 2b	Article 2b
Article 4	Article 2c	Article 2c
Article 5	Article 2d	
Article 6	Article 3	Article 3
Article 7	Article 4	Article 4
Article 8	Article 5	Article 5
Article 9	Article 6	Article 6
Article 10	Article 7	Article 7
Article 11	Article 8	Article 8
	Article 9	Article 9

B. — *National-court views*

Article 12	Article 10	Article 10
Article 13	Article 11	Article 11
Article 14	Article 12	Article 12
Article 15	Article 13	Article 13

C. — *The consequences of restrictive national-court views for arbitration practice*

Article 16	Article 14	Article 14
------------	------------	------------

⁶³ The final sentence does not appear in Article 14 of the March 17 and June 5, 1987 drafts.

**B. Draft Report by Mr Arthur T. von Mehren (Rapporteur) and
Mr Eduardo Jiménez de Aréchaga (Co-Rapporteur)**

Introductory Note: A first version of the Draft Report was sent to Commission Members on March 17, 1987; a somewhat revised version was circulated on June 5, 1987. The later version is given below. The principal differences between the March 17 and June 5 versions are terminological. In particular, the later version systematically substituted "non-domestic" for "international" in the expression "international commercial arbitration" and employs the terms "delocalized" and "denationalized".

Draft Report

Table of Contents

	Nos.
I. — The Institute's Task	1-4
II. — The Arbitral Process	5-78
A. — Non-domestic Arbitration in General	6-27
1. Introductory: Why is non-domestic commercial arbitration widely used today?	6-9
2. The process characteristics of non-domestic commercial arbitration	10-16
a. Characteristics required in arbitrations generally	12
(1) Separability	13
(2) <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	14
(3) Party cooperation not essential once the tribunal is constituted	15
(4) Refusal or inability of an arbitrator to participate need not halt the proceeding	16
b. Characteristics essential for non-domestic arbitrations	17-27
(1) Introductory	17-18
(2) Non-domestic arbitration's juridical character	19-22
(3) Party autonomy; non-domestic arbitration	23-26
(4) Propositions that follow from the denationalized character of delocalized arbitration	27
B. — Non-domestic Arbitrations to Which a State Is a Party	28-68
1. Introductory	28-30
2. The applicable law	31-51

<i>a. Dépeçage and non-national sources</i>	31-34
<i>b. Exclusion of mandatory rules and principles of public policy pursuant to party agreement</i>	35-49
<i>c. Application pursuant to party agreement of mandatory rules and of rules of public law</i>	50-51
3. The arbitrability of claims that would not be entertained by national court systems	52-68
<i>a. Introductory</i>	52-54
<i>b. Claims for taxes</i>	55-63
<i>c. Claims for fines and penalties</i>	64-68
C. — Public International Law Issues in Arbitrations Between States and Foreign Private Enterprises	69-78
1. Introductory	69-71
2. Pleas of sovereign immunity as a bar to arbitration	72
3. Claims by States Parties to lack of capacity or authorization ..	73-74
4. The appropriateness of an arbitral tribunal constituted by a State and a private party determining the State's responsibility under international law	75-77
5. The effect of a stipulation for international law	78
III. — Limitations and Requirements Imposed by National Legal Orders on Non-domestic Arbitrations Between States and Foreign Enterprises	79-88
IV. — The Consequences of Restrictive Views Held By National Legal Systems	89-95

I. The Institute's Task

1. The Institute's task in considering resolutions respecting "Arbitration between States and foreign enterprises" is of unusual complexity. Two quite different forms of dispute resolution processes — one private and delocalized (arbitration), the other public and localized (judicial adjudication) — come into question. In addition, the degree and significance of interactions between these two processes need to be taken into account. The Eighteenth Commission has, accordingly, proposed resolutions respecting three matters.

2. The first group of resolutions considers the arbitral process on its own terms. What are its intrinsic strengths and weaknesses as a dispute-resolution process where the parties are States and foreign enterprises? Leaving possible external constraints aside,

what characteristics and qualities should, in the Institute's view, the arbitral process exhibit in handling such disputes ?

3. The next group of resolutions deals with the various limitations and requirements that in the event of contact between the arbitration and a given national legal order some, many, or all national legal orders may impose on arbitrations in which the parties are a State and a foreign enterprise.

4. The last resolution addresses the problem of whether — and if so how — the characteristics and qualities that are intrinsically desirable from the perspective of the arbitral process should, in the case of arbitration between States and foreign enterprises, be modified in the light of the limitations and requirements that certain national legal orders might impose were the matter at some point to come before their courts.

II. *The Arbitral Process*

5. A variety of issues arise when arbitration is provided for disputes that may arise from international economic intercourse between sovereign States⁶⁴ and foreign enterprises. The involvement of a State, traditionally the subject of international law, gives rise to two ranges of problems : In the first place, are the solutions that have achieved general acceptance for what can be called non-domestic arbitrations involving private parties appropriate as well in such arbitrations when a State (or a state entity or state enterprise) acting in its sovereign capacity is a party ? Secondly, in commercial arbitrations respecting transactions in which a State acted in its sovereign capacity do problems arise that have no counterpart in ordinary non-domestic commercial arbitration and, if so, how should these be resolved ? These two problems are addressed *seriatim*.

⁶⁴ For present purposes, state entities and state enterprises are assimilated to the sovereign State to the extent that their connection with the sovereign would give them in national laws and under general principles of international law a legal position significantly different from that of a private party.

A. Non-domestic Arbitration in General

1. Introductory: Why is non-domestic commercial arbitration widely used today?

6. Certain of the reasons advanced to explain the popularity of commercial arbitration are not peculiar to international situations. It is asserted that arbitration is more expeditious and less costly than judicial adjudication. The confidentiality that arbitration provides may also be considered an advantage. The attraction of non-domestic commercial arbitration rests, however, on more solid foundations than hopes for confidentiality, greater expedition, and lower overall costs.

7. The basic explanation for the popularity of non-domestic commercial arbitration lies in the dilemma in which parties to an international transaction often find themselves. When the parties are from different national legal systems, each can understandably be reluctant to entrust adjudication of future disputes between them to the other party's system. Several considerations explain this reluctance. The balance of convenience is upset as only one party can have the benefit of local and familiar institutions and facilities. More important, the outsider may — rightly or wrongly — fear prejudice; neither access to local political processes nor the presence of natural allies in the community reinforces his claim to fair and impartial treatment by the executive, judicial, and legislative branches of government.

8. These problems can be reduced or eliminated by party stipulation for a neutral forum. Use of a neutral forum removes the fear of prejudice in favor of local parties and — except to the extent that the chosen forum is more accessible as a matter of language or legal tradition to one party than to the other — denies both parties equally the advantages that local parties enjoy.

9. Where the advantages that non-domestic arbitration can afford are considered insufficient by both parties a national-court system — neutral or otherwise — must be used. For example, one or both parties may be reluctant to arbitrate because of a belief

that awards are typically based on compromises rather than on principled analysis. In such cases, especially where the parties, though of different nationalities, share a common language and legal tradition, they may well prefer to refer disputes to a national court system.

2. The process characteristics of non-domestic commercial arbitration

10. For the arbitral process to be attractive, certain process characteristics are essential. A party bent on delay or obstruction must not be allowed to frustrate the proceedings by raising issues before other adjudicators, in particular, national courts. These process problems are not, of course, unique to non-domestic arbitrations; they arise as well in national proceedings, though perhaps in a somewhat less acute form. In addition, in non-domestic arbitrations — much more than in their national counterparts — the parties will themselves seek to shape the process in such a way as to give reasonable assurance of a fair and objective proceeding which is, so far as such matters as language and procedure are concerned, acceptable to both sides.

11. The process characteristics required for effective non-domestic arbitration in general thus derive, in part, from considerations common to all arbitrations, whether national or international, and, in part, from considerations particular to non-domestic arbitration. These two sets of characteristics are considered below.

a) Characteristics required in arbitrations generally.

12. The characteristics required by arbitrations generally have in some instances emerged first in the law and practice applicable to national arbitrations. In other instances, solutions were developed first for non-domestic arbitrations. The characteristics in question, which are accepted in contemporary practice not only by arbitral tribunals but also by most national legal systems, are discussed below.

(1) Separability.

13. An arbitration clause, whether or not a part physically of

the general contract to which it relates, is considered severable; the clause need not share the fate of the related transaction because challenges to the essential validity of the transaction as a whole do not, in principle, call in question the validity of the arbitration clause⁶⁵. Separability avoids delay and permits the submission to arbitration of issues such as fraud and illegality that go to the essential validity of the underlying transaction.

(2) *Kompetenz-Kompetenz*.

14. If the arbitral process is to be effective and proceed without delay, the arbitral tribunal must be able — just as is a national court — to rule on whether the controversy presented to it falls within its adjudicatory authority⁶⁶. (Ultimately, of course, to the extent that the award is reviewable by a national court either directly or in the context of an enforcement proceeding, the tribunal's view may not prevail.) Like separability, the *Kompetenz* principle permits the arbitration process to function as a largely self-contained whole.

(3) *Party cooperation not essential once the tribunal is constituted*.

15. Unless the arbitration clause provides (as it ordinarily will) directly or indirectly for the contingency, a party's failure to appoint an arbitrator can prevent arbitration by making constitution of

⁶⁵ In somewhat equivocal language, Article 6 of the Amsterdam Resolution seems to recognize the separability principle; that Article provides that the validity of the arbitration clause is to be determined « sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la clause compromissoire fasse ou non partie intégrante du contrat donnant lieu à un litige. » 47(II) *Annuaire de l'Institut de droit international* 479, 482 (1958).

Separability is specifically provided for by the Rules for the ICC Court of Arbitration (1975) — Article 8 (4) — and the UNCITRAL Arbitration Rules (1976) — Article 21 (2).

⁶⁶ The Amsterdam Resolution does not consider this principle an inherent characteristic of non-domestic arbitration but remits the issue to « [l]a loi du lieu du siège du tribunal arbitral... » Article 10, 47(II) *Annuaire* 483.

The *Kompetenz* principle is expressly recognized by the ICC Rules — Article 8 (3) — and the UNCITRAL Rules — Article 21 (1).

the tribunal impossible. However, once the tribunal is constituted, a party's subsequent refusal to participate in — or its withdrawal from — the arbitration does not prevent the proceedings from continuing pursuant to the arbitration clause⁶⁷.

(4) Refusal or inability of an arbitrator to participate need not halt the proceeding.

16. The refusal of an arbitrator to participate in the proceedings or to sign the award does not — unless the arbitration clause otherwise provides — prevent the tribunal from rendering a valid award. Such behavior is unusual, especially on the part of the chairman. An arbitrator's efforts to obstruct the proceedings can be viewed as equivalent to his resignation, in which event the procedures provided in the arbitration clause for the case of a resignation operate. Where the advanced stage of the proceedings or other considerations make replacement an unsatisfactory solution and the arbitration clause does not otherwise require, the remaining arbitrators should continue the proceedings and render an award⁶⁸.

b) Characteristics essential for non-domestic arbitrations.

(1) Introductory.

17. The characteristics already considered are essential for arbitrations generally; those considered below are indispensable only for non-domestic arbitrations. These latter characteristics ultimately reflect, on the one hand, the effort to accommodate fairly the parties' divergent perceptions — with regard to such matters as language and procedure — respecting convenience and appropriateness and, on the other, the need to provide a process and a body of substantive law that, at least as of the date on which the arbitration clause is signed, all parties consider fair and objective. However, some national legal systems are reluctant to

⁶⁷ See generally, ICC Rules — Articles 8 (2) and 15 (2); UNCITRAL Rules — Articles 5-7; AAA Commercial Arbitration Rules — sections 14-15, 20, 30-31.

⁶⁸ See generally, ICC Rules — Articles 2 (3) - (5), (8) and 19; UNCITRAL Rules — Articles 13-14, 31, and 32 (4); AAA Rules — section 28.

accept certain characteristics essential only for international arbitrations. The discussion that follows is from the arbitral perspective and does not purport to reflect the position that a particular national court system will — or should — take with respect to the characteristics in question (see nos. 79-88 *infra*).

18. In order to ensure certain characteristics that are arguably essential to effective non-domestic arbitration, the parties must exercise a very large measure of control over the procedural as well as the substantive aspects of the proceedings. Party control over these matters (in international arbitration) rests today on both theoretical and practical considerations. The theoretical basis is the rejection of the jurisdictional theory of arbitration; the practical basis is the fact that non-domestic arbitrations are ambulatory not only with respect to the conduct of the proceedings but to the enforcement of the award. These matters are explored below.

(2) *Non-domestic arbitration's juridical character.*

19. In a national legal order, courts are installed by, and derive their authority from, an Austinian sovereign. In the final analysis, judges are the creatures of a given politically organized society; that society confers on them authority and legitimacy. Were international arbitration simply a geographically localized dispute-resolution process that a given society tolerates as an alternative to its national courts, the arbitrator's position could be understood in terms of a jurisdictional theory. Likewise, if all adjudicatory authority flowed — in view of law's very nature — from a sovereign, the arbitrator's, like the judge's, power and authority could only derive from the national law in force at the seat of the adjudication. So long indeed as arbitration depends upon active and extensive support from a discrete national legal system, the jurisdictional theory does not contradict experience.

20. In recent decades, the jurisdictional theory has lost explanatory force. In the first place, unlike a court proceeding, compelling practical reasons do not require that an arbitration be attached to a given, predetermined national legal order. Proceedings can, as the parties' convenience and wishes require, proceed on the territory of one or more of any number of politically organ-

ized societies ; indeed, only reasons of convenience stand in the way of arbitration on the high seas. The proceedings can move from place to place and, at least conceptually, hearings can proceed and decisions be reached without the participants coming together in any one place. Thus arbitral proceedings are ambulatory in the sense that they need not be geographically localized. As no authorization from a discrete politically organized society is initially required, the legitimacy of the exercise of adjudicatory authority by arbitrators rests, at least in the first instance, on party agreement. It is true that where recognition and enforcement of the award are desired and ultimately obtained in one or more national legal orders, a form of legitimation is also provided by an Austinian sovereign. However, no sovereign can claim an exclusive right to accord such legitimation and one or more sovereigns' denial of recognition or enforcement need not deprive the award of its legitimacy nor necessarily render it worthless. See no. 92 *infra*.

21. With respect to the source of adjudicatory authority and to legitimacy, non-domestic arbitrations are thus in a very different position from national-court proceedings. In the case of arbitration, sovereignty is diffused ; furthermore, to the extent that arbitration ultimately has significant contact with national court systems, the least assertive — or the most permissive — system calls a tune that is not music to the ears of those who hold a jurisdictional theory of arbitration.

22. Where non-domestic arbitrations are in question, practical considerations, together with the diffused — or distributed — nature of sovereignty, explain the demise of the jurisdictional theory. In the 1950's, Professor Sauser-Hall among others sought to combine the jurisdictional and contractual theories in a mixed or hybrid theory⁶⁹. Today the mixed theory in the form advanced by Sauser-Hall is itself outmoded. Theoretically and practically the most useful generalization that can be advanced with respect to the juridical nature of non-domestic arbitration runs in terms of its contractual-autonomous nature. The contractual trait results from the arbitrator's deriving authority and legitimacy, at least in the

⁶⁹ See 47 (II) *Annuaire de l'Institut de droit international* 398-400 (1958).

first instance, from party agreement and from his ultimate responsibility running not to a State but to the parties. Non-domestic arbitration is juridically autonomous in the sense that its essential features need not be derived from the national law of a legal order with which the proceeding is geographically or substantively connected ⁷⁰.

(3) *Party autonomy ; non-domestic arbitration.*

23. The contractual-autonomous theory explains and rationalizes a fundamental trait of non-domestic arbitration, namely, its denationalized — or international — character. The flip-side of this trait is the essentially unlimited autonomy enjoyed by the parties in shaping the procedural and substantive rules that will govern the arbitration. As has been written ⁷¹,

[t]he effect of recognizing arbitration as an autonomous institution is to acknowledge the denationalization of arbitration as a reality and unlimited party autonomy as the controlling force in arbitration. This extends to questions of applicable law and also to matters of procedure and form. With respect to the law to govern questions of substance the parties are free to choose for themselves the law to be applied...

These consequences follow from the theoretical and practical considerations already discussed ⁷². Neither realistically nor theoretically is the international arbitrator the creature or servant of any national legal order ⁷³. "The arbitrator is not the agent nor is

⁷⁰ One of the first statements of the autonomous theory is B. Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, Académie de droit international, 1963-II Recueil des cours 347, 372-380 (1964) (« toute recherche d'un système de rattachement correspondant à la nature de l'arbitrage international débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national » : *id.* 380). Another important discussion is J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage : Nature juridique. Droit interne et droit international privé* (1965).

⁷¹ J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* no. 81, p. 60 (1978).

⁷² See nos. 19-22 *supra*.

⁷³ Compare Y. DERAIS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales (Etudes offertes à Berthold Goldman)* 29, at 32 (« il n'y a pas pour l'arbitre international de la loi étatique dont l'application s'impose en vertu d'une norme supérieure d'un ordre juridique dont il serait le gardien ») (1982).

he under any obligation to uphold the sovereign policy of any sovereign State " ⁷⁴.

24. Recognition of the autonomous character of non-domestic arbitration is not limited to scholarly discussion. In 1985, the Supreme Court of the United States observed that "the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal... is bound to effectuate the interests of the parties..." ⁷⁵. Article 1496 of France's Nouveau Code de procédure civile directs the arbitrator in an « arbitrage international » to "decide the controversy under the rules of law (*droit*) that the parties have chosen; in the absence of such a choice, under the rules that he considers appropriate". The provision covers all substantive questions (*questions de fond*) that can arise in the course of arbitration and permits not only the choice of a national law or laws but of "rules of law". In effect, the parties are free ⁷⁶

to make a mixture and thus to escape from all mandatory rules of all the national laws (*législations*) concerned except the French rules respecting *l'ordre public international* which will intervene at the latest when one of the parties requests in France recognition or execution.

25. Widely used arbitration rules recognize the parties' control in non-domestic arbitrations over the rules governing both procedural and substantive issues. Article 15(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules (1976) provides that

Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage in the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.

⁷⁴ J. LEW, note 71 *supra*, no. 408, p. 535.

⁷⁵ Mitsubishi Motor Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 105 S. Ct. 3346, 3359 (1985).

⁷⁶ P. BELLET & E. MEZGER, « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », 70 *Revue critique de droit international privé* 611, 631 (1981).

Article 33(1) deals with the applicable law :

The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

26. Similar provisions are contained in the Rules for the ICC Court of Arbitration (1975). Article 11 deals with " Rules governing the proceedings " :

The rules governing the proceedings before the arbitrator shall be those resulting from these Rules and, where these Rules are silent, any rules which the parties (or, failing them, the arbitrator) may settle, and whether or not reference is thereby made to a municipal procedural law to be applied to the arbitration.

Article 13(3) provides that

The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate.

(4) *Propositions that follow from the delocalized character of non-domestic arbitration.*

27. From the delocalized character of non-domestic arbitration and the extremely wide scope accordingly afforded private autonomy, several propositions of great theoretical and practical importance follow. These include: (1) The parties can provide a different source for the rules and principles applicable to each issue that may arise (*dépeçage*) and derive these rules and principles from different national legal systems or, for that matter, from non-national sources such as international law, general principles of law, and the *lex mercatoria*. (2) The parties can exclude the application of rules of law — e.g., *lois de police* — that *might be given effect* by national systems of private international law. (3) Conversely, rules of law — e.g., rules of public law — that *might not be given effect* by national conflictual systems can be made applicable. (4) Finally, the parties can agree to arbitrate disputes that are not entertained by national-court systems — e.g., foreign tax claims. The first proposition — that the applicable rules and principles of

law need not be drawn from a single legal system and can be derived from non-national systems — implies the three other propositions; the latter can be seen, therefore, as specific applications or consequences of the former.

B. *Non-domestic Arbitrations to Which a State Is a Party.*

1. *Introductory.*

28. The reasons, applicable regardless whether a State is a party, that explain the contemporary popularity of international commercial arbitration have already been discussed. See nos. 6-9 *supra*. The fact that a State is a party to the transaction in question makes the availability of arbitration even more important. As has been pointed out, where only private parties are involved, various problems — possible prejudice against the non-local party and other local-party advantages — associated with national-court adjudication can be reduced by party stipulation for a neutral national system. This option is usually not available, however, where a public party is involved. For understandable reasons, public parties ordinarily refuse to litigate in the courts of another sovereign. (Moreover, particularly where the interests of its own nationals are not at stake, a sovereign may prefer that its courts not handle litigation directly involving foreign sovereigns⁷⁷.) Even more important is the heightening of the private party's general objections to litigating in the other party's forum that occurs when the other party is a State, a state entity, or a state enterprise; in these situations the fear of possible local-court prejudice against outsiders understandably intensifies⁷⁸. The rational basis for the fear of prejudice or partiality is of course, firmest when the

⁷⁷ Cf. *In re Socialist Libyan Arabic Popular-Jamahiriya v. Libyan American Oil Company (LIAMCO)*, Swiss Federal Supreme Court, 19 June 1980, 62 *International Law Reports* 228 (1982), 20 *International Legal Materials* 152 (1981).

⁷⁸ It can be noted that these concerns do not necessarily carry over to the issue of the governing law; application of the public party's local law may be acceptable to both parties if that law affords appropriate recognition to the principle of *pacta sunt servanda* and an effective stabilization clause can be agreed upon to prevent subsequent changes that would adversely affect the private party's legal position.

sovereign is the local party; it would be most exceptional for state entities or enterprises to enjoy more favorable treatment from local courts than does the State itself.

29. The participation of a State in a non-domestic arbitration thus does not change the conclusions reached with respect to the characteristics required by — and appropriate to — such arbitrations generally. For example, the *separability* and *Kompetenz-Kompetenz* principles clearly apply to arbitrations to which a State is a party; moreover, party autonomy has very broad scope and the proceedings can be thoroughly delocalized.

30. Four propositions take on special significance in arbitrations to which States are parties: (1) The possibility of providing different sources for the rules and principles applicable to each issue that may arise (*dépeçage*) and of deriving these rules and principles from non-national sources such as international law, general principles of law, and the *lex mercatoria*; (2) The excludability pursuant to party agreement of rules of law — *e.g.*, *lois de police* — that might be given effect by national conflictual systems; (3) Conversely, the applicability pursuant to party agreement of rules of law — *e.g.*, rules of public law — that might not be given effect by national conflictual systems; (4) Finally, the potential arbitrability of disputes that are not entertained by national court systems — *e.g.*, foreign tax claims.

2. The applicable law.

a) *Dépeçage* and non-national sources.

31. The Institute at its Fifty-ninth Session held in 1979 at Athens considered « La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère »⁷⁹. The Athens Resolution does not deal specifically with arbitration. Nor does it cover "contracts concluded by a public enterprise or body having a legal personality of its own"⁸⁰. However, the fact that the applicable — law issue

⁷⁹ The Resolution was prepared by the Twenty-first Commission with M. George van Hecke as Reporter. See 58 (II) *Annuaire de l'Institut de droit international* 192-195 (French text and English translation) (1980).

⁸⁰ Preamble.

arises in the context of a non-domestic arbitration rather than a national court proceeding can only give further support to the broad scope that the Resolution gives generally to party autonomy in determining the governing law. Where rather than the State, public enterprises or bodies that enjoy legal personality of their own are parties, the Resolution's conclusions forfeit such support as they may derive from the proposition that the sovereign's unilateral declaration creates a special juridical regime⁸¹. But, at least where non-domestic arbitrations are involved, this argument has only marginal importance⁸².

32. As the Athens Resolution deals with both national-court and arbitral proceedings, it appropriately does not consider party stipulations respecting strictly procedural matters⁸³. Accordingly, no negative implications arise from the Resolution for the scope to be accorded in non-domestic arbitrations to party stipulations respecting process. In the case of arbitration, the arguments that support party autonomy with respect to procedural matters are, if anything, stronger than those that apply where the *lex causae* is in question.

33. Article 2 of the Athens Resolution is to the effect that

Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit.

The article gives specific content to the Preamble's statement

⁸¹ Compare M. Skubiszewski's view that, where rules of international law are in question, a stipulation's effectiveness rests on the State's unilateral submission to these rules. 58 (II) *Annuaire* 50.

⁸² Indeed, in the discussion of the Athens Resolution, M. Goldman asserted that the arguments favoring acceptance of a party choice of general principles of law are stronger where state enterprises or entities are parties rather than the State itself. *Id.* at 69.

⁸³ In national-court proceedings, the forum's domestic rules must, if for practical reasons alone, ordinarily determine the adjudicatory process and institutions to be used. For a general discussion, see A. von Mehren & D. Trautman, *The Law of Multistate Problems* 615-618 (1965).

that the parties are able « de soustraire... [le] contrat à l'application exclusive d'un droit interne déterminé ».

34. Article 2, which speaks from both the arbitral and the national-court perspective, thus recognizes, in principle, that the transaction can be governed by rules and principles that do not derive directly from national legal systems. In other terms, the governing law can be anational or delocalized. Article 2 implies two further propositions that are specifically stated in Articles 3 and 4. Article 3 accepts that, where the parties choose to make a national law applicable, the provisions in question can be stabilized :

Les parties peuvent convenir que les dispositions d'un droit interne auxquelles elles se réfèrent dans un contrat doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de ce contrat.

Article 4, paragraph 2, removes any possible doubt respecting the acceptability of *dépeçage* under Article 2. The recognition takes the form of a caution directed to the parties :

Il est... souhaitable que les parties, au moment de... désignation [du droit applicable à leur contrat], prennent en considération les difficultés pouvant résulter d'une éventuelle application ou combinaison d'une pluralité de droits ou de principes.

For reasons that have already been suggested (see nos. 28-29 *supra*), the arguments that support these propositions where national-court proceedings are in question apply *a fortiori* to non-domestic arbitral proceedings.

b) Exclusion of mandatory rules and principles of public policy pursuant to party agreement.

35. The question remains whether the reservation contained in the Preamble of the Athens Resolution with respect to "the question of a possible operation of public policy or mandatory legislation" should apply to *arbitrators in non-domestic arbitrations between States and foreign enterprises*. Should such arbitrators depart in the name of « l'ordre public » or « lois impératives » from choices made by the parties that would be acceptable under the Athens Resolution's Articles 2, 3, and 4(2) ?

36. Of course, to the extent that the procedural or substantive rules for which the parties have stipulated contain « lois impératives » or propositions respecting « l'ordre public », these are to be respected by the arbitrators. For example, in arbitrations to which the ICC Rules are made applicable, "reasonable notice" is to be given to parties who are to appear; also, a case is not to be decided "on the relevant documents alone" unless "the parties so request or agree"⁸⁴. Similarly, mandatory rules of law contained in the *lex causae* stipulated by the parties are to be given effect.

37. Controversy arises, therefore, only with respect to mandatory rules and to propositions of public policy whose applicability is urged regardless of the relevant party agreement. Perhaps the most sustained argument for their applicability is that advanced by Professor Lando⁸⁵. He writes that⁸⁶.

The main ideas behind the Guidelines have been the following:
Effect shall be given to choice of law expressed by the parties.
In other cases the arbitrator shall select the law with which the contract has its closest connection. Mandatory rules of a country with which the contract has a significant contact may be taken into account.

38. The justification advanced by Professor Lando for giving the international arbitrator a discretionary power to apply mandatory rules that do not form part of the proper law of the transaction is that⁸⁷

The arbitrator will have to consider not only the interests of the parties but also those of international commercial arbitration considered as an institution. Today arbitration still enjoys the prestige

⁸⁴ Rules for the ICC Court of Arbitration, arts. 14 and 15.

⁸⁵ O. LANDO, « Conflict-of-Law Rules for Arbitrators », in *Festschrift für Konrad Zweigert* 157 (1981).

⁸⁶ *Id.*, p. 160. Lando's discussion draws heavily upon "Draft Recommendations on the Law Applicable to International Contracts" (printed as an Appendix in *id.*, pp. 173-178) proposed in 1980 by a Working Group — which he chaired — established by the Commission on Law and Commercial Practices of the International Chamber of Commerce (ICC). The project « s'est heurté à des vives résistances... ». P. FOUCHARD, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », 109 *Journal du droit international* 374, 394 (1982). The ICC has since dropped the proposal.

⁸⁷ *Id.*, p. 172.

which has induced the liberality shown to it by most Western countries. If it becomes known that arbitration is being used as a device for evading the public policy of states which have a governmental interest in regulating certain business transactions, its reputation may suffer.

39. Not all members of the Working Group were convinced by these arguments⁸⁸:

Some members of the Group are against the inclusion of such a rule [respecting mandatory provisions] in the Guidelines and it has therefore been bracketed [in the Draft]. They argue that the rule would violate the autonomy of the parties; this they claim to be one of the cornerstones of arbitration, which has a contractual character. Furthermore, the rule... may create uncertainty.

40. The rationale advanced by Professor Lando in support of international arbitrators disregarding the parties' instructions as to applicable law must ultimately rest on an assumption that this Report has not so far addressed, namely that, empirically or socio-logically considered, international commercial arbitration is a supra-national institution. The kind and degree of supra-nationality assumed presumably imply that, despite the absence of any supra-national institutional structure to guide and discipline them, those who serve as international arbitrators are committed to a common philosophy and ethics of arbitration which require them in certain circumstances to apply rules and principles of law inconsistent with party directions respecting the applicable law.

41. This vision or metaphor is not without analogies in the history of law. For example, there is a certain parallelism to natural law theories, to the *Gemeines Recht*, to the *lex mercatoria*, and to certain aspects of public international law. In each of these cases, imperative propositions are framed for which consistent and universal support cannot be found in the practices of politically organized societies; accordingly, compliance becomes, in a sense, an act of faith. Those who truly believe that non-domestic commercial arbitration is, to adapt Justice Holmes's metaphor, "a brooding,

⁸⁸ *Id.*, p. 173. It is said that ultimately Professor Lando's views did not command a majority in the Working Group.

omnipresent institution in the international sky"⁸⁹ can derive from that metaphor the proposition that an international arbitrator enjoys certain inherent and inalienable powers, in particular the power to take into account mandatory rules of law and the *ordre public* even where to do so is inconsistent with the party agreement that constituted the tribunal.

42. Professor Lando's position would permit an arbitrator to go quite far in asserting the existence of arbitral authority inherent in a supra-national vision of non-domestic arbitration. More modest claims, but ones that seem to rest ultimately on the same point of view, are made by Julian Lew. After acknowledging that, "[w]hen determining the legal or other standard to apply to a commercial dispute, the international arbitrator is not obliged to respect any national policy", Lew goes on to say that "from a practical point of view an arbitrator should take account of certain national policies"⁹⁰. Indeed, "failure to adhere to the minimum standards [of international public policy]... will result in anarchy in international commerce and collapse in the structure of contemporary international commercial intercourse"⁹¹. Lew concludes by invoking arbitration's supra-national character, institutionally speaking; in the final analysis⁹²

⁸⁹ Dissenting in *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 218, at 222 (1917), Holmes wrote:

The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified...

Holmes made the same point, again in dissent, in *Black and White Taxicab and Transfer Co. v. Brown and Yellow Taxicab and Transfer Co.*, 276 U.S. 518, 532, at 533 (1928):

If there were... a transcendental body of law outside of any particular State but obligatory within it unless and until changed by statute, the Courts of the United States might be right in using their independent judgment as to what it was... The fallacy and illusion... consist in supposing that there is this outside thing to be found...

⁹⁰ J. LEW, note 71 *supra*, no. 409, p. 536.

⁹¹ *Id.*, no. 413, pp. 539-540.

⁹² *Id.*, p. 540.

...arbitration tribunals have become the courts of international trade; arbitrators are the judges. As a consequence of this special position, the institution of arbitration, its various tribunals and the arbitrators who man them have a special responsibility to international commerce. They are the guardians of an international commercial order: they must protect the rights of participants in international trade; they give effect to the parties' respective obligations under the contract; imply the presence of commercial *bona fides* in every transaction; respect the customs followed in international trade practice and the rules developed in relevant international treaties; uphold the commonly accepted views of the international commercial community and the policies expressed and adopted by appropriate international organizations; and enforce the fundamental moral and ethical values which underlie every level of commercial activity.

43. Realistically considered, the inherent authority that Lew thus claims for international arbitrators will only relatively rarely conflict with the instructions given by the parties. It is hard to imagine the parties agreeing that the rights of one of them should be ignored or that commercial *bona fides* should be flouted. Nor will the parties ordinarily wish to depart from customary practices in international trade or from relevant international treaties. Instances of "policies expressed and adopted by appropriate international organizations" not being accepted are more likely to occur. For example, if for oil concession agreements OPEC is an "appropriate" international organization in Lew's sense, its policies may well be inconsistent with the terms of oil concession agreements, particularly those concluded before OPEC came into existence or with non-OPEC host countries.

44. Clashes between the parties' instructions and inherent powers claimed for international arbitrators will be relatively frequent or very infrequent depending upon the point one selects on the spectrum running, roughly speaking, from Lando to Lew. In all events, the issue remains whether the claim of inherent powers is sustainable at all and, if so, to what extent.

45. The first difficulty with the claim of inherent powers is that it runs contrary to the basic source of the arbitrator's power and legitimacy, party agreement. To the extent that an arbitration clause is unclear, all the elements advanced by Julian Lew (see no. 42 *supra*) are properly considered by the arbitrator in determining the

instructions given by the parties to the tribunal. Once the instructions are clear, however, they can be disregarded only if the requisite authority flows to the tribunal from a source other than party agreement.

46. The existence of such a source is an empirical question that has, as the foregoing analysis suggests, two aspects: Firstly, are there institutional arrangements in place that impose an obligation on arbitrators to ignore party directions in certain circumstances; if so, the existence of these arrangements implies a *pro-tanto* inherent power in arbitrators. Secondly, if such institutional arrangements do not exist, is it an observable fact that international arbitrators behave as if they did; in other words, have arbitrators generally internalized an ethic or morality that requires them to disregard, in certain situations, party instructions?

47. Institutional arrangements from whose existence an international arbitrator can plausibly derive inherent powers to override party instructions do not seem to exist. For example, so far as the *lex causae* is concerned, nothing in the Rules for the ICC Court of Arbitration, the AAA Commercial Arbitration Rules, or the UNCITRAL Arbitration Rules would ground such a claim. These rules do support a claim of inherent powers with respect to certain very basic procedural principles such as a party's right to be heard⁹³. But, as a practical matter, situations in which the parties would seek to provide otherwise can hardly be imagined.

48. Accordingly, the only basis on which an arbitrator's claim of significant inherent powers can rest is a *generally* internalized ethic or morality. Such an ethic or morality could rest on Julian Lew's vision of international arbitrators as a cohort that guards

⁹³ Canon I of the Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (1977), prepared jointly by Special Committees of the American Arbitration Association and of the American Bar Association, also speaks of a duty incumbent upon arbitrators to "uphold the integrity and fairness of the arbitration process". Canon IA states that the "arbitrator has a responsibility not only to the parties but also to the process of arbitration itself, and must observe high standards of conduct so that the integrity and fairness of the process will be preserved."

the international commercial order. See no. 42 *supra*. Whether such a cohort exists is a question not of philosophy but of fact. Empirically, one can hardly speak of a cohort; aside from a relatively small group of individuals, persons do not serve with consistent and predictable regularity as international arbitrators nor are international arbitrators as a group bound together by close professional and personal ties. Secondly, there is no convincing evidence that international arbitrators generally have internalized an ethic or morality that implies the existence of certain inherent powers in arbitrators. Empirical studies of arbitral decisions are difficult if only because of the parties' claim to confidentiality and the connected lack of systematic publishing of awards. However, after an exhaustive study of the ICC files, Julian Lew concluded that it is nearly impossible to find in arbitration practice an award in which national public policy — whether expressed in mandatory rules of public or of private law — prevailed over party agreement⁹⁴:

National public policy, at least to the extent that it is evidenced by imperative legislation, has been considered for different reasons and with varying results by arbitrators. However in only one award (known to this writer) has such public policy actually been upheld by the arbitrator. In the other awards national public policy has been considered and rejected, either because it was not relevant to the particular circumstances of the case or because it was not relevant to international arbitration generally...

49. Of course, each arbitrator will have his own personal moral and ethical standards and commitments. On occasion, these may conflict with obligations to the parties implicit in the role of arbitrator. In the event of such a conflict the appropriate solution is for the arbitrator to step aside if in good conscience he can not carry out the parties' instructions. An agreement to serve as an arbitrator presumably implicitly contains the reservation that the arbitrator need not carry out the parties' instructions where to do so would require him to violate his moral code; on the other hand, the requirements of one's personal morality are not an appropriate basis on which to claim inherent power to disregard party stipulations respecting the governing law⁹⁵. The only way in which an

⁹⁴ J. LEW, note 71 *supra*, no. 415, p. 541.

⁹⁵ The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, note 93 *supra*, states in Canon IF that [W]hen an arbitrator's authority is derived

arbitrator can accommodate these conflicting imperatives is to refuse in such instances to decide on the merits.

c) Application pursuant to party agreement of mandatory rules and of rules of public law.

50. The converse of the problem just discussed needs only brief consideration: Can party agreement render applicable mandatory rules and rules of public law that would not be given effect by national conflictual systems?⁹⁶ Speaking of national systems, it has been remarked that "[t]he public policy rule has struck at foreign invalidating rules such as foreign exchange control regulations prohibiting payments to foreigners and to statutes rendering gold clauses invalid"⁹⁷. Moreover⁹⁸,

rules in the nature of foreign penal, revenue and other public law rules have been considered by the courts of the CIVIL LAW countries to be "territorial" or, in some recent decisions, inapplicable by their very nature of public law. In all these cases the foreign public law rules have been refused application even when the foreign law in question was the proper law of the contract.

Common Law countries do not take a radically different position though they have been somewhat more willing "to consider foreign economic laws which are not penal and revenue law..."⁹⁹.

51. The general arguments advanced in national systems against the application of foreign public-law rules hardly reach to international arbitration. Neither the "territorial" nature of public law nor its "very nature" renders its application by arbitrators impos-

from an agreement of the parties, the arbitrator should neither exceed that authority nor do less than is required to exercise that authority completely. Where the agreement of the parties sets forth procedures to be followed in conducting the arbitration or refers to rules to be followed, it is the obligation of the arbitrator to comply with such procedures or rules".

⁹⁶ This issue arises as well where the parties provide for the arbitrability of disputes — for example, foreign tax claims — that would not be entertained by national-court systems. See nos. 52-68 *infra*.

⁹⁷ O. LANDO, *The Proper Law of the Contract*, no. 201 (1976) (Ch. 24 of III International Encyclopaedia of Comparative Law, K. Lipstein, ed.).

⁹⁸ *Id.*, no. 202.

⁹⁹ *Ibid.*

sible in principle. Where the parties have made such rules a part of the applicable law the rules should — unless in the particular case application is simply not feasible — be given effect. The arguments that support this conclusion are particularly strong when — as will usually be the case — the public-law rules in question are those of the State party to the transaction. Unless the consequence is unavoidable for imperative practical reasons, agreement by a State (or a state entity or enterprise) to arbitration should not *automatically and necessarily* render inapplicable to the transaction in question rules of law that would be applicable were the litigation to take place in the State's own courts.

3. The arbitrability of claims that would not be entertained by national court systems.

a) Introductory.

52. The threshold issue of arbitrability implicates, of course, the question discussed immediately above. Indeed, arbitrability of a question of public law such as whether the transaction in question violates laws respecting competition must carry with it recognition of the arbitrator's authority to apply the rules of public law in question. The root issue, therefore, is whether some disputes are, in their very nature, not arbitrable.

53. Here, as elsewhere in this Report, a distinction must be maintained between the issue as it may arise in a national court and as it presents itself to an arbitrator. So far as the arbitrator's perspective is concerned, the arbitrability of a dispute depends, in principle, upon the terms of the arbitration clause. Of course, to the extent that the language of the clause is unclear, general considerations that bear upon the appropriateness of arbitration as a dispute-resolution process for the matters in question can appropriately be considered. But, absent imperative reasons that require otherwise, arbitrators should respect the arbitration clause from which their authority and legitimacy derive.

54. The general problem of arbitrability can conveniently be discussed with respect to two matters for which the State and private parties to a transaction might agree to arbitration although

most would consider recourse to the arbitral process inappropriate. These matters are: (a) claims for taxes; (b) claims for fines or penalties.

b) Claims for taxes.

55. Tax claims are direct emanations of sovereign authority. For a variety of reasons — sovereign sensibilities, the complexity and burden involved in the task of assessment, and the "territorial nature" of tax legislation — national courts refuse to enforce foreign tax claims¹⁰⁰. Nor do national arbitration laws contemplate the arbitration of tax claims. The typical formulas are to the general effect that only matters that affect civil interests or that can be compromised are arbitrable.

56. A variety of policies have been advanced in support of the proposition that national courts will not enforce foreign tax claims. The French Cour de cassation has refused enforcement on the ground that « les lois fiscales sont strictement territoriales »¹⁰¹. Some rely on the sovereign character of the claim¹⁰². Others place considerable weight on considerations of reciprocity¹⁰³. In *Government of India, Minister of Finance (Revenue Division) v. Taylor*, Lord Somervell of Harrow emphasized, *inter alia*, the burden that would be involved in enforcing foreign tax claims¹⁰⁴:

¹⁰⁰ See 1 H. BATIFFOL and P. LAGARDE, *Droit international privé*, no. 248 (7th ed. 1981); *Government of India v. Taylor*, [1955] A.C. 491 (H.L.(E.)); *United States of America v. Harden*, [1963] *Law Reports* (Supreme Court of Canada) 366 (refusal to enforce a foreign judgment for taxes); ALBRECHT, « The Enforcement of Taxation Under International Law », 30 *British Yearbook of International Law* 454 (1953); LEFLAR, "Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims", 46 *Harvard Law Review* 193, 215-221 (1932).

¹⁰¹ Vogt v. Feltin, Cass. civ., 3 July 1928, 56 *Journal du droit international* 385, 386 (1929).

¹⁰² E.g., Wachter, J., dissenting in *Banco Frances e Brasileiro S.A. v. John Doe*, 36 N.Y. 2d 592, 600, at 601-604, 331 N.E. 2d 502, 507, at 508-509 (1975).

¹⁰³ E.g., *Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia v. Gilbertson*, 597 F. 2d 1161, at 1165-1166 (9th Cir. 1979) (refusal to enforce foreign tax judgment).

¹⁰⁴ [1955] A.C. 491, 513, at 514 (H.L.(E.)).

If one considers the initial stages of the process, which may, as the records of your Lordships' House show, be intricate and prolonged, it would be remarkable comity if State B allowed the time of its courts to be expended in assisting in this regard the tax gatherers of State A...

57. Finally, a rather complex and subtle argument that relies ultimately on "public policy" considerations has been made by Judge Learned Hand ¹⁰⁵ :

While the origin of the exception in the case of penal liabilities does not appear in the books, a sound basis for it exists, in my judgment, which includes liability for taxes as well. Even in the case of ordinary municipal liabilities, a court will not recognize those arising in a foreign state, if they run contrary to the "settled public policy" of its own. Thus a scrutiny of the liability is necessarily always in reserve, and the possibility that it will be found not to accord with the policy of the domestic state. This is not a troublesome or delicate inquiry when the question arises between private persons, but it takes on quite another face when it concerns the relations between the foreign state and its own citizens or even those who may be temporarily within its borders. To pass upon the provisions for the public order of another state is, or at any rate should be, beyond the powers of a court; it involves the relations between the states themselves, with which courts are incompetent to deal and which are intrusted to other authorities. It may commit the domestic state to a position which would seriously embarrass its neighbor. Revenue laws fall within the same reasoning; they affect a state in matters as vital to its existence as its criminal laws. No court ought to undertake an inquiry which it cannot prosecute without determining whether those laws are consonant with its own notions of what is proper.

58. Hostility to local enforcement of foreign tax claims is less pronounced today than in the past; "much doubt has been expressed that the reasons advanced for the rule, if ever valid, remain so" ¹⁰⁶. Comment *a* to Section 483 — Recognition and

¹⁰⁵ Concurring in *Moore v. Mitchell*, 30 F. 2d 600, 603, at 604 (2nd Cir. 1929), aff'd on other grounds, 281 U.S. 18 (1930).

¹⁰⁶ *Banco Frances e Brasileiro S.A. v. John Doe*, 36 N.Y. 2d 592, at 597, 331 N.E. 2d 502, at 505 (1975); see also *id.* 600, at 604, 331 N.E. 2d 507, at 510 (dissenting judge "recognize[s] that strong arguments can be mounted for a change in view of the increased frequency and importance of international commerce and the significantly different perspective in today's world in which one nation views another nation and its interests").

Enforcement of Tax and Penal Judgments — of the Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States remarks that ¹⁰⁷ :

[the] section states a proposition that has long been accepted both in international and United States practice. However, the rationale for the rule has been questioned, particularly with respect to tax judgments... No rule of United States law or of international law would be violated if a court in the United States enforced a judgment of a foreign court for payment of taxes or comparable assessments...

59. Clearly the policies advanced to support the revenue-law rule are less persuasive when applied to an international arbitral tribunal rather than to a national court. The former are essentially delocalized; accordingly, such conceptual significance as the asserted territorial nature of taxation may have for a national court is reduced. Similarly, as an international tribunal represents no sovereign, the sovereign character of tax claims loses some of its relevance. For similar reasons, Judge Hand's argument (no. 57 *supra*) seems, so far as tax claims are concerned, inapplicable to an international arbitration tribunal. The only sovereign that risks embarrassment is the sovereign that seeks to enforce its tax claim. The tribunal is not responsible to a local sovereign; the tribunal's "notions of what is proper", to use Judge Hand's expression (no. 57 *supra*), are determined by the parties' contract qualified, if at all, only by truly *international ordre public*.

60. Although many of the considerations militating against adjudication of foreign tax claims in national courts may not apply to international arbitral tribunals, such is not the case for Lord Somervell's argument (see no. 56 *supra*) that the process involved in assessing tax claims is often "intricate and prolonged". The complex and specialized nature of the process and problems often involved in assessing taxes argue for the proposition that their handling is best left to the national processes of the sovereign in question. At least in this respect, therefore, the policies that inform the revenue-law principle reach not only national courts but international arbitral tribunals as well.

¹⁰⁷ American Law Institute, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States* (1987).

61. Where, as is invariably the case in arbitrations between States and foreign enterprises, the claimant State and the putative taxpayer have constituted the arbitral tribunal, the policies that underlie the revenue-law principle are still further undermined. In such cases, it is hard to see any objection — except that of the inherent complexity and difficulty of the task — that would stand in the way of the parties agreeing that tax claims should go to arbitration. It would remain true, however, that the parties' understanding of their agreement to arbitrate might well be shaped by the revenue-law principle as applied in national courts. Accordingly, arbitrators could well require language specifically covering tax claims before interpreting the arbitration clause to cover such claims.

62. A further consideration that could lead arbitrators to require clear language before they would bring tax claims within the scope of an arbitration clause is the difficulty that might well be encountered in enforcing an award for taxes¹⁰⁸. Although more difficult to support than the revenue-law principle, conventional wisdom is to the effect that foreign judgments for taxes will not be enforced¹⁰⁹. Of course, as Lord Somervell of Harrow recognized in *Government of India c. Taylor*¹¹⁰

Once a judgment has been obtained and it is a question only of its enforcement the factor of time and expense will normally have disappeared...

But despite the disappearance of what is certainly one of the

¹⁰⁸ For discussion of the general significance of possible difficulties in enforcing awards, see nos. 91-94 *infra*.

¹⁰⁹ E.g., *Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia v. Gilbertson*, 597 F. 2d 1161 (9th Cir. 1979); *United States of America v. Harden*, [1963] *Law Reports* (Supreme Court of Canada) 366.

For reasons that the foregoing discussion (nos. 56-58) suggests, the strict view that foreign tax judgments will not be enforced may be eroding. The American Law Institute's Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States (1987) expresses in Comment a. to Section 483 the view that "[no] rule of United States law or of international law would be violated if a court in the United States enforced a judgment of a foreign court for payment of taxes or comparable assessments..."

¹¹⁰ [1955] A.C. 491, 513, at 514 (H.L. (E.)).

strongest supports for the revenue-law principle, he concluded that "The principle remains. The claim is one for a tax" ¹¹¹.

63. In arbitrations between a State and a foreign enterprise no imperative reasons would seem to render tax claims nonarbitrable as a matter of principle; however, the arbitrators may well insist on a clearer expression of party intention to arbitrate than would be required were more conventional subject matter in question. At least one international arbitral tribunal has adjudicated tax claims without pausing to discuss the issue of arbitrability; the AMINOIL award ¹¹² included amounts due under the Kuwait Income Tax Law.

c) Claims for fines and penalties.

64. Strong arguments can be advanced for the nonarbitrability of claims for fines or penalties even where the State asserting the claim is a party to the arbitration. Certainly, it is hard to see why a Sovereign would entrust to private persons the responsibility for imposing sanctions that are penal in character. Moreover, the proposition that foreign penalties will not be enforced in national courts is firmly established. For example, the Reporters' Notes to section 483 of the American Law Institute's Foreign Relations Law of the United States (1987), state that "Unless required to do so by treaty, no state enforces the penal judgments of other states" ¹¹³. A penal judgment is ¹¹⁴

a judgment in favor of a foreign state or one of its subdivisions, and primarily punitive rather than compensatory in character... Actions may be penal in character, and therefore governed by... section [483], even if they do not result from judicial process, for example when a government agency is authorized to impose fines or penalties for violation of its regulations.

65. Strong policies inform the principle that courts will not entertain actions for fines and penalties imposed by a foreign

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² The Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Company (AMINOIL), 66 *International Law Reports* 518 (1984), 21 *International Legal Materials* 976 (1982).

¹¹³ P. 614.

¹¹⁴ Comment b — *Penal judgments defined* — to Section 483, *id.*, pp. 611-612.

State. Punishment carries with it moral and social connotations. In proceedings concerned with the imposition of fines or penalties, the defendant is typically afforded institutional and procedural protections — for example, jury trial (or lay persons sitting with professional judges) and higher standards of persuasion — that are not available for the resolution of disputes generally¹¹⁵. Furthermore, the imposition of sanctions such as fines or penalties often involves both an exercise of discretion and an element of subjective evaluation that are not present where the assessing of commercial damages is in question. The standards that guide the exercise of discretion by national officials charged with setting fines and penalties are not fully knowable by foreign or international adjudicators; this fact argues for reserving the application of legal provisions providing for fines and penalties to the Sovereign's own officials. Finally, fines and penalties are direct expressions of a Sovereign's authority; as such, their very nature strongly suggests that they should be applied only by institutions fully responsible to that Sovereign.

66. These considerations provide the rationales for the universally held position that a foreign claim will not be entertained if it is penal in the international sense¹¹⁶. This result is reached even where the claim is made by a private party in the context of a civil proceeding¹¹⁷.

67. In one respect an arbitral tribunal is in a better position to impose fines and penalties than is a national court. As the tribunal does not represent a national sovereign, inter-sovereign embarrassment cannot result from arbitral decisions respecting the imposition of fines and penalties. In all other respects, however, an arbitral tribunal stands in no better position than does a foreign

¹¹⁵ The institutional protections noted are, of course, less developed where administrative — as distinguished from criminal — fines or penalties are in question. However, basic objections to their imposition by a foreign court or an international arbitrator remain.

¹¹⁶ See 1 H. BATIFFOL and P. LAGARDE, note 100 *supra*, no. 247; G. KEGEL, *Internationales Privatrecht* p. 504 (4th ed. 1977).

¹¹⁷ *Huntington v. Attrill*, [1893] A.C. 150 (P.C. 1892); *Huntington v. Attrill*, 148 U.S. 657 (1892).

court. Indeed, institutionally, an arbitral tribunal is less appropriate than a court for the imposition of fines and penalties: special procedural arrangements (e.g., jury trial or other forms of lay participation) are unavailable, the proceedings are private, only the most limited review is available, and the arbitrator is not directly responsible institutionally to any given society or legal order.

68. In the light of general usage and understanding as well as applicable policy considerations, specific reference to fines and penalties should be required before an arbitration clause would be interpreted to cover disputes respecting fines or penalties. If, on the other hand, a State and a foreign enterprise were to take the unusual step of drafting such a clause, it is hard to see on what ground the arbitrator could justify treating as nonarbitrable claims for fines or penalties later submitted by the Sovereign. If the relevant information respecting the applicable standards and rules were unavailable to him, the arbitrator would refuse to decide. Otherwise, the obligations he assumed *vis-à-vis* the parties by accepting to serve as an arbitrator require that he adjudicate the claim¹¹⁸.

C. Public International Law Issues in Arbitrations Between States and Foreign Private Enterprises.

1. Introductory.

69. To what extent and in what ways can public international law impinge on the proceedings when one party to a international arbitration is a State, or a state enterprise or entity? A threshold problem is whether the state party can claim sovereign immunity. Another issue that may arise is whether to treat the state party's claim that it lacked capacity or authorization to contract or to agree to arbitration under different principles from those that would apply to an analogous claim by the private party. Further, assuming a sufficiently spacious arbitration clause, can a tribunal determine the state party's international responsibility under public

¹¹⁸ The argument is available, of course, that the resulting award would not be enforceable except in the courts of the State party to the arbitration. The argument suffers from various difficulties. See nos. 91-94 *infra*.

international law or can that system of law, by its very nature, have direct application only to inter-sovereign relations? ¹¹⁹. Finally, what effect is to be given a party stipulation for the application of international law; in particular does public international law contain — or can it generate — the rules and principles required to regulate complex economic transactions? (This last problem arises, of course, as well when the parties stipulate for general principles of law.) These matters are discussed below.

70. Before turning to particularized discussions, a few general comments will be helpful. It is important to bear in mind that in international arbitrations the juridical inequality between State and private person — basic to the approach of national legal systems to situations in which a State is a party — does not exist unless accepted by the party agreement. For an international arbitral tribunal, unlike a forum constituted by a politically organized society, no *a priori* structure of authority exists; accordingly, the State in its quality as a party is for such a tribunal not an ultimate source of authority nor has the State an inherent claim to prerogatives that other parties do not enjoy.

71. Before a forum that does not depend upon a discrete politically organized society but on party agreement, the State's initial juridical position can only be that of equality; only in party agreement can an international arbitral tribunal find a juridical basis for subordinating the private party's legal position to that of the state party.

2. *Pleas of sovereign immunity as a bar to arbitration.*

72. The very nature of the adjudicatory authority exercised by an international arbitral tribunal thus requires rejection of a State's plea of sovereign immunity: The tribunal's creation implies for its work the juridical equality of the parties; the plea of sovereign immunity accordingly rests on a premise inconsistent with the tribunal's very existence. The State irrevocably waived

¹¹⁹ A quite different question is whether by stipulation the parties can draw on public international law rules and principles to regulate their transaction. See no. 78 *infra*.

— so far at least as the tribunal is concerned — any juridical superiority *vis-à-vis* the private party that it might enjoy in a national-court system. The proposition can be formulated in less theoretical terms: Acceptance of an arbitration clause is a representation that the public party will participate in this form of dispute resolution; a subsequent attempt to frustrate the process by invoking immunity is an unacceptable violation of good faith in international transactions.

3. *Claims by State Parties to lack of capacity or authorization.*

73. A State that has agreed to arbitration may later claim that constitutionally it can not arbitrate. Or a state enterprise or entity may assert that it lacked capacity or authorization either to contract at all or to agree to arbitration. In view of the *Kompetenz-Kompetenz* principle, the arbitral tribunal clearly has authority to decide such issues. But are they to be decided under the governing law stipulated by the parties or under another law?

74. A national court faced with these problems draws upon its *lex fori* for rules respecting the law to be applied. Inasmuch as an international arbitral tribunal's only *lex fori* is the body of rules and principles that derives directly or indirectly from party agreement, acceptance of the *Kompetenz* principle carries with it the corollary that the law stipulated by the parties determines how claims of lack of capacity or of authorization are to be approached and resolved. Consequently, doctrines of apparent authority or authority based on representation may apply and result in a finding of capacity even though the State would have an absolute defense under its own law¹²⁰.

¹²⁰ Compare Article 46 — Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties — of the Vienna Convention on the Law of Treaties (8 International Legal Materials 679 (1969)):

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to

4. The appropriateness of an arbitral tribunal constituted by a State and a private party determining the State's responsibility under international law.

75. In principle, the authority of a tribunal constituted by agreement between a State and a foreign enterprise extends to issues of international law. This proposition must, of course, be qualified to the extent that, in its very nature, international law either regulates only liability that is, in a strict sense, inter-State or can be applied only in tribunals constituted exclusively by States.

76. It is beyond the scope of this Report to consider which — if any — rules of international law dealing with State responsibility address what is, strictly speaking, purely inter-State liability. However, where the rule of international law provides for State responsibility in order to compensate not another State but that State's citizen, the claim is not for the State's benefit; accordingly, the claim is, substantively speaking, not an inter-State claim.

77. Where the rule of international law in question is inter-State only in a procedural sense, nothing in the nature of the claim makes it inappropriate for the State against which the claim runs to agree to adjudication by a tribunal constituted by it and the private claimant. Accordingly, such claims based directly on international law are arbitrable unless excluded by the arbitration clause.

5. The effect of a stipulation for international law.

78. The foregoing discussion (nos. 75-77) has dealt with the issue of the arbitrability of claims of State responsibility under international law. A different problem is raised where the parties stipulate that international law is to govern their transaction. It can be argued that such a stipulation must be ignored because public international law neither contains — nor can generate by analogy — the rules and principles required to regulate complex

any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

Comparable provisions are found in Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations, 25 International Legal Materials 543 (1986).

economic transactions. The objection is also raised that such stipulations give too large a discretion to the arbitrators ¹²¹. Parties should consider both points before agreeing upon a stipulation for international law. So far as the arbitrators are concerned, however, they must do their best on the basis of the materials made authoritative by party agreement. A refusal to decide on the ground that the sources in question do not readily provide solutions would be improper.

III. Limitations and Requirements Imposed By National Legal Orders on Non-Domestic Arbitrations Between States and Foreign Enterprises.

79. Having considered the characteristics and qualities intrinsic to non-domestic arbitration as a process for resolving disputes between States and foreign enterprises, we now examine the limitations and requirements that a national legal order may be prepared to impose on the arbitral process when that process or its product comes within the purview of its national courts.

80. Contact between the judicial process and the arbitral process comes about in various ways. The arbitral tribunal may seek judicial assistance to ensure the production of evidence and the presence of witnesses or to resolve a troublesome issue of law. A disenchanted party may endeavor to block the arbitral process, to terminate it prematurely, or to set aside the eventual award. Parties may attempt to compel arbitration or to enforce an award. As a theoretical matter, local authorities also could intervene in the arbitral process on their own initiative in order to correct or prevent practices that they consider inappropriate. Contacts between the private, delocalized process and the public, localized process may occur before the former has begun, while it is proceeding, or after it has concluded.

¹²¹ Somewhat similar objections are made to stipulations for general principles of law: How are these to be ascertained and can reasonably knowable and predictable rules and principles be stated without undertaking unreasonably difficult and expensive investigations and analyses? Of course, these are questions that should concern counsel when they draft arbitration clauses. Arbitrators must, however, work with the sources agreed upon by the parties even if the task proves difficult and demanding.

81. Until well into the twentieth century national legal orders quite generally took the position that they would not assist the arbitral process by specifically enforcing arbitration clauses or by refusing to entertain an action brought with respect to a dispute covered by an agreement to arbitrate. So long as this state of affairs existed, the arbitral process had little if any room for independent development.

82. Gradually this situation changed. The mechanisms through which the arbitral process became increasingly independent of the judicial process differ from one national legal order to the other. A necessary first step was for the courts to recognize the enforceability of arbitration clauses. Thereafter such issues were faced — and typically resolved in such a way as to make arbitration an effective dispute-resolution process — as the separability of the arbitration clause from the contract in which it is contained and the power of the arbitrators to judge for themselves the validity and scope of the arbitration clause from which their authority derives. At the same time, national legislation and international conventions — in particular the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) — made it possible to compel recalcitrant parties as well to arbitrate as to satisfy awards obtained against them.

83. These developments were driven by a variety of considerations. In the first place, the vast increase in the volume and complexity of international commerce made increasingly attractive the inherent advantages that arbitration enjoys over the judicial process for the handling of disputes between parties whose languages, legal cultures, and societies are different. Secondly, as the growing complexity of economic and social life increased the burden on national-court systems, the courts saw advantages in removing from their dockets complex and difficult litigations that typically involve such esoteric disciplines as private international law and foreign law. Theories respecting the juristic nature of arbitration changed to reflect the new realities and provided theoretical bases for the acceptance of an arbitral process that was largely — perhaps wholly — independent and self-contained. Finally, as the use and acceptance of non-domestic arbitration

increased, national legal orders began what can be seen as a competition to attract arbitrations. As a result, many national legal systems are today prepared to give virtually complete autonomy to the arbitral process and impose only minimal and highly exceptional limitations that derive from the *ordre public international* as understood by the legal order in question.

84. At the beginning of this century, national legal systems generally accepted the jurisdictional theory of arbitration. Where arbitration, if compelled at all, was subject to strict judicial control the arbitrator's authority, realistically viewed, ultimately derived not from party agreement but from the national legal order. For example, the English case-stated system clearly implied a jurisdictional theory of arbitration. The theory may still reflect the view and practices of some legal orders; however, for many others, which impose at most minimal and exceptional limitations on the arbitral process, only a contractual-autonomous theory captures reality.

85. In the contemporary world, no single view has emerged in national legal systems respecting the degree of autonomy enjoyed by international arbitration either generally or where States and foreign enterprises are parties. This spectrum of views and practices has an important practical consequence; permissive positions tend to displace restrictive ones. Except where enforcement is sought in its courts, it is difficult for a State to impose restraints on the arbitral process. As non-domestic arbitration is ambulatory by nature, an arbitration need not acquire a connection with a particular national legal order unless enforcement of the award must, as a practical matter, be sought in that State. In the case of non-domestic arbitrations, sovereignty is thus diffuse with the result that permissive views and practices will, if the parties are fully informed and so agree, always prevail over less permissive views and practices. The sole exception to this generalization relates to enforcement where, of course, sovereignty is again focussed. Here each national legal order can insist on its own view, subject, of course, to any international obligations that it may have assumed.

86. An award that ignores a rule considered mandatory by a given national legal order may well be denied enforcement there and perhaps by other national legal orders as well. Similarly, national legal orders may well consider certain matters — e.g., claims for fines and penalties — not arbitrable by their very nature and, accordingly, deny effect to an award to the extent that it adjudicates these matters. Thus Article 2060 of the French Code Civil provides that « [o]n ne peut compromettre... dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »¹²². Matthieu de Boissésou writes that¹²³

On ne peut déroger aux règles d'ordre public qui confèrent à des juridictions une compétence exclusive pour connaître de certains litiges.

Ainsi, des parties ne sauraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de litiges relevant d'une *juridiction répressive*...

87. Article 5 of the Swiss Intercantonal Concordat on Arbitration provides that

Arbitration may deal with any right of which the parties may freely dispose, unless a State authority has, by virtue of a mandatory provision of law, exclusive jurisdiction over the matter.

Commenting on Article 5, Professor Jolidon concludes that fiscal matters are « affaires non arbitrables »¹²⁴.

88. The New York Court of Appeals has also taken the position that it is not appropriate for an arbitral tribunal to impose fines and penalties. In *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.*,¹²⁵ the issue arose with respect to an arbitral award that gave punitive damages; the Court's views apply, *a fortiori* and with greater strength, to fines and penalties, *stricto sensu*. Chief Judge Breitel wrote that¹²⁶

In imposing penal sanctions in private arrangements, a tradition

¹²² Cf. J. ROBERT, *L'Arbitrage — droit interne, droit international privé* — no. 32, at p. 22 (5th ed. 1983).

¹²³ *Le Droit français de l'arbitrage* 38 (1983); see also *id.* 40 (disputes relating to the application of fiscal law are not arbitrable).

¹²⁴ P. JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage* no. 42, at p. 156 (1984); see also *id.* no. 41, at p. 154.

¹²⁵ 40 N.Y. 2d 354, 353 N.E. 2d 793 (1976) (4-3 decision).

¹²⁶ *Id.* at 359-360, 353 N.E. 2d at 796-797.

of the rule of law in organized society is violated. One purpose of the rule of law is to require that the use of coercion be controlled by the State (Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 21)... For centuries the power to punish has been a monopoly of the State, and not that of any private individual (Kelsen, *loc. cit.*, *supra*). The day is long past since barbaric man achieved redress by private punitive measures.

Chief Judge Breitel went on to remark that ¹²⁷

The law does not and should not permit private persons to submit themselves to punitive sanctions of the order reserved to the State. The freedom of contract does not embrace the freedom to punish, even by contract...

Of course, the *Garrity* case involved two private parties and Judge Breitel's analysis is not fully applicable to a situation in which the State has itself agreed that its "power to punish" should be exercised by an arbitral tribunal.

IV. *The Consequences of Restrictive Views Held by National Legal Systems.*

89. For the reasons set out above (see nos. 79-88 *supra*), certain national legal systems are unwilling to accord to the arbitral process the degree of autonomy that, in contemporary circumstances, non-domestic arbitration claims (see nos. 5-78 *supra*). Accordingly, the issue must be faced of what significance arbitrators should accord to restrictive views held by legal orders with which an arbitration has significant links.

90. The issue thus posed is usually discussed in connection with concern for the enforceability of the award that is to be given. It is argued that if a legal order in which enforcement might be sought would apply mandatory rules of law regardless of the parties' stipulation for a governing law that does not contain these rules, the arbitrators should do likewise. Thus alternative 2 to article 9 (the public-policy article) of Professor Lando's Draft Recommendations on the Law Applicable [in Arbitral Proceedings] to International Contracts ¹²⁸ is to the effect that arbitrators, regardless of

¹²⁷ *Id.* at 360, 353 N.E. 2d at 797.

¹²⁸ See note 86 *supra*.

party stipulations, should be free to give effect to the mandatory rules of a country "especially when the arbitral award is likely to be enforced there...".

91. This concern for enforceability raises some troubling issues. Whether enforceability actually presents a problem can be concretely evaluated only after the arbitrator has reached a decision in principle. At this stage, certain adjustments that would not fundamentally alter the award but would increase the probability of its enforcement in a given country are consistent with the arbitrator's position and responsibilities. But, unless the party who would be disadvantaged thereby so requests, the enforceability argument can hardly justify a fundamental change in the award.

92. The situation would perhaps be different if an arbitral award were, in the particular circumstances, essentially worthless unless enforcement were available in a legal order holding restrictive views of what constitutes acceptable arbitration practice. This condition is only rarely satisfied. An arbitral award often has considerable value even if it cannot be enforced. Furthermore, typically enforcement of an award can be sought in several legal orders. In any given case, one or more of these are likely to grant enforcement despite public-policy objections unless, in the forum's view, its own *ordre public international* — or, less generously, *ordre public* — is at stake.

93. To the foregoing considerations supporting respect for the parties' instructions can be added another, one of great importance for the theory and practice of non-domestic arbitration. The proposition that arbitrators are free to ignore party stipulations where, for example, national courts would do so carries with it a corollary that is inherently dangerous for arbitration practice; namely, arbitrators have inherent powers that do not depend upon party agreement.

94. The recognition of such powers implies what amounts to a "free arbitration", one in which the adjudicator has authority to decide in terms of his personal views respecting legality and justice. Because of the *ad hoc* and confidential nature of international arbitration, the arbitral process is not capable of generating over

time standards to control and guide the exercise of such personal authority.

95. Realistically speaking, the principles and constraints that an adjudicatory process requires to be seen as reliable and legitimate can, in the case of non-domestic arbitration, derive only from a charter that all arbitrators are committed to follow. Earlier in this century, the jurisdictional theory provided that charter in the form of the law of the territory where the arbitration had its seat. With the jurisdictional theory's decline, party agreement became the only source for the needed charter. Accordingly, international arbitrators should faithfully carry out the instructions given them by the parties even if those instructions are inconsistent with the position taken by one or more legal orders with significant links to the arbitration.

Arthur T. von Mehren,

Rapporteur

Eduardo Jiménez de Aréchaga,

Co-Rapporteur

Annex III

Observations of the Members of the Eighteenth Commission on the Draft Resolution and Draft Report

Introductory Note. Observations can be directed to any of the three versions of the Draft Resolution — March 17, 1987, June 5, 1987, and July 13, 1987. Only the final version — the one discussed during the Cairo Session (September, 1987) — is set out in full ¹²⁹. The material in brackets and footnotes printed with the July 13, 1987 text and the Table of Correspondances ¹³⁰ permit, however, the reconstruction of the earlier texts.

Two versions of the Draft Report were circulated, one of March 17, 1987, the other of June 5, 1987. Only the latter is reproduced ¹³¹. The principal differences between the two versions are terminological ¹³². Observations may be based on either or both versions. Comments are also directed to the Questionnaire of April 14, 1987 ¹³³.

1. Observations of Mr Ranjan Amerasinghe

Washington, 22 July 1987

Washington, 15 December 1987

Dear Arthur,

I have been away most of May and June because of a busy schedule. Further, the pressure of work permitted me to turn to the draft resolution

¹²⁹ See pp. 91-99 *supra*.

¹³⁰ See p. 99 *supra*.

¹³¹ See pp. 100-140 *supra*.

¹³² See p. 100 *supra*.

¹³³ See pp. 90-91 *supra*.

and report only now. I send you a hastily penned note on the questionnaire. I do wish I had more time to devote to it. As it is, the resolution and report have been hastily read.

The report is complete in my opinion and is well written. I must congratulate you on the work you have done.

Answers to Questionnaire [of April 14, 1987]

(1) I do not think the fourth whereas is necessary in the form in which it is presented. It is sufficient to state that the principles applicable to arbitrations between states and foreign private parties are important and merit coherent and clear statement. An important point is that national legal orders probably differ on the principles applicable to the arbitrations under consideration. This fact warrants a consolidation of such principles.

(2) Please refer to (1) above. I do not have any other problems with the whereases.

(3) (a) Article 2 (e) - it may be useful to explain how some situations such as withdrawal of an arbitrator could be circumvented in order to allow the proceedings to continue.

(b) Article 6 - I do not think a plea of sovereign immunity is acceptable at all in arbitrations of this kind since the arbitrations are not municipal law arbitrations *per se*. In any event, where an arbitration clause is signed, it must be presumed that sovereign immunity claims, even if applicable, have been waived for the purpose of the arbitration by signature of the arbitration clause.

(c) Article 7 - The claims referred to may be resolved under the *lex arbitrii* or the *lex causae*.

(d) Article 9 - Is this really necessary?

(e) Article 16 - I agree that arbitrators should not compromise the integrity of the arbitration system. However, it may not be useful from the point of view of the effectiveness of the arbitration system to exclude entirely the consideration by arbitrators of the question of the enforceability of their awards.

(4) Para 77 - I am not sure I understand this paragraph. It is my understanding that a tribunal can apply international law, if it is the chosen law of the contract or is otherwise the proper law of the contract. Further, there may be circumstances in which international law is applicable in the absence of a contract, such as where the claim is tortious.

Apart from this, I have no serious problems with the report.

(5) No comments.

(6) No comments.

Yours sincerely,

Dr. C. F. Amerasinghe

*Observations on the Report and Draft Resolution on Arbitration
between States and foreign enterprises*

My written statements have so far been largely confined to answering the questionnaire circulated to the Commission by the learned rapporteurs and to a few comments on the first draft of the report. I would like to make some further observations which emanate from a deeper study of the latest draft resolution and report.

I think that the rapporteurs are to be congratulated on their work with which I am in general agreement. I approve of the emphasis placed on features of the subject arbitrations which emerge primarily because a State (or State entity) is one of the parties to the arbitration. Conversely, I do not think it necessary to focus particularly on the fact that the subject arbitrations are in many respects similar to arbitrations between private parties of different nationalities although mention may be made in passing of this fact, because what makes the subject arbitrations worthy of special study are the differences between them and arbitrations between private parties of different nationalities, or the alleged differences, which have given rise to problems in the theory and practice of arbitration. That is to say, it is because problems arise on account of such features as the plea of sovereign immunity, the nature of the proper law applicable to the arbitration or the delocalization or transnationalization of the arbitration that arbitration between States (or State entities) and foreign private parties, even in the commercial field, assume a special or specific character.

A. Commercial Arbitration

It is my view that there is little difference between commercial arbitrations and other arbitrations to which a State is party. Whether the arbitration arises from, e.g., an investment contract, or from a commercial transaction basically makes little difference to the principles governing the arbitration, particularly in respect of the feature that, because a State is a party to the arbitration agreement, there may be some special rules applicable to the arbitration. The commercial nature of the transaction may have a bearing on a few matters, such as the choice of the law governing the arbitration, but this is dependent as will be seen, largely on the will of the parties as is the case in other transactions, such as investments. The commercial nature of the transaction should not as such be a special consideration in discussing the law governing the subject arbitrations.

B. Autonomy of the Parties and Delocalization

I have always agreed that systems of law other than a particular municipal law, such as general principles of law or transnational law, may be chosen as the proper law of a contract between a state and a foreign entity (see Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967) pp. 96-97. P. Lalive took a similar view). I think the history and development of arbitration shows that this proposition cannot be gainsaid. The same

principle is applicable to arbitration clauses. What is not so clear is whether by an express or implicit choice of law the parties may delocalize the arbitration agreement to such an extent that the arbitration becomes localized in the international legal system. While I agree that a delocalization of an arbitration agreement may take place by an appropriate choice of law etc., which manifests a desire on the part of the parties to separate the arbitration from the sole control of any particular truly municipal legal system, I do not agree that such a choice of law etc. can have as a consequence the "internationalization" of the agreement or the arbitration agreement in the sense that the agreement may then be "placed" in the international legal system as such generating rights and obligations in international law. What can happen as a consequence of an appropriate choice of law etc, is that the arbitration agreement is taken out of the sole control of any particular State's municipal legal system, and particularly that of the State party. Nevertheless, the arbitration agreement which may then be said to be governed by a transnational legal order is located in a quasi-municipal legal order, so that the arbitration, while being delocalized, is placed in a, so to speak, "transnational" order which is, however, not a legal order which in all respects can claim to be superior to the municipal legal order of States in the same way as international law can claim to be. Delocalization in this sense means especially that the arbitration and agreement are not necessarily governed by any particular legal system as such and that, therefore, the arbitration may proceed without applying, where necessary, the law of any particular municipal legal system, including that of the State party to the agreement, especially any prescriptions which may conflict with the proper law of the arbitration. (For my view on the "transnational" legal order see *op. cit.* pp. 96-97). I think all this is the outcome of developments in the practice of arbitration and State contracts and not of any theoretical assumptions as to the nature of arbitration agreements between States and foreign private parties or as to the nature of the international legal order.

A consequence of this position is that, while as stated in Article 1 of the draft, the peremptory norms of the international legal order which happen also to be peremptory norms of the transnational legal order must be respected by the arbitrators, and arbitrators are not bound to apply as superior norms conflicting norms of the legal order of States and particularly of the State party to the arbitration. It may be useful to identify this feature clearly somewhere in the draft, although it is not essential to do so. The latter consequence is the flip side of the coin which is pictured in Article 1. In this connection I would suggest that the term "general principles of law" be used rather than "quasi-universally accepted standards of morality". I find the latter term rather more nebulous than the former, which in itself is not free from a certain lack of definition. It must be remembered, of course, that where the transnational legal order is the legal system governing the arbitration as where the arbitration has been appropriately delocalized by the parties, that same legal order will control the autonomy of the parties

in respect of the norms governing the arbitration or to be applied in the arbitration by reference to the peremptory norms and general principles of law referred to in Article 1.

C. Severability

There can be no doubt that the arbitration agreement and clauses are severable from the main transaction, in the sense that, (a) if a party resiles from the main contract and terminates it for any reason, the termination of the main contract does not as such affect the arbitration agreement which could survive the main contract and continues to be governed by its own proper law, and (b) the arbitration agreement may be governed by a different law from that governing the main transaction. Clearly the arbitration agreement or clauses may have a proper law which may or may not be the same as the proper law of the main transaction. It is according to this law that the validity and meaning of the arbitration clause must be determined. This will include the question whether the arbitration agreement has survived the demise of the main transaction. However, in order that the validity and viability of the arbitration agreement may be determined, where they are brought into question, that portion of the arbitration agreement which deals with the establishment and functioning of the arbitral tribunal must be presumed to survive the main transaction, if only for the purpose of determining the validity and viability of the arbitration agreement. My view may require slight elaboration of Article 2. I think it is worth emphasizing that irrespective of the main transaction, those provisions of the agreement which deal with the establishment of the arbitral tribunal and its functioning must at least be presumed to survive the main transaction, until they are declared to be ineffective or otherwise tainted, by the arbitral tribunal itself. In all circumstances "severability" must mean at least this and in all circumstances the arbitral tribunal must have the competence to decide the above issues.

D. Specific Issues

(1) I would prefer the use of the term "is competent" to the term "has authority" in Article 3. But I would not press this. Are we not really dealing with competence rather than authority in Article 3?

(2) Article 5 assumes that there are 3 arbitrators constituting the tribunal. This need not be the case. There may be one or more arbitrators. That would depend on the arbitration agreement. The Article would need to be redrafted to take care of the possibility that there are more or less than 3 arbitrators.

(3) Article 10 - The term "denial of justice" is used. This is a somewhat technical term that can have more than one meaning. I am not sure what is intended by it in this context. I would suggest that what happens when the State party refuses to arbitrate is that it is in violation of its international obligations owed in regard to the treatment of aliens. This is not so if the foreign entity similarly refuses to arbitrate. There is here a significant difference between State/foreign national arbitrations and arbitrations between

private parties of different nationalities. It would be sufficient to state in Article 10 that the State party "violates its international obligations" if it refuses to arbitrate while leaving it to international law to determine what the consequences of such a violation are in terms of remedies and procedures to redress the wrong.

(4) Article 11 - I am not sure whether this is an appropriate provision. What is meant by "international law claims"? If such claims are based on duties owed by the State party to the national State of the foreign entity or to another State, is it appropriate that an arbitral tribunal which is not an international tribunal should pronounce on them? Claims between the parties to an arbitration agreement of the kind under consideration must necessarily be based on the relationship between the parties and not on international law *per se*. The provision raises the fundamental issue whether an individual qua foreigner can have rights and duties in international law. It would be better to avoid answering this thorny question in the unqualified affirmative because it is so disputed. A felicitous rephrasing of the provision may be a solution. Perhaps what we mean to say is that claims which are derived from provisions of international law may be arbitrable by such a tribunal. The distinction sought to be made is between claims which are the result of direct violations of international law and those which arise because one of the parties has acquired a right vis-à-vis the other party as a result of the intended effect of provisions of international law.

(5) Article 9 - The issue of sovereign immunity is dealt with appropriately. There can be no question that the basic object of an arbitration agreement is to eliminate the effectiveness of pleas of sovereign immunity by the State party. The validity of such a plea cannot be related to the delocalization of the arbitration or the choice of law. Whether the arbitration is intended to be localized in a given municipal legal system or is delocalized, the plea of sovereign immunity cannot be accepted as valid as a reason for the tribunal's refusal of jurisdiction. If this were not the position, there would not be a rational ground for an arbitration clause. In this connection the past decisions of the British courts which refused to recognize the validity of an express or implied contractual waiver of sovereign immunity before British courts should not be used by implication or *mutatis mutandis* to permit a contrary conclusion. There is in this respect a difference between institutional municipal courts and arbitral tribunals established by agreement of the parties, where the parties are a State and a foreign entity.

2. Observations of Mr Mohammed Bedjaoui

Le Caire, le 12 septembre 1987

Mon cher collègue,

1. Je vous remercie beaucoup pour m'avoir envoyé les documents suivants :

- Rapport provisoire du 17 mars 1987 accompagné d'un projet provisoire de résolution ;
- Questionnaire du 14 avril 1987 ;
- Document du 12 mai 1987 donnant diverses réactions de certains de nos collègues de la 18^e Commission ;
- Memorandum du 8 juin 1987 accompagné du rapport provisoire révisé du 7 juin 1987 ;
- Memorandum du 13 juillet 1987 accompagné d'un projet provisoire révisé de résolution (*).

2. J'en ai trouvé la lecture particulièrement enrichissante. Je vous félicite pour la qualité des travaux que vous nous présentez, en même temps que je vous suis reconnaissant pour la somme d'efforts que vous n'avez cessé de déployer pour trouver des solutions qui soient acceptables pour tous, dans des questions particulièrement complexes. Je ne doute pas que nos discussions du Caire seront particulièrement fructueuses à la suite de tous vos efforts.

I. — La structure générale du projet de résolution :

3. Je commencerai mes bien modestes remarques sur tous ces documents, en faisant une suggestion portant sur la structure du projet provisoire de résolution, laquelle est le reflet de la structure et du plan de votre riche rapport.

Le projet de résolution est articulé en trois parties, toutes et chacune de grande importance théorique et pratique, mais de longueurs très disproportionnées. Si je me réfère au tout dernier projet de résolution du 13 juillet, je constate que la première partie (« Pratique arbitrale ») comporte 11 articles (articles 1 à 11), la seconde partie (« Les vues des juridictions nationales ») 4 articles (12 à 15) et enfin la troisième et dernière partie (« Les conséquences des vues restrictives professées par les juridictions nationales à l'égard de la pratique de l'arbitrage ») un article seulement (article 16).

4. A ces disproportions dans les différentes parties, s'ajoute le fait que la seconde et troisième parties sont composées d'« articles » purement descriptifs. De tels articles narratifs ne sont pas de même nature que ceux de la

(*) Vos memorandums des 5 et 17 août et du 1^{er} septembre me sont parvenus au moment de la frappe de ce texte.

première partie qui énoncent des règles. C'est pourquoi la structure de l'ensemble du projet de résolution se trouve quelque peu affectée par un certain défaut d'homogénéité. Nous devrions autant que possible codifier la matière et énoncer des règles, en évitant les « articles » descriptifs.

5. C'est la raison pour laquelle je suggère ce qui suit :

a) que le projet de résolution ne comporte qu'une partie unique et qu'il soit en conséquence dépouillé de ses divisions A), B) et C) ;

b) que les articles descriptifs 12 à 15 deviennent autant de « considérants », et soient placés au début du projet de résolution parmi les autres considérants, et dans une forme et à des places appropriées ;

c) que l'article 16, lui aussi descriptif, soit remanié et amendé pour énoncer une règle de conduite des arbitres, qui deviendrait un article 12 final, faisant corps avec l'ensemble des autres articles du projet.

II. — Contenu et délimitation du sujet : thèmes superflus et thèmes omis :

6. La Commission a pour tâche d'étudier la question de « L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères ».

Une première question se pose au sujet de la *terminologie* et de la *définition* des termes et expressions employées. Je suggère que le projet de résolution comporte, en son début, un article de définitions dans lequel il indiquerait ce que l'on entendrait par « Etat » (incluant toute « entité étatique » et toute « entreprise publique ») et par « entreprises étrangères » (qui n'est ici qu'un aspect d'un genre plus vaste, la « personne physique ou morale privée étrangère »). Veut-on, ou non, limiter le sujet exclusivement à l'Etat et aux entreprises (commerciales) étrangères ? Je ne le pense pas. En tout cas il faut le dire si c'est le cas.

7. L'institut de droit international a eu à traiter déjà de sujets qui sans être identiques ou même seulement voisins, comportent des similitudes, souvent dans les problèmes à résoudre et parfois dans les solutions à préconiser. La tâche présente de notre Commission est donc d'avoir présentes à l'esprit les questions déjà discutées, tout en évitant à la fois d'en copier les solutions ou de les paraphraser et à l'inverse d'en tirer des solutions systématiquement et radicalement opposées.

8. L'Institut a déjà traité (avec plus ou moins de bonheur) des thèmes suivants :

a) *Les contrats conclus par les Organisations internationales avec des personnes privées* (4^e Commission, rapporteur M. Nicolas Valticos, Annuaire de l'Institut, session d'Oslo, 1977, vol. 57, tome 1).

b) *Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère* (21^e Commission, rapporteur M. Georges van Hecke, Annuaire de l'Institut, session d'Oslo, 1977, vol. 57, tome 1 et session d'Athènes, 1979, vol. 58, tome 2).

c) *L'arbitrage en droit international privé* (14^e Commission, rapporteur M. Georges Sauser-Hall, Annuaire de l'Institut, session d'Amsterdam, 1957, vol. 47, tome 2).

9. Enfin, pour être complet, il faut toujours avoir un regard sur des sujets différents certes, mais qui ont comporté des solutions pour quelques-unes des questions qui se posent à propos du sujet actuellement en examen. Lorsque notre projet traite de certaines questions de droit international public, telles que l'immunité des Etats (de juridiction et d'exécution) il est toujours bon de savoir ce que fait sur ce point une Commission voisine, la 14^e (« Les aspects récents de l'immunité de juridiction », rapporteur M. Ian Brownlie, Annuaire de l'Institut, session du Caire, vol. 62, tome 1), pour harmoniser mieux nos travaux avec d'autres.

10. Dans le même esprit, lorsque l'actuel projet touche aux problèmes difficiles du *droit applicable*, il doit tenir compte des travaux des trois précédentes Commissions cités plus haut, mais aussi peut-être, sous certains aspects, ne pas perdre de vue ce qui a été retenu par l'Institut dans un domaine proche (au moins pour la cohérence de la démarche). (*Le droit applicable aux entreprises internationales communes, étatiques ou para-étatiques*, rapporteur M. Ignaz Seidl-Hohenveldern, Annuaire de l'Institut, session de Cambridge, vol. 60, tome 1).

11. A partir de tout ce qui précède, l'objet des travaux actuels de notre 18^e Commission me paraît assez clair. Il ne s'agit pas d'étudier le « contrat » ou « l'accord » passé entre un Etat (ou une entité étatique, ou même une Organisation internationale) et une personne privée étrangère. Ces questions juridiques ont fait l'objet des travaux des sessions d'Oslo et d'Athènes (rapports Valticos et van Hecke). Notre effort doit essentiellement porter sur « l'arbitrage » que ces contrats ou accords prévoient. Vous avez grandement raison d'avoir focalisé votre attention surtout sur « la pratique arbitrale » (entre Etat et personne privée étrangère).

Comme l'a écrit si bien le Docteur Mann, il faut, après nos sessions d'Amsterdam et d'Athènes, relever strictement ce qui reste à faire et s'y tenir fermement.

Cette délimitation du sujet permet aussi de voir clairement dans la démarche de l'Institut. Celui-ci en effet, après avoir traité de « l'arbitrage » en droit international « privé » (session d'Amsterdam), voudrait se préoccuper à présent de cette nouvelle forme d'arbitrage entre Etat et personne privée étrangère qui ne semble relever ni entièrement du droit international privé, ni entièrement du droit international public.

12. C'est pourquoi il me semble qu'il ne conviendrait pas de s'interroger sur la nature ou le régime juridiques du « contrat » ou de « l'accord », mais bien de s'attacher au régime d'arbitrage que ce contrat ou accord autorise.

Une discussion pour savoir si nous sommes en présence d'un « contrat international » ou même « supra-national » (observations de M. Fouad Riad)

est sûrement d'un intérêt captivant. Mais je pense qu'il y a lieu de l'éviter ici. Encore une fois, ce n'est pas le contrat mais l'arbitrage autour de ce contrat qui nous intéresse. Sinon il faudra rouvrir toutes les discussions antérieures et en particulier d'Oslo et d'Athènes.

13. Personnellement, je ne prise pas beaucoup la qualification de « contrat international » parce qu'elle charrie de dangereuses ambiguïtés. Mais si par cette expression on entend qu'*au sens économique* le contrat « international » est celui qui met en jeu les intérêts du commerce et de l'économie internationales, et qu'*au sens juridique* il comporte des éléments de rattachement principalement au *droit interne* de deux ou plusieurs Etats, elle serait acceptable. Mais si l'on veut en déduire que c'est un contrat qui obéit au droit international public, comme s'il s'agissait d'un traité inter-étatique, il y a lieu de repousser d'autant plus énergiquement cette qualification et ses conséquences juridiques, qu'il s'agit de contrats passés le plus souvent entre une entreprise d'Etat et une personne privée étrangère ayant elles-mêmes choisi délibérément d'inscrire leurs rapports contractuels commerciaux dans le cadre du droit privé, pour répondre correctement aux données et aux exigences du commerce mondial.

14. Or, en droit international public, il n'appartient pas à un Etat seul de déclarer lui-même unilatéralement que telle personne privée étrangère est un sujet de droit international, dont les relations doivent être régies par le droit international. Il en va de même *a fortiori*, lorsque le partenaire commercial de cette personne privée étrangère n'est pas l'Etat lui-même mais une simple émanation de celui-ci comme une entreprise publique ou une entité de cette nature, soumise normalement au droit commercial. La qualité de sujet de droit international intéresse la communauté internationale et ne peut ni être attribuée par un Etat à une personne privée ni s'auto-conférer par cette personne étrangère. Elle est attribuée par le droit international seul.

15. Je veux donc bien qualifier dans les limites indiquées ci-dessus aux paragraphes 13-14, le contrat passé par un Etat (ou une entreprise publique) avec une personne privée étrangère de « contrat international » avec les importantes réserves et précisions signalées et en ayant à l'esprit sa définition comme un contrat « dont tous les éléments ne sont pas localisés dans le même territoire » (Hermans and Verwilghen : « Stabilité et évolution du contrat économique international », in *Le contrat économique international*, Bruxelles, Bruylant édit., 1975, p. 451 et ss. ; voir aussi *Loi-type sur l'arbitrage international*, élaboré par la C.N.U.D.C.I.).

16. Au surplus, le droit international public ne comporte pas de règles adaptées, ne serait-ce qu'imparfaitement, aux contrats considérés, qu'on tente parfois de considérer comme des quasi-traités. En dehors des règles sur les traités, qui ne peuvent et ne doivent pas être applicables à ces contrats, je ne vois pas de norme de droit international public applicable, telle quelle, à la conclusion, à l'exécution et à l'extinction de ces contrats.

17. J'ajoute que si certaines règles ou certains principes existant dans divers systèmes juridiques nationaux sont *mutatis mutandis* similaires à des règles ou principes du droit international, comme par exemple la clause *rebus sic stantibus*, il ne me paraît pas légitime de conclure de l'existence de cette clause dans un contrat que celui-ci doit nécessairement obéir au droit international public et en particulier aux règles de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, alors même qu'une clause semblable existe dans les droits nationaux.

18. Ces diverses considérations générales sur les thèmes à exclure ou à retenir dans le projet, m'ont progressivement conduit à déflorer l'importante question du *droit applicable* dans le type d'arbitrage dont nous nous occupons.

Je ne méconnaissais pas l'inconfort dans lequel — bien involontairement — nous mettons notre Rapporteur spécial auquel certains d'entre nous réclament plus de références aux droits internes (ou au droit international privé), pendant que d'autres parmi nous le pressent de se référer davantage au droit international public.

19. Il conviendrait de clarifier le problème. Etant donné que nous n'étudions pas le « contrat » mais « l'arbitrage » auquel il lui arrive d'être soumis, et étant donné que dans l'arbitrage nous avons déjà étudié la question du droit applicable à Athènes, il n'y aurait plus lieu, semble-t-il, de s'occuper plus avant de cette question dans le présent projet.

Quoiqu'il en soit il convient de distinguer entre le *droit procédural* et le *droit applicable au fond* du litige (la "substantive law").

20. S'agissant du *droit procédural* le projet a pour objet de dégager les normes qui régissent le processus arbitral lorsqu'un Etat (ou une entité étatique ou une entreprise publique) se trouve en face d'une personne physique ou morale privée étrangère. Ces normes, ou certaines d'entre elles, figurent bien dans votre projet. Elles doivent toutes s'articuler dans un projet uniforme autour de ce que vous avez appelé la « pratique arbitrale ».

Mais il me paraît nécessaire de s'interroger pour savoir s'il existe *quelque originalité* à mettre en relief dans ce type d'arbitrage (intéressant un Etat) par rapport à l'arbitrage commercial international. Sans quoi notre exercice perdrait beaucoup de son intérêt.

Il se bornerait alors à reprendre la résolution d'Amsterdam de 1957 sur l'arbitrage en droit international privé, pour la modifier dans ce qu'elle avait d'inacceptable pour une partie de la doctrine, et aussi pour la mettre à jour.

En d'autres termes le nouvel exercice ici consiste à savoir *si la présence d'un Etat, sujet du droit international est susceptible d'imposer dans le processus arbitral des règles spécifiques*. A cette question le projet de résolution ne fait pas sa place et n'apporte pour ainsi dire pas de solutions nettes. On pourrait d'autant plus le regretter que vous avez amplement évoqué ces questions dans votre rapport.

21. Tout en restant dans ce domaine du droit procédural, j'aperçois des

questions qui, en raison de la présence de l'Etat, se posent. Vous les avez traitées dans votre rapport provisoire. Elles sont moins bien reflétées dans votre projet de résolution.

On peut toujours se demander si la clause d'arbitrage insérée dans le contrat est le résultat d'un consentement clair de l'Etat. Il faut bien s'assurer que ce consentement est *certain, régulier et spécial*. Ce consentement doit être régulier en ce que si l'Etat est le co-contractant lui-même, il faut bien s'assurer qu'il a l'autorisation législative de compromettre, dans les systèmes nationaux qui subordonnent le recours à l'arbitrage à cette autorisation parlementaire. Comme l'a bien indiqué M. Weil, le projet de résolution doit bien refléter ce point.

Si c'est une entreprise publique ou une entité relevant de l'Etat qui est co-contractante, il faut bien s'assurer que ses représentants ont préalablement et dûment été autorisés à compromettre.

Le consentement doit être certain et non équivoque, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être présumé. Ici l'existence de la clause d'arbitrage est plus qu'une présomption, certes. Mais il faut s'assurer que l'autorisation a été dûment et préalablement donnée.

Le consentement doit être spécial, c'est-à-dire ne valoir que pour l'action arbitrale 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.

22. C'est pour toutes ces raisons qu'il faut inclure dans le projet de résolution une disposition ferme en ce qui concerne la possibilité pour l'Etat d'invoquer le défaut de capacité ou d'autorisation d'une entreprise pour aller à l'arbitrage.

Comme le dit le Docteur Mann, on ne voit pas pourquoi un Etat ne peut pas soulever la question de l'absence de capacité si ses agents ont par inadvertance signé une clause d'arbitrage.

23. L'autre problème est celui de l'immunité d'exécution. Vous avez bien examiné dans votre rapport provisoire la question de l'influence possible de l'immunité d'Etat sur le déroulement de l'arbitrage. Je suis tout à fait d'accord avec vous pour dire, en suivant votre projet d'article 9, que l'Etat qui a accepté une clause d'arbitrage ne peut plus invoquer son immunité pour se soustraire à cet arbitrage. L'existence de la clause doit être sûrement regardée comme une expression manifeste de la renonciation de l'Etat à son immunité.

Il s'agit cependant de savoir si l'on doit entendre par "*sovereign immunity*" à la fois l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Tel semble être votre avis. Il est logique. Mais je crains fort — et je le regrette beaucoup — qu'il soit difficile d'aller si loin. Il est clair, bien entendu, que l'immunité de juridiction ne peut pas être invoquée. Mais *je suis hésitant pour ce qui concerne l'immunité d'exécution* (La 14^e Commission, rapporteur M. Ian Brownlie, s'occupe des aspects récents de l'immunité de *jurisdiction* des Etats,

après que l'Institut eut examiné la question de « L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers » en 1951, *Annuaire* 1952, vol. 44, tome 1, et en 1954, *ibid.*, vol. 45, tome 2).

24. En effet la renonciation à l'immunité de juridiction n'emporte pas renonciation automatique à l'immunité d'exécution de la sentence rendue. A mon avis l'immunité de juridiction et l'immunité 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 forcée.

25. Si l'existence de la clause arbitrale signifie indubitablement renonciation à l'immunité d'exécution, on se demanderait à quoi sert le projet d'article 16 qui cherche à obtenir l'exécution d'une sentence, même au prix d'accommodements et de concessions que l'arbitre est invité à faire à l'égard de l'Etat désavantagé par la sentence ?

26. Si d'une manière plus générale, je considère les limitations et les exigences imposées par les ordres juridiques nationaux, j'estime que notre projet de résolution (notamment pour cette question) doit être plus prudent encore qu'il ne l'est. En particulier il faut éviter de laisser l'impression que les arbitres possèdent des « pouvoirs inhérents ».

27. Une des manifestations de l'*originalité* de l'arbitrage entre un Etat et une personne privée étrangère, réside dans le fait que l'une des parties est un Etat. Or celui-ci est un souverain qui, comme l'avaient suggéré le Professeur Paul Reuter et le juge Schwebel, pourrait édicter de nouvelles règles affectant l'arbitrage. S'agit-il d'une forme de « déni de justice » ? Et que pourrait faire l'arbitre ? Vous nous invitez sagement dans votre rapport provisoire à ne pas entrer dans ce genre de problèmes. Mais dans votre projet de résolution, votre article 10 (ancien article 7 dans le texte du 17 mars) comporte une disposition relative au « déni de justice ».

28. Si votre projet de résolution était resté silencieux sur cette question, je vous aurais d'autant plus volontiers suivi que souvent l'entreprise publique (ou l'émanation de l'Etat ou l'entité étatique) qui contracte avec la personne physique ou morale privée étrangère, à la recherche l'une et l'autre de la confiance, de la stabilité et de la sécurité de leur contrat, conviennent de « geler » à une date déterminée le droit interne applicable qu'elles ont pu choisir.

On trouve alors dans leur contrat une clause implicite ou explicite de stabilité et d'intangibilité de l'instrument. Il n'existe ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, de contestation possible quant à la faculté ouverte aux parties (qu'il s'agisse de l'Etat lui-même, de l'entreprise publique ou d'une personne privée) de soumettre leur contrat à l'empire d'un droit interne comme celui de l'Etat lui-même co-contractant ou de l'Etat auquel appartient

l'entreprise publique ou l'entité étatique co-contractante. La validité d'une clause de référence à ce droit en vigueur, dans la consistance qu'il avait « à la date de la signature du contrat », a pu être discutée à Athènes par l'Institut autour du rapport de M. Georges van Hecke. Pour moi, une telle validité ne fait pas de doute. Il faut préciser qu'au sein de l'Institut, les opinions n'ont pas divergé sur le point de savoir si un Etat a le pouvoir d'accepter de se priver du droit de modifier sa propre législation. Elles se sont séparées plutôt sur le point de savoir si le « gel » du droit interne de l'Etat contractant, au moment de la conclusion du contrat, constitue une garantie suffisante pour la personne privée étrangère.

29. Les deux parties au contrat, dans le cadre de l'autonomie de leur volonté, ont voulu se prémunir contre la surprise de changements législatifs. La personne privée a donc réussi à obtenir d'être préservée contre toute modification ultérieure de ce droit, que ce soit à son avantage ou à son détriment. Elle a préféré la certitude d'un droit qu'elle connaît à l'incertitude d'un droit, même avantageux, qu'elle ignore. Et la puissance publique co-contractante a accédé à ce désir.

La situation est tout autre si les deux parties n'ont pas souscrit une clause de « gel » du droit interne applicable. Dans une telle hypothèse, l'Etat a bien sûr le droit de modifier sa législation et même celui de la rendre opposable à son co-contractant personne privée, en dépit de la rupture des « équilibres contractuels ». La partie n'a pas en effet pris la précaution de demander et d'obtenir le « gel » du droit.

30. Mais je pense qu'il faut éviter des débats sur cette question, d'autant plus aussi que, nous plaçant toujours dans le cadre des règles procédurales de l'arbitrage, nous ne rencontrons pas seulement le droit interne de l'Etat contractant, accepté par les parties, mais aussi la « loi du for », naturellement modifiable souverainement par l'Etat du for. C'est surtout d'ailleurs la « loi du for » — et non pas le droit interne de l'Etat co-contractant — qui est décisive lorsqu'il s'agit de déterminer les règles applicables à la procédure et lorsque la sentence arbitrale rendue pose des problèmes d'exécution.

31. Quant à la question des règles applicables au fond du litige, quelques collègues sont d'avis de ne pas s'en occuper dans le projet. Le droit applicable au fond (la "substantive law") a fait l'objet des travaux d'Athènes de l'Institut. Il faut suivre ces collègues car on n'en finirait pas de débattre sur le fait de savoir si le droit applicable au fond relève plus du droit international public que du droit international privé, ou du droit interne de l'Etat, dans un arbitrage de cette nature.

32. Sous réserve de quelques observations que je formulerai tout à l'heure en m'interrogeant sur le problème de l'autonomie de la volonté des parties contractantes lorsque l'une d'elles est un Etat ou une entreprise étatique, je considère que le débat est largement faussé. A mon avis, il n'est pas question d'appliquer le droit international public à un tel contrat. Celui-ci n'est pas

un traité international. Ce qui s'applique au fond est « un ensemble de règles souples, *spécifiquement* conçues pour les rapports contractuels entre Etats et personnes privées étrangères et adaptées à ces rapports » (comme le dit M. Weil).

33. Ce serait donc ajouter inutilement à la complexité des choses, et contribuer à plus d'ambiguïtés et de malentendus que de qualifier de normes de droit international public ce corps de règles. S'il appartient aux parties dans leurs contrats, et à la pratique et à la jurisprudence des tribunaux arbitraux, de dégager progressivement ces règles qui constitueront un droit transnational ou un « ordre juridique tiers » auquel sont soumis ces contrats, on ne devrait alors pas inviter les parties à parler de droit international et on devrait éviter toutes ces questions dans le projet de résolution.

III. — *Le problème de l'autonomie de la volonté des parties contractantes : la question de l'ordre public (interne et international) :*

34. Ce problème apparaissait déjà en filigrane ci-dessus. Ma préoccupation est de savoir si la présence d'un Etat (ou d'une entité étatique) comme co-contractante affecte, dans un sens ou dans un autre, la question classique de l'autonomie de la volonté des parties, telle qu'elle est pratiquée (avec certaines limites qu'on lui reconnaît généralement), dans l'arbitrage commercial international traditionnel. Est-ce que la seule présence de l'Etat dans le contrat rend plus complète et plus absolue l'autonomie de la volonté des deux parties contractantes, ou est-ce qu'au contraire elle a tendance à la réduire ?

35. Dans l'arbitrage commercial international il est indéniable que les parties contractantes disposent du pouvoir d'identifier et de désigner le système juridique, ou d'élaborer elles-mêmes les règles spécifiques auxquelles elles entendent soumettre leur contrat. Le principe de l'autonomie de la volonté des parties est observable dans tous les systèmes juridiques. Son caractère d'universalité est consacré et indiscutable, même si sur le plan théorique son étude a suscité la création de diverses écoles de pensée. (La 7^e Commission actuelle dont quelques membres de notre 18^e Commission font partie a reçu mandat d'étudier « l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées ». Il faudrait avoir un œil sur ces travaux).

36. Le droit applicable, en tant qu'ensemble d'une part des règles matérielles directement contenues dans le contrat et d'autre part du ou des droits nationaux incorporés dans ces contrats comme système juridique de référence « à la carte », est certes déterminé par les parties contractantes en toute liberté. Dans l'arbitrage en droit international privé ou dans l'arbitrage commercial international, les deux parties ont choisi leur terrain délibérément : elles sont ou agissent en qualité de personnes privées, dont les rapports sont soumis au droit commercial. Et leur autonomie n'est pas limitée (Loussouarn et Jean-Denis Bredin, *Droit commercial international*, Paris, 1969, p. 594 et ss.).

Le professeur Batiffol considère que le principe d'autonomie est un principe de droit international privé universellement admis aujourd'hui. « Les contrats, écrit-il, et les obligations qu'ils engendrent sont soumis par le droit français comme par l'ensemble des systèmes contemporains, à la loi dite d'autonomie, c'est-à-dire résultant de la désignation expresse ou implicite des parties. » (Henri Batiffol, *Traité de droit international privé*, Paris, 1976, 6^e édition, tome II, n° 565, p. 229).

37. Il est tout à fait superflu d'insister sur ce point non controversé. Tous les règlements d'arbitrage précisent que le Tribunal arbitral décide conformément aux stipulations retenues par les parties dans le contrat, qui s'imposent à lui (*cf.* Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I., art. 33, paragraphe 3).

38. Les parties contractantes peuvent-elles choisir des règles pour régir leurs relations contractuelles en s'affranchissant totalement — si elles le désirent — de l'ordre public interne (parce que la présence même de l'Etat, auteur de cet ordre public interne, lui confère le pouvoir de « disposer » de cet ordre), mais en respectant totalement l'ordre public international (parce que la présence d'un Etat, sujet de droit international, ne l'affranchit pas du respect de toutes les normes internationales, même dans ses rapports commerciaux privés avec un particulier) ? Et si l'Etat contractant doit respecter le droit international même dans ses rapports avec une personne privée, ce droit lui enseigne qu'il est impossible de mentionner dans le contrat des règles de droit international qui par hypothèse ne peuvent s'appliquer qu'entre Etats...

39. Autrement dit on pourrait distinguer entre la notion d'ordre public international (qui devrait être respectée par l'Etat contractant dans une telle hypothèse) et la préférence donnée par les contractants à certaines règles de droit international public pour régir leur contrat. Mais en vérité cette distinction se révèle à mon avis impossible, car l'application des règles de droit international public au fond apparaît elle-même contraire à l'ordre public international, dans ce type de contrat où l'Etat traite avec un simple particulier. Dès lors je suis d'avis que l'autonomie de volonté des parties contractantes est limitée et qu'elle n'est pas à ce point étendue qu'elle puisse autoriser les parties à inclure le droit international *en tant que tel* dans la "substantive law" de leur contrat.

40. Une autre raison pour laquelle je suis d'avis que le droit international public ne devrait pas compter au nombre des matières auxquelles l'Etat contractant avec une personne privée étrangère est fondé à se référer, est la suivante. Elle est bien indiquée dans votre rapport lorsque vous écrivez en particulier que le renvoi fait par les parties elles-mêmes au droit international n'est pas acceptable car "public international law neither contains, nor can generate by analogy, the rules and principles required to regulate complex economic transactions" (rapport provisoire du 17 mars, p. 58).

41. Et en fait, comme je l'ai écrit plusieurs fois, c'est une mauvaise démarche de se référer au droit international public en tant que tel pour ces relations commerciales et d'ajouter ainsi à la confusion, car les normes applicables sont celles qui sont dégagées progressivement par la doctrine et la jurisprudence arbitrale et ce serait une erreur d'appeler « droit international public » cet ensemble de règles souples et *sui generis* adaptées à ce type de contrat.

IV. — *La séparabilité de la clause arbitrale :*

42. Je suis pleinement d'accord avec vous. Le sort de la clause ne doit pas dépendre de celui du contrat. Mais normalement « séparabilité » signifie « autonomie », c'est-à-dire indépendance aussi bien de la clause d'arbitrage par rapport au contrat, que du contrat par rapport à la clause d'arbitrage.

Mais s'il est vrai que le sort de la clause arbitrale n'est pas tributaire de celui du contrat, serait-il vrai que parallèlement aussi le sort du contrat n'est pas non plus tributaire de celui de la clause arbitrale ? M. Schwebel a raison à mon avis de donner une réponse négative à une telle question, car la validité de la clause arbitrale peut être un élément essentiel de l'accord des parties. Si la clause est nulle, cela peut modifier sensiblement l'intérêt pris par chaque partie à accepter les équilibres contractuels contenus dans le contrat.

V. — *Problème de la coopération d'une partie ou d'un arbitre :*

43. Je crois qu'il ne faut pas se laisser trop influencer par les situations très particulières vécues, en période de crise entre l'Iran et les Etats-Unis, par le Tribunal arbitral irano-américain de La Haye. Mais je reconnais que vous avez raison de prévoir ces types d'hypothèses.

44. En relation avec ce thème de la non-coopération d'une « partie », je voudrais évoquer une situation vécue en 1968-1969 par l'Algérie qui n'a pas coopéré avec l'autre partie, personne privée étrangère, parce qu'elle ne se considérait pas elle-même comme étant une « partie ». L'Algérie avait en effet nationalisé en 1967 diverses compagnies pétrolières étrangères, principalement américaines. Aucune n'était française. Par un accord de juin 1963, l'Algérie et la France avait institué un tribunal arbitral *algéro-français*, chargé de trancher les litiges intéressant les contrats pétroliers conclus entre une entreprise d'Etat algérienne et des entreprises privées ou semi-publiques françaises. Lorsque l'Algérie et la France convinrent de nouvelles relations contractuelles pétrolières entre elles par des accords de juillet 1965, elles décidèrent de supprimer le tribunal arbitral institué par l'accord antérieur de juin 1963. Ce tribunal a de fait cessé complètement d'exister à partir de juillet 1965.

45. Les compagnies pétrolières étrangères, nationalisées plus tard, en 1967, n'étaient pas françaises et ne pouvaient revendiquer pour elles-mêmes le

bénéfice des dispositions de l'accord de juin 1963 instituant le tribunal arbitral franco-algérien, et ce, au moins pour deux raisons, d'une part parce que cet accord ne devait pas bénéficier à des tiers, et d'autre part parce qu'en tout état de cause, cet accord de 1963 avait été abrogé par les deux Etats intéressés en 1965.

46. En dépit de cela, les compagnies américaines nationalisées en 1967 avaient prié le Président de la Cour internationale de Justice d'exercer sa juridiction gracieuse aux fins de désigner un arbitre aux lieu et place de l'Algérie récalcitrante et un président du Tribunal arbitral conformément aux dispositions du défunt accord de 1963. Le Président de la Cour internationale de Justice qui dans sa fonction gracieuse dispose d'un minimum évident de pouvoir pour au moins s'assurer de l'existence d'un accord et de sa validité, avant de procéder aux désignations demandées, a contribué à créer de véritables « tribunaux arbitraux fantômes », malgré les vives représentations de l'Algérie.

47. Celle-ci ne se considérait pas « partie » aux arbitrages en cascades qui s'en suivirent, n'a pas coopéré avec ces tribunaux arbitraux fantômes, a déclaré ne pas pouvoir, par principe, comparaître devant ces tribunaux pour soulever leur absence de capacité à arbitrer et leur offrir l'occasion de trancher cette question dans le cadre de la *Kompetenz-Kompetenz*. A strictement parler il ne s'agissait d'ailleurs pas là d'une question de « compétence » mais d'un problème d'« inexistence » même du tribunal.

48. Dans votre rapport du 17 mars, vous écrivez que "party cooperation (is) not essential once the tribunal is constituted" (p. 8). Cela n'est vrai à mon avis que si le tribunal existe juridiquement et se trouve régulièrement constitué.

Aucune des « sentences » rendues ne fut exécutée par l'Algérie et les compagnies pétrolières nationalisées revinrent plus tard négocier avec l'Algérie de nouvelles conditions de coopération pétrolières dans le pays, sans faire valoir les dispositions des « sentences » qu'elles avaient obtenues.

Un tel cas, qui illustre bien, à mon avis, divers aspects du projet de résolution, notamment sur la notion même de « partie », sur l'absence de coopération d'une partie, sur le défaut de capacité du tribunal d'arbitrer et même sur son inexistence, etc., devrait être reflété par des dispositions mieux ajustées dans le projet de résolution.

VI. — *Observations particulières sur chaque article du projet de résolution :*

Article premier

Je suis d'accord que l'arbitre doit respecter « l'ordre public international » ("norms of international public policy" dans le texte du 13 juillet 1987, qui est meilleur, sans être parfait, que la version du texte du 17 mars 1983 : "requirements of truly international public policy").

Mais qu'entendez-vous par "peremptory" norms ? Mon anglais est trop

faible pour pouvoir me rendre bien compte de ce que vous visez là. S'agit-il des « normes impératives » relevant du "*jus cogens*" ? Je n'ai personnellement aucune difficulté à vous suivre pour cette référence. Je crains toutefois que d'autres collègues soient plus réticents à l'égard de cette notion.

Quant à la référence à la « déclaration universelle des droits de l'homme », elle ne me paraît ni nécessaire, ni utile, ni même pertinente. Il faut la supprimer.

Et qu'est-ce que les "*quasi-universally accepted standards of morality*" ? La formule est trop vague. Notre texte doit être rigoureux dans sa normativité. Il convient de supprimer cette référence aussi.

Article 2

Je suis d'accord avec votre formulation. Mais il conviendrait de tenir compte de la juste observation de M. Schwebel.

Quant à la terminologie, je souhaiterais que l'on évite le mot « transaction », tant en anglais qu'en français, car il possède plusieurs sens différents (au moins en français).

Article 3

La vieille et toujours vivante théorie de la "*Kompetenz-Kompetenz*" ne rend pas assez compte parfois de certaines situations prenant l'aspect d'un cercle vicieux. C'est le cas en particulier lorsqu'une partie invoque non pas l'*incompétence* quant au fond du litige, ou l'*incompétence* dans le cadre de questions de procédure, ou l'*incompétence* tirée de la composition alléguée comme défectueuse ou contestable, mais bien une toute autre question beaucoup plus « radicale », celle de l'inexistence juridique alléguée de la juridiction arbitrale (voir mes observations générales ci-dessus).

Article 4

Votre article 4 du projet du 13 juillet constitue un développement de votre ancien article 2, alinéa c) du 17 mars. Il contient une norme acceptable dans la généralité des cas qui se présenteraient de cette manière. Toutefois ce n'est vrai que quand, au point de départ, la clause arbitrale existe et est valide tout autant que l'accord des parties lui-même et que le Tribunal lui aussi existe régulièrement. Je vous renvoie à mes observations générales concernant certains « tribunaux arbitraux fantômes » ainsi qu'à mes remarques ci-dessus sur votre projet d'article 3.

Article 6

Voir mes observations générales ci-dessus. Je ne suis pas certain que nous devions traiter du droit applicable dans le projet de résolution, surtout s'il s'agit du droit applicable quant au fond. Voir aussi mes observations générales sur la question de « l'ordre public international ».

Article 9

Ceci est valable pour l'immunité de juridiction. Je suis plus hésitant pour

l'immunité d'exécution, même si cela paraît une attitude illogique de l'Etat qui a accepté la clause d'arbitrage. Voir mes observations générales ci-dessus.

Articles 12 à 15 - Article 16

Comme je l'ai dit dans mes observations générales, ces articles sont descriptifs et nullement normatifs. Certains détails importants me paraissent au surplus douteux.

VII. — Réponses à votre questionnaire du 14 avril 1987 :

1) Oui, votre quatrième considérant contenu dans le projet est bon et réaliste. Mais il ne suffit pas. Il faut en reprendre la substance dans une règle à insérer dans le corps du projet.

2) Je n'ai d'objection à aucun de vos considérants, sauf que le dernier considérant, qui annonce votre plan en trois parties, doit être remanié. Ce plan est un peu artificiel quoiqu'il paraisse réaliste au départ :

a) la « *pratique arbitrale* »

est la partie la plus longue, la plus étoffée et la plus importante ;

b) les « *positions des juridictions nationales* »

sont rappelées en termes généraux. Une résolution essaie d'être normative. Ici elle est descriptive ou narrative ;

c) les « *conséquences des positions des juridictions nationales sur la pratique arbitrale* »

se réduisent à un seul article. J'ai quelque peine à le comprendre dans la forme et à le justifier sur le fond.

3) Mes quelques réserves sur certains articles ont été indiquées tant dans ma partie générale que dans l'examen de chaque article.

4) Je pense beaucoup de bien de votre rapport qui m'a paru complet et bien architecturé. Je regrette cependant que la richesse et les nuances du rapport n'aient pas toutes été reflétées dans le projet de résolution.

5) Oui, on pourrait au moins écarter peut-être la question du droit applicable au fond du litige (la "substantive law"). On peut aussi réserver la question de l'immunité d'exécution de l'Etat.

6) Je ne vois pas d'autres questions à ajouter. Je voudrais plutôt que l'on précise mieux celles qui n'ont été évoquées qu'allusivement.

3. Observations of Mr Christian Dominicé

Genève, le 17 août 1987

Mon cher confrère,

C'est avec un vif intérêt que j'ai pris connaissance des versions successives du projet provisoire de résolution que vous avez fait parvenir aux membres de la XVIII^e Commission.

Tout en vous priant de m'excuser de n'avoir pas été en mesure de le faire plus rapidement, je vous adresse quelques brèves observations, qui se réfèrent au texte du 13 juillet 1987, et ne voudrais pas manquer, au préalable, de vous féliciter pour l'important travail que vous avez accompli.

I. — Préambule

1. Le 4^e *considérant* (et c'est aussi le cas du 7^e) se réfère aux « transactions » où l'une des parties est un Etat. Cela pose le problème du domaine d'application de nos travaux et de la résolution. Peut-être avons-nous de bonnes raisons de nous limiter aux arbitrages portant sur une relation contractuelle et fondés sur une clause d'arbitrage figurant dans le contrat. Notre sujet, qui mentionne les « entreprises étrangères » et non pas n'importe quelle personne privée étrangère, peut déjà nous y inciter. De plus, on peut admettre que, sur certains points, des arbitrages assis sur des bases différentes (ainsi, par exemple, l'arbitrage entre la France et l'organisation Greenpeace), ou fondés sur un accord interétatique créant pour un particulier la possibilité de faire arbitrer son différend avec un Etat étranger, présentent des traits spécifiques. Quoi qu'il en soit, il me paraît souhaitable que l'objet de la Résolution soit clairement énoncé, sans préjudice des questions qu'elle ne prétend pas aborder.

2. Au demeurant, je pense, que même limitée aux arbitrages fondés sur une clause arbitrale contenue dans un contrat qui est à l'origine du différend, notre Résolution fait surgir une question qui me paraît importante. Il s'agit de savoir si tous les principes énoncés dans une telle Résolution sont également valables aussi bien lorsqu'il s'agit d'un contrat commercial ordinaire entre un Etat et une entreprise étrangère que lorsqu'on est en présence d'un contrat d'Etat, singulièrement d'un tel contrat « couvert » par un traité interétatique, par exemple la Convention de Washington de 1965, ou un traité bilatéral d'encouragement et de protection des investissements. Un tel encadrement de droit international public est susceptible d'imposer des limites spécifiques à l'autonomie des parties en matière de procédure, ou à la compétence des tribunaux nationaux pour se saisir de litiges relatifs à l'arbitrage.

3. Enfin, je pense, en ce qui concerne le *considérant* n° 5 ("Whereas differing views...") que s'il s'agit d'une simple constatation elle n'a guère d'utilité, alors qu'elle est susceptible de créer des malentendus.

II. — Articles

1. Article 1^{er}

La troisième phase ne me paraît guère satisfaisante. Peut-être faudrait-il se référer simplement à l'ordre public réellement international. C'est cependant un autre point que j'aimerais soulever.

Dans l'hypothèse où la clause d'arbitrage figure dans un contrat d'Etat « couvert » par un traité interétatique, que se passe-t-il si cette clause contient des éléments qui ne sont pas conformes aux dispositions du traité? Quel est, à cet égard, le rôle des arbitres? Les règles du droit international conventionnel (et non pas seulement les principes d'ordre public) ne s'imposent-elles pas à eux?

Peut-être y a-t-il lieu d'examiner cette question dans le contexte plus général du problème de la validité de la clause d'arbitrage, mais il s'agit de savoir si nous voulons aborder ce problème (par exemple, l'article 5 de la Résolution d'Amsterdam me paraît inadapté aux contrats d'Etat).

2. Article 6

Il me paraît peu judicieux de traiter dans le même article la question de la *procédure*, et celle des règles de droit applicables au *fond du litige*. Dans une Résolution sur l'arbitrage, à tout le moins une disposition spécifique doit-elle être consacrée à la seule question de la procédure. Quant aux règles gouvernant le fond du litige, si tant est qu'il soit jugé utile d'y faire allusion, il y aurait avantage à ne pas s'écarter des termes de la Résolution d'Athènes.

3. Article 9

Je pense que la question de l'immunité d'exécution doit être distinguée des problèmes d'immunité de juridiction, et j'estime en outre, puisqu'il s'agit ici des *pouvoirs des tribunaux nationaux*, que le problème de leur compétence pour trancher des litiges relatifs à l'arbitrage (décisions partielles ou incidentes, incidents de procédure, etc...) se pose en termes spécifiques lorsqu'il s'agit d'un arbitrage prenant appui sur le droit international public, tel un arbitrage C.I.R.D.I., car il me paraît qu'ils ne sont pas compétents dans de telles situations. Il ne s'agit cependant pas d'un problème d'immunité de juridiction.

4. Article 11

J'estime comme vous que des demandes ou prétentions dérivées du droit international public sont parfaitement susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage du type envisagé ici. Je me demande cependant si, telle qu'elle est rédigée, cette disposition ne fait pas surgir plus de problèmes qu'elle n'en résoud, et j'incline à y renoncer.

Je suis certain que la discussion que notre Commission aura prochainement au Caire sera particulièrement intéressante. Je me réjouis de vous revoir et vous adresse, mon cher confrère, mes très cordiaux messages.

Professeur Christian Dominicé

4. Observations of Mr Berthold Goldman

Paris, les 6 et 22 juillet 1987

Paris, le 6 juillet 1987

Mon cher confrère,

C'est avec un inadmissible retard que je viens vous faire part de quelques observations, bien sommaires, sur les projets de résolution [5 June 1987 version] et de rapport [5 June 1987 version] que vous avez préparés, avec notre confrère Jimenez de Arechaga, sur le sujet confié à la XVIII^e Commission de l'Institut; et c'est avec un retard encore plus inadmissible que je vous dis la grande satisfaction que j'ai éprouvée en constatant que vous suggériez à l'Institut de prendre une position largement ouverte sur les besoins des rapports économiques internationaux, sur la place primordiale qu'y doivent tenir la bonne foi et la commune volonté des parties, et sur la fonction de l'arbitrage dans le règlement des litiges qu'ils font naître. Point n'est besoin d'ajouter que je vous félicite d'avoir exposé tout cela et d'en déduire les conséquences avec une grande et constante fermeté de pensée — je devrais dire *presque* constante, pour une raison qui apparaîtra dans l'une des observations qui suivent.

La date à laquelle je vous envoie celles-ci fait que vous n'en pourrez bien entendu pas tenir compte dans la rédaction même des projets que notre Commission discutera au Caire; si je vous les présente cependant, c'est parce que par une lettre du 19 juin dernier, notre Secrétaire Général m'y a invité, et aussi parce que ne pouvant, à mon vif regret, me rendre au Caire, elles pourront tenir lieu des observations orales que j'aurais faites au cours des réunions de la Commission. Je vous demande donc d'avoir la bonté de les considérer comme telles, ce qui me fera peut-être pardonner leur caractère insuffisamment approfondi.

I. — Je voudrais faire d'abord trois remarques préliminaires et générales.

1. Comme d'autres confrères l'ont déjà fait observer, et comme il arrive le plus souvent — et inévitablement — avec les sujets étudiés par l'Institut, la délimitation de celui que vous traitez ne va pas sans difficultés.

a) Il peut être malaisé, d'abord, de dégager la spécificité de l'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères, à l'intérieur de la notion et du domaine plus vastes de l'arbitrage commercial international.

Il en résulte que certaines de vos propositions devraient s'appliquer à tout arbitrage de cette nature, se déroulant-il même exclusivement entre des entreprises privées : tel est le cas, par exemple, de l'autonomie (*severability*) de la convention d'arbitrage et de la validité ainsi que la consécration, comme principe de droit international, de la *Kompetenz-Kompetenz*; de la très large liberté des parties quant au choix de la loi (au sens anglais de *law*) applicable tant à la procédure qu'au fond.

D'autres questions, cependant, sont bien évidemment spécifiques : il en est ainsi, par exemple, de l'immunité de juridiction.

Il reste de toute manière parfaitement utile de rappeler, dans une Résolution concernant les arbitrages commerciaux internationaux où l'une des parties est un Etat ou une entité dépendant, d'une manière ou d'une autre, d'un Etat, les principes, même communs à tout arbitrage commercial international : la qualité de la partie étatique pourrait en effet avoir pour conséquence que leur applicabilité soit contestée — et elle l'a effectivement été dans des arbitrages bien connus.

Peut-être simplement cette remarque pourrait-elle entraîner, non pas la suppression du quatrième considérant, mais la modification de sa rédaction : j'y reviendrai.

b) Un second « conflit de frontières », également déjà signalé, pourrait être découvert entre notre sujet et celui de la loi applicable aux contrats entre Etats et entreprises privées, qui a fait l'objet de la Résolution d'Athènes.

Ici encore, cependant, je n'en déduirai pas, pour ma part, qu'il faille éliminer de la Résolution et du rapport tout ce qui concerne la loi applicable au fond — bien au contraire. La conception que vous proposez de la liberté de choix des parties, en permettant à celles-ci de désigner, non seulement une loi étatique interne, mais aussi les principes du droit international, les principes généraux du droit et la *lex mercatoria* trouve sa place, par excellence, dans l'arbitrage commercial international ; elle rencontre en effet de sérieuses résistances de la part des juridictions étatiques de certains pays, en tout cas des pays socialistes, et peut-être aussi d'Angleterre (je n'ose pas me prononcer pour les Etats-Unis). Il est bon, par conséquent, de l'intégrer dans une Résolution et un rapport sur l'arbitrage commercial international ; et bien qu'elle ne soit pas véritablement spécifique à l'arbitrage dans lequel l'une des parties est un Etat (encore que la question pourrait se poser pour la référence aux principes du droit international, si celui-ci était entendu comme droit international *public*, dans la terminologie française), il est nécessaire et légitime de l'exprimer dans ce cadre, parce que ce sont la plupart du temps les Etats qui, après avoir accepté des clauses de loi applicable de ce type, tentent d'y échapper ou d'en limiter le plus possible l'application.

2. Je ne suis pas sûr que la Section B du projet de résolution ("National Court Views", art. 10 à 13) doive être maintenue.

Les textes qu'elle comprend ne concernent en effet pas l'arbitrage international, *considéré au niveau de la société internationale*. Sans doute sont-ils purement descriptifs ; mais même ainsi, je me demande s'il n'y aurait pas un certain danger à les incorporer dans une Résolution de l'Institut, car certains pourraient y voir une approbation de ces attitudes nationales, ce qui ne me paraîtrait pas souhaitable.

Pour autant, je ne suggérerais pas la suppression de l'article 14, qui reste fort utile, et auquel je me rallie sans hésiter ; d'autre part, la Section III du projet de Rapport provisoire ("Limitations and Requirements Imposed By

National Legal Orders...") resterait substantiellement utile, car elle éclaire précisément la disposition de l'article 14.

3. J'ai constaté que dans le projet de rapport du 7 juin dernier, le qualificatif « international » (pour l'arbitrage) a été systématiquement mis entre parenthèses, et remplacé par "*non-domestic*" en caractères gras ; et si j'en juge par votre Memorandum du 8 juin, c'est "*non-domestic*" qui est actuellement proposé.

Je ne crois pas que la nouvelle terminologie soit préférable à la précédente — bien au contraire. Un arbitrage "*non-domestic*" peut être un arbitrage *étranger* (par rapport à l'ordre juridique national avec lequel il entre en contact), et à vrai dire, le terme ne devrait s'appliquer qu'à un tel arbitrage. Il est vrai que l'arbitrage entre un Etat et une entreprise étrangère à cet Etat est nécessairement international ; mais pourquoi, précisément, ne pas le qualifier ainsi, de manière à souligner qu'il se « détache » des ordres juridiques nationaux (à cet égard, je me rallie tout à fait à l'emploi du terme "*delocalized*") ?

II. — Votre Questionnaire du 14 avril 1987

Question 1

Tenant compte de ma première remarque générale (ci-dessus), je pense que le quatrième considérant doit être maintenu, mais sa rédaction modifiée.

En français, j'ajouterais après le texte actuel :

« que certains de ces principes sont propres à l'arbitrage commercial international relatif à des opérations ("*transactions*") dans lesquelles l'une des parties agit en qualité de souverain ("*in a sovereign capacity*"), et qu'il importe en outre de rappeler la nécessité d'appliquer, dans un tel arbitrage, les principes communs à l'arbitrage commercial international en général ».

J'ajoute que la formule "*transactions in which one party acted in a sovereign capacity*" n'est peut-être pas la meilleure : la question de savoir si dans les contrats dont il s'agit l'Etat agit *jure imperii* ou *jure gestionis* est en effet fort débattue, et de toute manière, une entité dépendant de l'Etat, mais ayant la forme juridique d'une société n'agit normalement pas *jure imperii* (sauf, éventuellement, par représentation de l'Etat). Ne serait-il pas plus simple de dire : "*transactions in which one party is a State, a state enterprise or a state entity*", sans ajouter "*acting in a sovereign capacity*" ?

Cette remarque vaudrait, évidemment, pour l'ensemble des considérants et des articles de la Résolution ; mais peut-être ne tient-elle pas compte des "*Terms of Reference*" de la Commission, ou de discussions antérieures.

Question 2

Il va de soi que si la Commission suivait ma suggestion tendant à éliminer la section B du projet de Résolution, la seconde partie du 7^e alinéa du Préambule ("Noting, firstly...") devrait disparaître (à partir de : "and, secondly...").

Question 3

J'ai des réserves au sujet des dispositions suivantes du projet de Résolution :

a) Article 2, d, dernière phrase.

Je comprends fort bien l'intérêt pratique du pouvoir qui serait conféré au président du tribunal arbitral, ou à ses deux co-arbitres, de décider que le remplacement d'un arbitre qui fait de l'obstruction ou cesse d'accomplir sa mission n'est pas souhaitable. Mais je crains qu'à défaut de ce remplacement, la régularité de la constitution du tribunal arbitral puisse être facilement contestée, ce qui conduirait à l'annulation ou (en particulier selon la Convention de New York) au refus d'exequatur de la sentence. A tout le moins faudrait-il préciser que ce non-remplacement ne peut intervenir que s'il a été prévu dans la convention d'arbitrage ⁽¹⁾.

b) Article 3

Je pense qu'il faudrait ajouter, parmi les sources de droit auxquelles les parties peuvent se référer, en ce qui concerne la *procédure*, les règlements internationaux d'arbitrage (comme par exemple C.N.U.D.C.I., A.A.A., L.C.I.A., C.C.I.).

c) Article 5

L'idée que des litiges relatifs à des amendes et pénalités puissent être soumis à arbitrage me paraît étrange et peu pratique.

Au cas où la Commission s'y rallierait, je souhaiterais, à tout le moins, qu'il fût très clairement prévu que cette soumission à l'arbitrage devrait résulter d'une convention expresse, sans possibilité d'interprétation ni d'application par analogie.

d) Article 7

Cette disposition m'inquiète beaucoup ; elle est le principal objet de mon désaccord avec le projet, et à vrai dire, le seul objet d'un désaccord grave.

Je pense en effet qu'il serait extrêmement dangereux d'admettre, comme point de départ, que les prétentions d'absence de pouvoir de contracter ou d'absence de capacité à se soumettre à l'arbitrage, émises par un Etat ou une entité étatique au nom de qui une convention d'arbitrage a été conclue,

(1) Dans ce même article 2-d, je ne comprends pas le sens, ni l'utilité du mot "or" à la fin de la 2^e ligne.

doivent être « considérées et résolues » (je suppose que c'est le sens de : "approached and resolved") par le tribunal arbitral selon la *lex causae*. C'est précisément, en effet, la *lex causae*, c'est-à-dire leur propre loi, souvent applicable quant au fond au contrat litigieux, ou comme leur « loi personnelle », que les Etats invoquent pour se dérober à la convention d'arbitrage : soit que leur loi leur interdise de soumettre à l'arbitrage tous contrats conclus par l'Etat ou une collectivité publique, soit qu'elle leur interdise de recourir à l'arbitrage au sujet de contrats « administratifs » ou « de droit public » (et on entre alors dans les interminables discussions sur la qualification du contrat comme « public » ou « privé ») ; soit que leur loi exige, pour qu'une convention d'arbitrage puisse être valablement conclue par l'Etat, l'approbation du conseil des ministres, voire du Parlement ; soit enfin, en prétendant que la personne physique qui a signé la convention d'arbitrage n'avait pas le pouvoir d'engager l'Etat ou l'entité étatique.

Les « correctifs » que le texte apporte ensuite me paraissent absolument insuffisants. Il est prévu en effet que les théories de l'apparence et de la représentation fonderaient le pouvoir ou la capacité, sauf si la *lex causae* en dispose autrement ; or, il sera souvent soutenu par l'Etat qu'il en est ainsi. De même, on prévoit que la *lex causae* contient le principe qu'un Etat peut être coupable de déni de justice s'il cherche à éviter ou à nier une obligation d'arbitrer en invoquant un défaut de pouvoir ou de capacité, mais là encore, ce principe pourrait, selon le texte, être exclu par les parties, et une telle exclusion pourrait bien être arrachée à une entreprise étrangère désirant à tout prix obtenir un contrat.

En réalité, ce n'est pas seulement la jurisprudence française (que le Conseil d'Etat a malheureusement « oubliée » dans l'affaire Disney), mais une jurisprudence arbitrale internationale de plus en plus ferme qui considère que la capacité (ou mieux, dans la terminologie française, l'*aptitude* de l'Etat à compromettre) est un principe de droit international (ou de la *lex mercatoria*) revêtant un caractère d'ordre public véritablement international, auquel il ne peut pas être contractuellement dérogé (2). A mon sens — et de l'avis de bien des arbitres et des auteurs — la seule restriction qui pourrait être apportée à cette validité de principe de la convention d'arbitrage concernerait le cas où celle-ci est signée par une personne n'en ayant manifestement pas le pouvoir : encore cette restriction ne devrait-elle être appliquée qu'en tenant compte de l'apparence créée et des exigences de la bonne foi.

Je suis dès lors contraint de dire qu'à mon avis, l'article 7 devrait être entièrement revu.

(2) v. BÖCKSTIEGEL, "Public Policy and Arbitrability", in *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, ICCA, Congress Series n° 3, pp. 177 s., 203 ; P. LALIVE, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", *ibid.*, pp. 257 s., 296 s.

Article 9

Est-il réellement nécessaire de donner des conseils aux parties, dans une Résolution de l'Institut ?

Question 4

a) *Rapport, par. 42 s.*

Je serais bien moins réservé que les rapporteurs quant au rôle de l'arbitre comme juge du commerce international, appelé à appliquer des principes généraux du droit des relations économiques internationales, même si les parties ne les ont pas expressément visées dans la clause de loi applicable (par exemple, l'obligation de négocier de bonne foi ou de minimiser le dommage).

Ce faisant, les arbitres ne se départissent pas, en réalité, de la commune volonté des parties. Par le seul fait de soumettre leur litige à un arbitrage commercial international, celles-ci consentent en effet que les principes généraux du droit du commerce international soient appliqués, soit en l'absence d'une loi étatique, soit pour compléter celle-ci, soit même pour l'écarter, si elle est contraire à l'ordre public véritablement international.

Au surplus, cette idée me paraît être exprimée, dans une certaine mesure, par les mots figurant en tête des articles 3 et 4 du projet de résolution ("Subject only to the requirements of truly international public policy..."). Mais j'aurais dû dire, en présentant des observations sur le projet de résolution, qu'il y aurait intérêt à y insérer un texte prévoyant qu'à défaut de choix de la loi applicable clairement exprimé par les parties, l'arbitre choisira lui-même les règles de droit applicables dans tout l'éventail offert aux parties (loi étatique, principes du droit international, principes généraux du droit, *lex mercatoria*) ; et que même en présence d'un choix fait par les parties, l'arbitre pourra puiser dans ces sources pour compléter ce choix, voire le contredire lorsque l'ordre public véritablement international l'exigerait.

b) *Rapport, par. 55 s. (Claims for taxes, claims for penalties).*

Je me réfère ici à ce que j'ai dit à propos de l'article 5 du projet de résolution : peut-être faudrait-il souligner davantage qu'un accord exprès des parties est indispensable pour que de tels litiges soient arbitrables, et que cette arbitrabilité ne peut jamais être fondée sur un accord implicite, ou sur une interprétation par analogie, ou extensive des termes de la convention d'arbitrage.

c) *Rapport, par. 73-74.*

Je me réfère ici à ce que j'ai dit au sujet de l'article 7 du projet de résolution.

Question 5

J'ai déjà dit que les questions faisant l'objet des articles 10 à 13 du projet de résolution ne devraient pas, à mon avis, être envisagées dans ce

document, et ne devraient l'être dans le rapport que pour illustrer concrètement le problème auquel répond l'article 14.

Question 6

Je ne pense pas que les projets de résolution et de rapport comportent des lacunes significatives (sauf le point, déjà signalé, du choix par l'arbitre lui-même de la loi applicable).

Veuillez croire, mon cher confrère, en l'assurance de ma fidèle amitié.

Berthold Goldman

Paris, le 22 juillet 1987

Mon cher confrère,

Je reçois à l'instant votre Memorandum du 13 juillet dernier et le projet de résolution modifié de la 18^e Commission.

Voici mes observations sur ce texte.

1. Je constate avec satisfaction que la « qualification » de l'Etat ou de l'entreprise d'Etat comme "acting in its sovereign capacity" a été supprimée (sauf à l'article 12, peut-être par mégarde); je vous avais dit, dans ma lettre du 6 juillet dernier, que je ne pensais pas que cette qualification dut être maintenue.

2. Je regrette en revanche que l'on ait remplacé, aux articles 1 et 6, "*truly international public order*", par "*international public order*" tout court.

Comme vous le savez, en effet, dans certains systèmes — et en particulier dans le système français — « l'ordre public international » est en réalité l'ordre public *national dans les relations internationales* : ce n'est pas la même chose que l'ordre public *véritablement* international, et pour ma part, je préférerais que dans l'arbitrage international, l'on se réfère à ce dernier.

3. Je suis tout à fait d'accord avec les articles 2 et 3.

4. Je suis toujours réservé à l'égard de la seconde phrase de l'article 5 (v. ma lettre du 6 juillet dernier, p. 6, au sujet de l'ancien article 2-d).

5. Je réitère mes réserves concernant l'article 8 (ancien article 5; v. ma lettre du 6 juillet dernier, p. 7).

6. L'article 10 est préférable à l'ancien article 7; il appelle cependant toujours, de ma part, les réserves que j'ai exprimées dans ma lettre du 6 juillet dernier (p. 7).

Veuillez croire, mon cher confrère, en l'assurance de ma fidèle amitié.

Berthold Goldman

5. Observations of Mr Georges van Hecke

Brussels, 7 July 1987

Dear Arthur,

Please excuse me for the delay in responding to your *Projet Provisoire* and *Questionnaire*.

I now have the benefit of your revised Draft Resolution of 8th June and of the comments of five members of the Commission.

Your work on this difficult subject has been very stimulating and I look forward to an interesting discussion in Cairo.

1. Let me start with questions 5 and 6 in the *Questionnaire* of 14 April.

As pointed out in my letter of 16 June 1986 I think the work of the Commission should be restricted to the problems that are specific to those arbitrations in which a State is a party. I see no need to restate propositions about private commercial arbitration generally. The plea of sovereign immunity and the lack of capacity are such specific problems. Also very specific is the problem created by the enactment by a State party to an arbitration of new laws intending to affect the arbitration; I share the view of our confrère Waelbroeck that these questions should be addressed.

2. The fourth (now fifth) "Whereas" raises an important question on which I feel some comment of a general nature is necessary.

To quote Rappe's words "das Schiedsgericht thront nicht über der Erde, es schwebt nicht in der Luft, es muss irgendwo landen, irgendwo erden" (5th ed. of *Internationales Privatrecht*, 1961, p. 557). Control by a national legal order is inevitable and not only in enforcement proceedings. The validity of an arbitration agreement can also be tested at the outset if proceedings are brought in a national court. Moreover support of a national legal order is sometimes needed e.g. in the case (considered in n° 16 of your Revised Report) of the refusal or inability of an arbitrator to participate in the proceedings.

Whichever be the law agreed upon by the parties, control by a national legal order is inevitable, as has been convincingly pointed out by Paul Lagarde in his contribution to the *Mélanges Goldman*.

This means that the "principles respecting the arbitrator's role and obligations" which you propose for adoption can only be understood as principles *de lege ferenda* which we would recommend for adoption to all national legal orders.

A consequence thereof is that I must express disagreement with your Article 14.

Another consequence is that in your Article 2 the words "or the governing law" should be inserted between "the parties" and "provide otherwise".

3. Another fundamental remark concerns the role and scope of the law agreed upon by the parties to govern their contract in general (*lex contractus*) and to govern the arbitration clause if different (*lex arbitrationis*).

In keeping with the Athens Resolution the *lex contractus* (and hence also the *lex arbitrationis*) can be « soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit, les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit » (article 2 of the Athens Resolution).

However, as was made clear by the title and the preamble (fourth paragraph) of the Athens Resolution, this freedom is restricted to the contractual matters proper and does not extend to eliminating « ordre public et... lois impératives ».

As has been aptly pointed out by our confrère Mann in his letter of 12th May (p. 5) an arbitration can raise questions of tortious liability or of title to property or of company law. The list can be lengthened with questions of anti-trust law, price control, etc...

All these questions can only be solved by applying a national law. Which national law is of course the problem. In that respect I have been interested by your reference to the "Draft Recommendations on the Law Applicable to International Contracts" discussed by Professor Lando. The fact that the ICC has dropped the proposal does not mean that the problem no longer exists.

For that reason I cannot agree with your Article 4.

Nor can I agree with your Article 5. With respect to arbitrability of a particular claim I submit that the rule proposed in article 5 of the Amsterdam Resolution (« Le pouvoir de compromettre est régi par la loi applicable au fond du litige ») is still valid. It has been confirmed by more recent careful scholarly discussion as found in Klein, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, p. 258-260, and in Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit I*, p. 316.

4. With respect to lack of capacity to arbitrate I would like to point to the difference existing between Anglo-American and continental rules of conflict. Whereas in Anglo-American law capacity is tested by the *lex causae*, as in your draft, in continental legal thinking capacity is a separate category part of personal status. This is recognized by Article 5.1. (a) of the New York Convention.

5. I do not understand what you mean by "truly international public policy". This needs some explanation.

6. Your articles 9 to 13 would, in my view, find a better place in the preamble.

I hope the above remarks may be useful and I look forward to our discussion in Cairo.

With best regards,

Yours,

G. van Hecke

6. Observations of Mr F.A. Mann

London, 12 May 1987

My dear colleagues,

I read your « *Projet provisoire de résolution* » [17 March 1987 version] and your « *Rapport provisoire* » [17 March 1987 version] with great interest and much appreciate the challenging character of your work. I regret to say, however, that I am to a very large extent in total disagreement with the views expressed and the suggestions made by you. I shall try to express my reasons as concisely as possible, but the general terms and the somewhat unusual nature of your questionnaire do not make my (or, indeed, the Commission's) task very easy.

I

I must begin with some general remarks.

It did not previously occur to me that, having discussed as recently as 1979 the law relating to contracts between States and aliens, the Institute intended to re-open the same framework of arbitration. Nor did I think that general problems of "international" arbitration such as arise every day and were dealt with in 1957 were within our remit. My understanding was (and is) that our task is confined to those specific matters which are liable to arise in and are peculiar to arbitrations between States and foreign enterprises, i.e. such matters as were discussed by me in the British Year Book of International Law 1967, 1 (reprinted in *Studies in International Law* (1973) p. 256) or more recently by our colleague Judge Schwebel in his book *International Arbitration: Three Salient Problems* (1987). Your understanding seems to be different and this widens the scope of your proposals to an extent which seems to me unacceptable and impractical.

Moreover your proposals seem to apply to all arbitrations between States and foreign enterprises, while I was under the impression that our terms of reference were confined to certain, admittedly ill circumscribed arbitrations of a very special character such as took place on perhaps ten occasions during the last 30 years and of which the *Aminoil* arbitration (International Law Reports 66, 518) or the case of *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises v. Yougoslavia* which came before the Swiss, Dutch and French courts and was finally disposed of by the Cour de Cassation on 18th November 1986 (Clunet 1987, 120) are perhaps the most recent examples. To apply your proposals to what I may describe as the ordinary arbitrations involving a State party would be quite unrealistic. These occur daily and arise out of contracts liable to be concluded by any trader such as charterparties (see, for instance, *Union of India v. E.B. Aaby Rederi*, (1975) A.C. 797 or *Alma Shipping Corporation v. Union of India*, (1971) 2 Lloyd's Rep. 494), contracts for the purchase or sale of commodities or leases of premises, to mention only a few obvious examples. It has never been doubted in practice that such arbi-

trations follow the general rules applicable in a given country and are in no way influenced by the fact that one party is a State. I am bound to suggest that no case has been made in favour of the proposition that in general principle arbitrations with States are in any way different from arbitrations between private persons. In fact this is an issue which you do not seem to address at all.

My third preliminary remark has reference to the conception of "delocalization" which does not occur in your draft Articles, but dominates your Report. I confess that I simply do not know what this means. Arbitrations take place on earth, in territories, in localities. They do not take place in a vacuum. We are not even concerned with arbitrations between States which take place on the level of public international law. Arbitrations arising from State contracts are necessarily and inevitably subject to some local sovereign. Therefore the "jurisdictional theory" to which you refer from time to time (see, e.g., paragraph 18 of your Provisional Report) and which you condemn or, as many prefer to put it, the judicial character of arbitration is a self-evident reality. I fear that, when you speak of "delocalization" you mean something like "delegalization", the rejection of the control of law. If, as I fear, this is a correct interpretation, the disagreement is fundamental and almost of a philosophical character.

My fears in this respect are increased by the answer which you give to your introductory question: "Why is international commercial arbitration widely used today?". All the answers which you give seem unobjectionable, but you fail to make a point of capital importance. More than 50 years of very intensive and extensive practical experience have taught me that, when parties embark upon arbitration proceedings (as opposed to: when they conclude an arbitration agreement), they want to win and want to be told with what degree of likelihood they will win. In other words, they want to know the *law*. They are not in the least bit interested in what you seem to understand by "delocalization". Nor are they interested in compromise solutions. On the contrary, they regard any tendency on the part of the arbitrators to adopt such solutions as a sign of weakness. In other words, they expect a judicial decision arrived at after a judicial process.

II

I now turn to your questionnaire.

1. I disagree with what you describe as "the fourth Whereas". Arbitrations between States and foreign private parties (a much wider term than foreign enterprises) in my view are not nor can they be subject to principles other than those of a national order both in respect of procedure and substantive law (between which you do not seem to distinguish). No legal order I believe accepts any such difference. If differences exist, they exist by virtue of and as a result of and to the extent allowed by the law. The difference is certainly unknown to the New York Convention and I can assure you that parties would be horrified if they had to be told that it does exist.

2. You ask for objections to other "Whereases". I assume this includes the sixth paragraph starting with "Stressing". Here you equiparate State enterprises and State entities with States. You thus raise a new, distinct and far-reaching problem which I think is outside our terms of reference and certainly requires separate and deep reflection. As you may know from a recent publication, I have much sympathy with your approach, but the problem is too grave to permit the Institute under the guise of arbitration to commit itself to the solution of a general problem, which may have manifold repercussions.

3. I can ignore your third and fourth question, because I shall deal with each Article of the draft Resolution separately. As to question 5, I have dealt with this, but repeat that, in particular, the applicable law in my view should not be taken up again. In regard to question 6, I think the failure to appoint an arbitrator, the withdrawal of an arbitrator, denial of justice or the problem of provisional measures recently raised by two decisions of the Cour de Cassation (4 February 1986, Rev. Crit. 1986, 718, note Pierre Mayer or Clunet 1987, 112 note Jacquet and 18 November 1986, Clunet 1987, 125 note Gaillard) deserve attention.

III

I now proceed to comment on your draft Articles.

Article 1: Here you speak for the first time of "truly international public policy". I do not know what this expression is intended to mean nor do you explain it. If you should suggest that arbitrators can disregard public policy as such then I must respectfully disagree. There is not a single legal system of municipal law nor any international treaty which confers such power upon arbitrators. Article V (2) (b) of the New York Convention proves my point. It would surely be wrong for the Institute to adopt a solution which has no realistic basis in the actual world. We know, of course, that in private international law ordre public international is to be distinguished from ordre public, but you seem to have something different in mind, as you indicate by the word "truly".

Article 2: As to (a) I agree with the principle, but this may not be in line with the relevant legal system nor with the New York Convention (Article V (1) a) and we should therefore confine ourselves to a recommendation. But I also have grave doubt about the proposal in cases in which the existence of the arbitration clause is in issue. Suppose it is said that the signature is forged. Should a long and expensive arbitration be held merely in order to have the issue of forgery re-tried after award in the course of enforcement proceedings or in proceedings for the setting aside of the award?

As to (b), it is generally said that arbitrators have *Kompetenz-Kompetenz*. But as you recognise in paragraph 14 of the Report, this is a deceptive

formulation. I must ask again: should parties be compelled to complete the arbitration, when it is clear that the issue will ultimately be decided in judicial proceedings? Would arbitrators not be more prudent if they ordered the objecting party to bring proceedings for a declaration and if they treated the failure to do so as waiver?

As to (c), I take it that "stay" means "suspend" and entirely agree. But what about the failure to appoint an arbitrator at all or the withdrawal of an arbitrator? The first case is being solved in a manner of which you probably disapprove, i.e. by the intervention of the court (see s. 10 of Arbitration 1950 in England, ss. 1029 and 1031 of the German Code of Civil Procedure, Art. 12 and 23 of the Swiss Concordat etc.). Withdrawal by order of the State is not uncommon and should be specifically dealt with. In paragraph 16 of your Provisional Report you suggest that obstruction "can be viewed as resignation". But will it be so viewed by the relevant party or the appointing authority? And who decides about the existence of obstruction? From practical experience I can tell you that this is an immense problem.

Article 3: I suggest that parties cannot and do not have the unrestricted autonomy which you wish to confer upon them.

As to procedure, can the parties agree that arbitrators should be precluded from raising *proprio motu* any question, whether of fact or law? Can arbitrators be precluded from requiring expert evidence? Can arbitrators sitting in Germany be empowered to administer oaths? In many countries it is a matter of public policy that no single party may appoint all or the majority of arbitrators or that a party may not appoint its own agent (such as a director of a company which is a party) and similar decisions guarantee the impartiality and independence of the arbitrators. Such rules are of special importance in arbitrations with States. Should the parties really be allowed to discard them?

I agree, of course, that the parties have the right to choose the law governing their contract. But you seem to wish to extend that power. If in the course of the arbitration a question of tortious liability or of title to property or of company law arises, can (and will) the parties choose any system of law for the decision? I doubt it.

But the paramount principle not mentioned by you should be that arbitrators have to apply the law agreed upon by the parties. This should be strongly stressed.

On the other hand you do mention *lex mercatoria*, apparently as a law upon which parties may expressly agree. If this is meant it should be made clearer in the text. Your sub-heading (2) is liable to be understood in the sense that general principles or the *lex mercatoria* may be applied by arbitrators independently of the parties' express authorisation and of whether or not they are allowed to act as *amiables compositeurs*.

Article 4: I disagree for the reasons mentioned above. In particular I

disagree with the reference to « lois d'application immédiate », an unfortunate expression which its author has abandoned (see Batiffol-Lagarde, *Droit International Privé*, 7th ed., paragraph 251, footnote 251) and which simply means what Savigny (section 349, pp. 32, 33) described as the positive function of public policy.

Article 5: I regret to have to disagree. These are matters of public policy of the highest order. Could arbitrators be authorised to make a bankruptcy order against a foreign enterprise? As regards fines and penalties which, somewhat surprisingly, you introduce it is the arbitrators' duty to render an enforceable and effective award. Since the award of taxes or fines would be as unenforceable as judgments of the same effect (on this see, e.g., Supreme Court of Canada, in *United States of America v. Harden*, (1963) S.C. 366 or *Her Majesty The Queen in Right of British Columbia v. Gilbertson*, 597 F. 2d 1161 (1979), such public rights are not arbitrable. The reason for this universally practised rule is again one of high public policy. Why the unfortunate private party should be exposed to arbitration proceedings which are bound to be without effect outside the plaintiff State is mysterious and can only create great injustice and hardship.

Article 6: I would have preferred a short formula to the effect that an arbitration clause implies a waiver of immunity in regard to arbitration, enforcement proceedings and execution, though the last consequence is not in accordance with the general law.

No immunity has ever been claimed for enterprises or entities.

Article 7: Here you equiparate lack of authority and incapacity. As regards the former I can agree, though the formulation should be: "under the law governing the agreement". (A law is not always "stipulated", certainly not in "the arbitration clause").

As regards incapacity, this is a very serious problem which I do not wish to discuss again.

Article 8: It is probable that we hold the same views and that there exists only a problem of formulation. The essentials of the Athens formula seem to me preferable if (which I doubt) we should deal with the subject again.

Article 9: This is recommendation which in the light of the Athens resolution should be omitted and is unnecessary in any event.

Article 10: I suggest that this be omitted.

Article 11: The same comment applies.

Article 12: Again: omit.

Article 13: Omit.

Article 14: I would omit this, but in any case disagree. I repeat: to render

an enforceable award is the primary duty of arbitrators and it should be unnecessary and could be most embarrassing if a party had to remind arbitrators of it. The New York Convention is almost universally applicable and should provide the standard.

IV

I should now deal with your Provisional Report, but my principal objections have, I hope, been made clear and need not be repeated. I therefore confine myself to a few, perhaps somewhat disjointed remarks.

1. In Part A comprising paragraphs 6 to 27 you have adopted peculiarly French theories and developments which to a large extent have not yet been shaped by judicial practice and are certainly alien to many other countries. You overlook that courts are needed not only to control, but also and in particular to support arbitrations in many different respects. The rules of private organisations to which you refer are, of course, subject to the local law and, moreover, your extracts in paragraphs 25 and 26 do not do more than to express the arbitrator's duty to apply the law chosen by the parties.

2. In paragraphs 31 to 51 you deal with the applicable law. You make the statement, *inter alia*, that international arbitrators are required "in certain circumstances to apply rules and principles of law inconsistent with party directions respecting the applicable law" (paragraph 40). I strongly disagree. It is the primary duty of arbitrators to apply the law expressly or impliedly chosen by the parties (including its mandatory rules and public policy) and in a very limited number of cases to give effect to the public policy of the *lex arbitri*, i.e. the law of the country in which the tribunal has its seat. Nothing can derogate from this overriding duty and any other rule would be a most dangerous distortion of the parties' intentions.

3. In paragraphs 52 to 68 you discuss taxes and fines, — a problem which has never arisen in arbitral practice, the discussion of which involves far-reaching repercussions and which you yourself would seem to render arbitrable only where there is a specific reference (see paragraphs 63 and 68) such as has never yet occurred. Your reference to *Aminoil* is not in point, because in assessing the damages claimed by the plaintiff credit had, of course, to be given for taxes unpaid or payable, — a wholly different case, as you well know.

4. Under the heading of "public international law issues" you address four different points.

(a) As to immunity see my comment on Article 6.

(b) Lack of capacity is not a problem of international law. It is, however, a serious and difficult problem. I find it impossible to see why a State which cannot submit to arbitration, but whose

official has, perhaps inadvertently, signed an arbitration clause, should be precluded from raising the point.

(d) Lack of authority again does not arise from international law nor is it in any way peculiar to State contracts. I suggest the general rules should apply.

(e) Finally you raise the question whether a State and an alien can submit a point of State responsibility to arbitration. I agree that there is power to do so, but in practice it will never happen, because the alien cannot deprive his national State of its independent right and therefore, in the absence of the latter State's consent, no State will submit to arbitration with the private party alone.

5. In paragraphs 79 to 88 you revert to the influence of municipal legal systems.

I read with surprise your statement (paragraph 81) that "until well into the 20th century national legal orders quite generally took the position that they would not assist the arbitral process". It would interest me to learn about the legal orders which you have in mind. I am unaware of them.

The suggestion in paragraph 85 that "arbitration is ambulatory by nature" is in my experience not in line with realities. Every arbitration has its centre or seat, frequently fixed by the parties or by the institution to which they have submitted, and that locality's mandatory law of procedure and its public policy will have to be observed in order to safeguard the effectiveness of the award. Perhaps in these paragraphs you are inclined to agree.

I suggest that *Garrity v. Lyle Stuart* is quite irrelevant. It holds that in arbitration proceedings an author cannot claim from his publisher punitive damages for breach of a publishing contract. This is a purely American point, for in no other country can punitive damages be claimed for breach of contract. In fact it is strongly arguable that the award of such damages is contrary to public policy in countries other than the United States.

6. Finally I suggest that your paragraphs 89 to 95 deal with matters which are in no sense peculiar to arbitration with States. As a minimum arbitrators must render an award that is enforceable under the New York Convention. In the unlikely event of a country being involved which is not a Party to that Convention special and additional considerations may be applicable. These are the practical points for the decision of which one need not inquire whether or no "the jurisdiction theory" applies.

I apologize for the length of my observations and can only hope that you will find them helpful. They are certainly meant to be a tribute to your efforts.

Yours sincerely,

F.A. Mann

7. Observations of Mr Fouad A. Riad

Cairo, 9 April 1987

Dear Arthur,

It is with great interest that I read your revised "projet provisoire de resolution" as well as your "rapport provisoire" of March 17th 1987 which I received this week.

I would like to express to you my sincere congratulations for this achievement in which you took in consideration many of the points raised in our previous debates and comments.

I am indeed looking forward to the future meetings of our 18th commission in Cairo this coming september in which, I trust, we will have a full exchange of views on the principles contained both in the revised projet and the "rapport provisoire". I take the liberty, however, to convey to you certain preliminary observations stemming from a first reading of the revised projet and rapport.

1. — My main observation relates to the spirit of the projet as could be detected from articles 3, 4 and 5. The projet aspires apparently to create an instrument of an international or even supra-national character for the settlement of disputes between states and foreign enterprises, unbound by national rules. The projet confers on this instrument — ie arbitration — prerogatives susceptible of inducing some states to reconsider participating in this form of settlement of their disputes with foreign enterprises. I refer in particular to article 4 which stipulates that "...the parties are free to exclude the application of public policies and of rules of law — e.g. lois de police and lois d'application immediate — that might be applied in the circumstances by a national system of private international law". In the present stage of international intercourse it seems to me premature to dispossess national legal systems of the necessary protection which public policies secure them. Though according to article 4, the exclusion of the application of the national public policy by the arbitral tribunal is contingent on the parties agreement, the fact still remains that the weak party might have no alternative but to reluctantly accept the terms imposed by the stronger. The history of arbitration in a number of developing countries, — who happen not to be the stronger party — illustrates this fact.

I am fully aware of the importance of the projet's attempt to create such an international or supra-national forum to settle disputes between states and foreign enterprises. The achievement of this scheme requires that states first accept without reservation arbitration as a substitute to national jurisdiction for the settlement of such disputes. By allowing arbitral tribunals to disregard "public policies" and "lois de police", even those of the state party to the arbitration agreement or of the state to which the dispute has a closest link, our « projet provisoire de résolution » might be defeating its

own purpose owing to the threat of infringement which this proposition implies, not only on the state's legislative sovereignty, but also on their basic legal foundations.

2. — I do concur, on the other hand, with the proposition concerning pleas of sovereign immunity (art. 6 of the "projet provisoire de résolution"). It is indeed appropriate to reaffirm the undisputed principle according to which such pleas "are not accepted respecting issues covered by an arbitration clause agreed to by the state or one of its enterprises or entities". I suggest, however, that the affirmation should be particularly addressed to pleas of immunity from execution and indicate which state property enjoy such immunity. It may perhaps be useful to consider also the thorny problem of enforcement of arbitral awards rendered against a state on the assets of its public enterprises and vice versa, and indicate whether and according to which criterion state enterprises could be identified with the state itself for that purpose. May I refer in this regard to the criterion suggested in my previous comments on your preliminary report according to which state enterprises could be identified with the state itself and considered together as one entity in international transactions: State owned or controlled enterprises should be identified with the state itself and regarded in international transactions as constituting one entity if they are organically linked with the state and assuming one of its functions, and this regardless of the fact that they have an independent legal personality. As to state enterprises who do not fall in this category the fact that they enjoy an independent legal personality should allow treating them as a separate entity from the state.

3. — I also agree in principle with the statement in article 7 paragraph 2 which reads "...accordingly doctrines of apparent authority or authority based on representation may apply and result in a finding of authority or capacity even though the defense raised would be absolute under the state's own law". But article 7 paragraph 2 refers to these "doctrines" only as an eventual consequence of the rule announced in the first paragraph of the same article according to which claims of such lack of authority or capacity "are approached and resolved by the arbitral tribunal under the law stipulated in the arbitration clause". In my opinion these "doctrines" are worthy of being affirmed by the projet as a general principle of law. In fact the principle of apparent capacity and apparent authority is being applied in its own right by arbitral tribunals and not as a consequence of the application of the law stipulated in the arbitration clause. I believe it could be counted as a principle of "ordre public international" and "international morality" as it draws its legitimacy from the universal "*bona fide*" concept as well as that of "*venire contra factum proprium*" etc.

This principle should, therefore, in my submission be affirmed by the projet as the sole principle to be directly applied by the arbitrators in the case of claims of lack of authority or capacity of a state or one of its

entities or enterprises to contract or to arbitrate. It should not be referred to simply as a possible result of the application of the law stipulated in the arbitration clause. The first paragraph of article 7 should hence in my opinion be simply deleted and replaced by the second.

4. — In addition to the previous remarks, I believe it necessary to throw more light on one of the basic statements of your report according to which the state's juridical position in international arbitration "can only be that of equality" (see parag. 71) and that "the state in its quality as a party is for such a tribunal not an ultimate source of authority nor has the state an inherent claim to prerogatives that other parties do not enjoy" (parag. 70). If this remark strictly applies to the arbitration agreement as such and refers to the procedural position of the parties before the arbitrator, I have nothing to add except a request to specify that such statements are not addressed to the substantial position of the parties in the state contract itself submitted to arbitration. But if these categorical statements embrace this issue too, I propose that our commission give it further consideration in the coming discussions and include an examination of the nature of such contract as well as the extent of the powers of the state party to the contract and its prerogatives in as much as they affect the rights of the foreign party. Though I would have liked to express certain views on this basic issue, it might be premature to make any lengthy digression here as it is not clear whether the terms of reference for our commission include it.

With my best personal regards,

Fouad A. Riad

8. Observations of Mr François Rigaux

Louvain-la-Neuve, le 16 juillet 1987

1. Non. Mon désaccord porte sur deux points :

a) Il y a lieu de se mettre d'accord sur la portée d'une résolution de l'Institut. Elle ne peut, à mon sens, être que de « codifier » le droit en vigueur, quitte à le préciser sur certains points. Or, le "coherent body of principle" ne me paraît se rattacher à aucun élément de droit positif actuel.

b) La limitation de la résolution aux contrats auxquels est partie un Etat qui a agi dans l'exercice de sa souveraineté (v. aussi le considérant n° 3) devrait figurer dans la résolution elle-même non dans un simple considérant.

2. Oui.

a) Considérant n° 3

Les hypothèses dans lesquelles une entreprise d'Etat ou une personne

morale de droit public agissent dans l'exercice de la souveraineté étatique ne doivent pas être exclues, mais elles me paraissent exceptionnelles. L'institution d'entreprises publiques tend le plus souvent à séparer les activités économiques de l'Etat des actes de puissance publique. Dès lors, l'extension du champ d'application de la résolution aux entreprises publiques et aux personnes morales de droit public agissant dans l'exercice de la souveraineté étatique devrait être restreinte aux hypothèses dans lesquelles le contrat lui-même a constaté que cette hypothèse exceptionnelle se trouvait réalisée.

Je rappelle l'aberration faite sous 1 : la question est trop importante pour ne pas être incluse dans le corps même de la résolution. De plus, la portée purement négative du considérant est critiquable.

b) Considérant n° 5

L'opposition entre les conceptions (*views*) d'ordres juridiques étatiques et celles des arbitres me paraît déplacée : à quel titre les arbitres auraient-ils des conceptions propres, distinctes de tout ordre juridique positif ?

3. Examen du projet d'articles.

Article 1^{er}

La première phrase n'a pas de sens si l'on admet que l'Institut a qualité pour tenir lieu d'ordre juridique de référence conférant force obligatoire à la clause arbitrale.

La troisième phrase se réfère à une notion essentielle (puisque'elle reparait en d'autres articles) celle de *truly international public policy*, mais qui n'est nulle part définie, encore qu'elle soit nouvelle. Ici encore, je récusé l'autorité de l'Institut pour lancer une notion aussi indistincte. On saisit mal en quoi la Déclaration universelle des droits de l'homme (sans parler des "quasi-universally" accepted standards of morality) permettront de donner un contenu à cette notion nouvelle. Celle-ci ne saurait avoir d'autre portée que de conférer aux arbitres un pouvoir illimité de déterminer leur propre compétence, sans que soit précisé l'ordre juridique objectif dont dérive cette compétence.

Article 2

J'ai diverses observations de détail que j'exprimerai au Caire s'il est nécessaire.

Article 3

Sur le caractère vague de la *truly international public policy*, v. l'observation sous l'article 1^{er}.

Article 4

Même observation. J'ajoute qu'il est pour le moins paradoxal d'éliminer les règles d'ordre public des Etats au profit d'une conception fantomatique de l'ordre public international.

Article 6

Cet article ne me paraît pas acceptable eu égard à l'observation faite à propos du considérant n° 3. L'économie de la résolution paraît impliquer une présomption d'exercice de la souveraineté étatique dès qu'une entreprise publique conclut un contrat.

Article 7

La *lex causae* déclarée applicable dans la première phrase est une conception très contestable du droit international affirmée dans la seconde. Quelle est cette règle sur le déni de justice qui s'appliquerait au contrat conclu par un Etat et, plus encore, par une simple entreprise publique, avec une personne ou une entreprise relevant d'un autre Etat ?

Article 8

J'ignore ce que serait une action de droit international qui pourrait être invoquée par ou contre une personne privée.

Article 9

Il s'agit d'une description de difficultés (et non d'un texte ayant une prétention normative).

Article 10

Même observation.

Article 11

J'aperçois mal l'autorité qu'aurait l'Institut pour décider ce que les Etats peuvent faire dans l'exercice de leur compétence interne. Pour le surplus, l'article est aussi plus descriptif que normatif.

Articles 12 et 13

Même observation que sous l'article 9.

Article 14

Cet article paraît subordonner au bon vouloir des arbitres l'applicabilité d'un droit étatique. Cela me paraît inacceptable.

4. Le rapport est très intéressant mais il me paraît insuffisamment soutenir le texte de la résolution. J'aurais préféré un commentaire article par article permettant de mieux évaluer la portée de chacune des dispositions.

5 et 6. Il m'est impossible de répondre à ces questions avant une discussion générale en commission.

François Rigaux

9. Observations of Mr Stephen M. Schwebel
The Hague, 14 May 1987

1. I am generally in agreement with the most excellent report [of 17 March 1987] and with its draft resolution [of the same date]. As to the proposition set out in the fourth "Whereas" clause of the draft resolution, I believe that it contains a correct statement of fact and policy. Nevertheless, its framing as a "Whereas" clause strikes me as infelicitous. If it were to be retained, perhaps it might better read: "Whereas differences may occur in the principles applied to arbitrations between States and foreign private parties, as these principles are perceived by arbitrators and by national legal orders,". That is to say, it may be that such a paragraph, if retained, would do better if it simply observed the fact of such differences in approach and let it go at that.

2. There are no propositions contained in other "Whereas" clauses to which I object. I would suggest that the last "Whereas" clause substitute for the word, "stressing", the word "noting".

3. My agreement with and support of the draft resolution is subject to the following points:

(a) Article 1: I suggest that the last sentence read "The foregoing is qualified only by requirements of truly international public policy". I suggest deleting the remainder of that sentence, first, because I question the relevance of the Universal Declaration of Human Rights and second, because I am unsure of what "quasi-universally accepted standards of morality" are.

(b) Article 3: I suggest that one add to the non-national sources cited, before the reference to general principles of law, "public international law", or "international law". As you note, the Athens Resolution refers to international law. The principles of international law may relate to arbitrations between States and aliens in multiple respects (e.g., procedurally, as in *compétence de la compétence*; substantively, as in respect of State responsibility).

(c) Article 7: I would suggest that this clause read, "Claims of lack of authority to contract or of capacity to arbitrate made by a State, a State enterprise or a State entity are to be resolved by the arbitral tribunal under the law stipulated in the arbitration clause and in accordance with the principles of international law and the general principles of law. Doctrines of..." etc. I so suggest because a State which endeavours to avoid or negate an obligation to arbitrate contained in a contract with a foreign enterprise by a plea of lack of authority to contract or of capacity to arbitrate may be guilty of a denial of justice under international law. If so, international law governs in this regard, regardless of the governing law of the contract. (See, in support of this approach, S. M. Schwebel, *International*

Arbitration: Three Salient Problems, pp. 59 ff, particularly pp. 68-71 and its discussion of *Benteler v. Belgium*.) As the *Benteler* case illustrates, "the present state of international arbitration law" is that a State may not use its national law to contest its own consent to arbitrate. Thus, even if a claim of lack of authority would be good under the law stipulated in the arbitration clause, that does not necessarily exclude the possibility that the making of the claim gives rise to a violation of the State's international responsibility. It would, in the concept of the International Law Commission, be a violation of an "obligation of means" — of the specific procedural obligation undertaken by a State.

(d) Article 8: I recommend deleting Article 8 or substantially revising it. Claims under international law have repeatedly been made in arbitrations between States and aliens and such arbitral tribunals have sustained claims under international law, even in cases where there is no express agreement of the parties making such claims arbitrable.

Accordingly, I believe that the presumption of this article is in error. For support of my viewpoint, may I refer to the cases and analysis contained in *International Arbitration: Three Salient Problems*, pages 125-143.

(e) Article 9: I recommend that Article 9 also be deleted or substantially revised. While what is said may perhaps be true, stipulations for the application of any law may require difficult and demanding investigations. It is by no means demonstrable or demonstrated that the difficulties encountered in the application of international law or general principles exceeds those of applications of other systems of law. The effective thrust of this paragraph is to discourage party stipulations of international law or general principles of law. I see no reason for the Institute to offer such discouragement; on the contrary.

4. As indicated at the outset, I am generally in full agreement with the report. I believe that its views on obstruction of the arbitral process (separability, para. 10; competence, para. 14; truncation, paras. 15 and 16) are sound in principle and sustained in practice. In paragraph 16, you remark that the refusal of an arbitrator "to participate is most unusual"; actually it is not all that uncommon, as examples in the recent proceedings of both the Iran-US Claims Tribunal and the ICC illustrate.

In support of your sound position on the independence of the international arbitrator from any national legal order (para. 24), you might also wish to cite the award in an ICC arbitration in Case 2321, *Solel Boneh*, 1 *Yearbook Commercial Arbitration* (1976), pages 133-135. In paragraph 27, I would suggest that you add to non-national sources cited, "international law".

I make the same suggestion with respect to paragraph 30 (a point recognized in para. 33 of the report).

As to paragraph 75, I disagree with the second sentence, as earlier indicated, and suggest that it be deleted. Questions of State responsibility — of violations of international law, and of rights vested in aliens by international

law — are unquestionably arbitrable in State/alien arbitral proceedings. Some institutional arbitral arrangements such as ICSID and the Iran-United States Claims Tribunal, expressly so recognize. *Ad hoc* arbitrations have expressly so acted and ruled (e.g., in the three *Libyan* arbitrations, *Saudi Arabia v. Aramco*, *Petroleum Development Ltd. v. Abu Dhabi*, *Government of Kuwait v. Aminoil*, and the *Lena Goldfields* case).

In paragraph 77, as earlier indicated, I disagree with the second sentence, in the sense that, in an arbitration between a State and an alien, the proper presumption is that a contractual clause generally providing for arbitration of disputes between the parties embraces claims based on international law.

10. Observations of Mr Michel Waelbroeck

Brussels, 4 May 1987

Preliminary remarks

From a methodological point of view, I believe that a "resolution" of the Institute should be confined to "operative" statements and should not contain articles that are a mere description of the actual legal situation and of the difficulties to which it gives rise. I would therefore suggest deleting Articles 10 to 13 of the draft resolution [17 March 1987 version].

For the same reason, the wording of Article 9 could be revised.

Answers to questions

1. — I am not sure I understand the fourth Whereas. Is it intended to indicate that harmonization of the legal principles applicable to arbitration between States and private parties is desirable? If so I agree, but I do not see the relevance. Or is it intended to contain the basis justifying Article 14 of the draft resolution? If so, I also agree, but would like the text to be clarified.

2. — There are no propositions in the Whereases to which I object.

3. — There are no Articles of the draft resolution with which I disagree. I do, however, have a few remarks:

— Article 2 (a): I understand that arbitration clauses should be and generally are considered as separable from the transaction as a whole to the extent that an allegation of invalidity of the transaction as a whole does not put in question the validity of the arbitration clause or the power of the arbitrator to decide the controversy. However, does separability operate the other way? In other words, if the arbitration clause is void, does this mean that the validity of the remainder of the transaction is unaffected?

Could it not be said that in some cases the validity of the arbitration clause is an essential element of the agreement of the parties (or of one of them) agreeing to the remainder of the transaction?

I do not intend to express a judgement on this issue at the present time; I only wish to raise it, since it seems to me that the issue of separability has generally been considered in relation to the effect of the invalidity of the transaction as a whole on the arbitration clause and not the other way.

Should we not provide an additional sub-paragraph (d) providing that the refusal of a party-appointed arbitrator to participate in the arbitration procedure does not prevent that procedure from proceeding? The issue is discussed very ably on pages 9-10 of the Rapport provisoire and it would be regrettable not to see a reflection of that discussion in the draft resolution.

— Article 6: is this intended to cover pleas of sovereign immunity in national courts in connection with an arbitral award (e.g. at the enforcement stage)? If so, this should be stated more clearly.

— Articles 10-13: I suggest their omission (see above).

4. — The discussion in the Rapport provisoire [17 March 1987 version] contains a remarkably comprehensive view of the problems likely to arise in connection with arbitration between States and foreign enterprises and I have found it not only highly readable but also extremely illuminating.

I have only a few comments:

— Pages 9-10: I agree that an arbitrator's efforts to obstruct the proceeding should be viewed as equivalent to his resignation. The problem arises, however, as to the procedure to be followed in order for such a finding to be made. Should a new arbitrator be appointed (with the risk that the same obstruction will occur once again) or should the two arbitrators initially appointed carry on? May be this point could be addressed either in the draft resolution (if my suggestion to insert an additional sub-paragraph in article 2 is accepted) or in the Report.

— Pages 27-37: while I agree that in principle the arbitrator should carry out the parties' instructions and apply the law stipulated by them, I doubt whether it is possible to exclude in an absolute manner, as do the authors of the Rapport provisoire, all possibility of taking into consideration legal principles not specified by the parties.

I note that the draft resolution takes into consideration the need to take account of the "requirements of *truly international* public policy". Also, Article 14 allows the arbitrators to take into account rules not specified by the parties if that is necessary to ensure the enforceability of the award and if the party benefiting from the application of that rule so requests. Thus, in at least two instances, the draft resolution recognizes that the arbitrators may apply principles other than those that are mandated by the parties.

This seems to me to run counter to the very absolute view held in

pages 27-37 of the Rapport provisoire. Once the principle that arbitrators may apply rules other than those specified by the parties is accepted, I would be tempted to give to the arbitrators somewhat more flexibility than does the draft resolution. For instance I would *allow* them to apply those rules of public policy or « lois d'application immédiate » that they deem appropriate in order to give a fair and satisfactory solution to the dispute. After all, any exercise of a judicial or quasi-judicial function carries with it a certain discretion; rules purporting to fetter that discretion are seldom effective.

5. — No comments.

6. — I do not find in the draft resolution or in the Rapport provisoire any reflection of Questions (a) and (b) on page 14 of the Exposé Préliminaire dated 23 July 1985.

These were important questions which should in my opinion be addressed.

M. Woelbroeck

11. Observations of Mr Prosper Weil

Paris, le 7 mai 1987

Mon cher confrère,

J'ai trouvé à mon retour d'un voyage de plusieurs semaines, d'une part votre lettre du 17 mars 1987, accompagnée de votre Rapport et de votre Projet provisoire de résolution, d'autre part votre Memorandum et votre questionnaire du 14 avril 1987. Permettez-moi de vous dire une nouvelle fois, en plus de mes remerciements pour ces envois, combien j'apprécie la qualité et la profondeur de l'importante contribution que vous apportez ainsi à une matière dont je connais, pour l'avoir abordée moi-même dans plusieurs écrits, l'extrême difficulté.

Etant donné que vous souhaitez recevoir les observations des membres de la Commission avant le 1^{er} juin, je m'empresse de vous faire connaître mes réactions à une première lecture de ces divers documents. Mes remarques seront donc un peu rapides et superficielles, mais nous aurons d'autres occasions, au Caire notamment, de pousser davantage la discussion.

1. Sur un plan général, je suis d'accord avec votre Rapport pour dire que certaines considérations qui incitent au recours à l'arbitrage commercial international entre personnes privées expliquent également le recours à l'arbitrage entre Etats et personnes privées étrangères. De même un certain nombre de caractéristiques juridiques, que vous examinez avec une grande précision, sont communes aux deux catégories. Mais votre Rapport montre également

que certains problèmes sont spécifiques à l'arbitrage mettant en cause un Etat, et que, en dépit de nombreuses similitudes, l'arbitrage Etat-personne privée étrangère est à bien des égards une institution originale. Je regrette que cet aspect, qui, je le répète, ressort bien du Rapport, n'ait guère trouvé d'écho dans le Projet de résolution. Les articles 1 à 4, par exemple, couvrent l'arbitrage commercial *lato sensu* et ne relèvent guère de trait particulier à l'arbitrage mettant en cause un Etat.

2. Je me demande s'il ne serait pas utile que le Projet de résolution soit plus explicite en ce qui concerne les conséquences sur l'arbitrage des dispositions législatives nationales interdisant à l'Etat de soumettre ses litiges à l'arbitrage ou restreignant son droit de le faire. Je pense en particulier à un exemple récent : le contrat conclu entre l'Etat français (et plusieurs collectivités publiques françaises) et la société américaine Disney pour l'édification près de Paris d'un Eurodisneyland. La législation française interdit, comme chacun le sait, à l'Etat français de soumettre ses litiges à l'arbitrage, sauf exceptions prévues expressément par des lois. La société Disney souhaitait, pour les raisons mêmes que vous exposez lumineusement dans votre Rapport, inclure dans la convention une clause d'arbitrage couvrant tous les litiges susceptibles de surgir à l'occasion de cette opération d'une extrême complexité ; elle pensait que l'opération constituait un investissement étranger et pouvait donner lieu à un arbitrage CIRDI ou, alternativement, qu'elle constituait un contrat international au sens de la jurisprudence de la Cour de Cassation, échappant à ce titre à l'interdiction de principe. Consulté par le Gouvernement, le Conseil d'Etat estima que l'opération relevait strictement de l'ordre juridique interne français et ne pouvait dès lors donner lieu à arbitrage sauf autorisation législative. Quant à la Convention de Washington, elle n'a aucune conséquence, déclara le Conseil d'Etat, sur la possibilité pour l'Etat français de soumettre ses différends à l'arbitrage. Sauf dérogation législative, toute clause d'arbitrage serait ainsi frappée, concluait le Conseil d'Etat, d'une nullité d'ordre public. Le Parlement fut alors invité à intervenir et vota une disposition de loi, aux termes de laquelle l'Etat et les collectivités publiques sont autorisés sous certaines conditions, « dans les contrats qu'ils concluent... avec des sociétés étrangères..., à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats » (Loi du 19 août 1986, art. 9). Dans leur contrat les parties ont en conséquence inséré une clause d'arbitrage très élaborée.

3. Il y a un problème sur lequel je dois, à mon grand regret, exprimer mon désaccord avec vous : c'est celui de l'applicabilité du droit international. Votre Rapport témoigne de vos réticences à cet égard, mais vous ne faites état ni des opinions doctrinales ni des indications de droit positif en sens contraire : les références au droit international contenues dans la Convention de Washington créant le CIRDI (ICSID) et dans certaines sentences arbitrales ne peuvent pourtant pas être négligées, pas plus que l'article 2 de la Résolution d'Athènes. Une remarque du même ordre pourrait être faite en ce

qui concerne l'application des principes généraux du droit. Comme j'ai essayé de le montrer dans mes écrits relatifs aux contrats d'Etat, le droit international qu'il s'agirait d'appliquer en ce cas ne serait pas le droit des traités, mais un ensemble de règles spécifiquement conçues pour les rapports contractuels entre Etats et personnes privées étrangères et adaptées à ces rapports; ces règles seraient plus souples que celles gouvernant les traités internationaux et tiendraient compte de l'originalité que confèrent à ces contrats la présence d'un Etat souverain et les exigences inhérentes à la souveraineté. Le fait que ces règles se trouvent encore à l'état embryonnaire ne devrait pas empêcher de recourir au concept de droit international des contrats ni dissuader les parties de se référer au droit international. C'est précisément aux tribunaux arbitraux qu'il appartient d'élaborer ces règles au fil des affaires. Après tout le droit international des délimitations maritimes n'existait pas avant que la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux ne l'aient élaboré au fur et à mesure qu'ils ont eu à l'appliquer. En éliminant le droit international et les principes généraux du droit, vous privez, à mes yeux, l'arbitrage entre Etats et personnes privées étrangères de ses éléments les plus vivants et les plus dynamiques. Sans doute l'article 3 du Projet de résolution envisage-t-il la possibilité pour les parties de se référer aux principes généraux du droit (le droit international est, quant à lui, oublié), mais l'article 9 les décourage d'en faire usage. Cette dissuasion, qui me paraît injustifiée en elle-même, ne me semble pas avoir sa place dans une Résolution de l'Institut.

4. Comme je l'écrivais dans ma lettre du 12 mars 1986, je me demande si la question du droit applicable ne devrait pas être laissée de côté dans son ensemble. Cette question a déjà fait l'objet à l'Institut d'un examen attentif et a donné lieu à la Résolution d'Athènes : est-il nécessaire ou utile de rouvrir ce débat? Le droit applicable à la procédure d'arbitrage entre certainement dans le champ d'examen de la Commission, le droit substantif applicable au fond du litige me paraît devoir rester en dehors de nos préoccupations.

5. La mention des exigences de la "*truly international public policy*" (articles 1, 3 et 4) me paraît exiger davantage d'explications; telle qu'elle figure dans le Projet de résolution, elle est quelque peu sibylline.

6. Le principe énoncé à l'article 6 (immunité de juridiction) ne mériterait-il pas de figurer parmi les principes de base cités à l'article 2?

7. Je ne suis pas certain que le Projet de résolution doive faire état aussi longuement des divergences de vues entre les tribunaux nationaux (articles 10-13), d'autant plus qu'il se borne à constater la situation sans émettre aucun avis à ce sujet et sans en tirer de conséquences.

J'espère que ces quelques remarques ne vous paraîtront pas sans intérêt, et je vous prie de croire, mon cher confrère, à l'assurance de mes sentiments les plus cordiaux.

Prosper Weil

Final Report and Final Draft Resolution

A. Final Report

**L'arbitrage entre États et entreprises étrangères
Dix-huitième Commission**

*Rapport de M. Arthur T. von Mehren (Rapporteur)
M. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Co-Rapporteur)*

I. Introduction

A. The Resolution's Drafting History.

1. The 18th Commission began its work in 1984. A first preliminary report, which included a questionnaire¹³⁴, was circulated in October 1984. On the basis of comments received from Commission members¹³⁵ and further reflection and research, the Rapporteur and Co-Rapporteur prepared a Revised Version of the Preliminary Report (July 23, 1985)¹³⁶. This document formed the basis for the Commission's discussions during the Helsinki Session (August, 1985).

2. After the Helsinki Session, the Rapporteur and Co-Rapporteur began work on a Draft Resolution and a Draft Report. The first versions of these two documents were circulated to Commission members on March 17, 1987. On June 5, 1987, revised versions were

¹³⁴ See pp. 31-35 *supra*.

¹³⁵ See pp. 55-89 *supra*.

¹³⁶ See pp. 35-51 *supra*; hereinafter cited as Preliminary Report.

circulated; the revisions took into account various observations that Commission members had made on the first version of the Draft Resolution and Draft Report. On July 13, 1987, a third revision of the Draft Resolution was sent to Commission members¹³⁷. The Commission's discussions during the Cairo Session (September, 1987) were based on the July 13, 1987 version of the Draft Resolution¹³⁸ and the June 5, 1987 version of the Draft Report¹³⁹.

3. The Rapporteur and Co-Rapporteur have revised the Resolution in light of the discussion at the Cairo Session and of observations received from Commission members. The core of the July 1987 Resolution remains but certain controversial articles have been deleted and the treatments of "national-court views" and "the consequences of restrictive national-court views for arbitration practice" have been eliminated¹⁴⁰.

B. Scope of the Final Report.

4. The final Report does not undertake detailed analysis of the problems and issues addressed by the Resolution. These matters are considered at some length in the Preliminary Report and the Draft Report; no purpose would be served by repeating those discussions here¹⁴¹. Instead, the general approach, method, and philosophy of the Final Draft Resolution are discussed.

II. The Resolution's General Characteristics.

A. Arbitrators — Not Courts — Are Addressed.

5. From the beginning of its work, the Commission focussed on the work of arbitral tribunals and touched only in an essentially descriptive fashion on the attitudes and positions that national

¹³⁷ The comments received from Commission members on the various versions of the Draft Resolution and Draft Report are set out pp. 141-190 *supra*.

¹³⁸ See pp. 91-99 *supra*.

¹³⁹ See pp. 100-140 *supra*; hereinafter cited as Draft Report.

¹⁴⁰ See Draft Resolution, pp. 97-99 *supra*, arts. 12-16; Draft Report pp. 134-140 *supra*, nos. 79-95.

¹⁴¹ References to relevant portions of these two reports are given in footnotes.

courts might take when some aspect of an arbitration comes before them. There were several reasons for choosing this approach. In the first place, the positions taken by national legal systems on many important issues affecting arbitration differ markedly. Secondly, the differences in economic, political, philosophical, and social views that produce these differences are likely to persist for the foreseeable future. In the circumstances, the Institute could hardly hope to reach agreement on the positions that should be recommended to national legal systems.

6. The Reporters believe that a Resolution which carries the Institute's imprimatur will be important for the work of arbitrators charged with resolving disputes between foreign enterprises, on the one hand, and States, state enterprises, and state entities, on the other. Arbitration, a dispute resolution process that can, and typically does, operate largely or wholly independently of national-court systems except where proceedings to enforce awards become necessary, has considerable room for rules and principles that depart from those that might be applied by a given national legal system should some aspect of the arbitration be before its courts.

B. An Arbitral Lex Fori Is Provided.

*1. Introductory*¹⁴².

7. Arbitral tribunals are in a predicament that national courts do not face. In order to decide in a principled way, an adjudicator requires what can be called a *lex fori*, that is to say, an explanation of the source of his power and a method of establishing the rules and principles in terms of which the tribunal will adjudicate. At least as a practical matter, these are not perplexing issues for national courts. A court is a creature of its legal order which confers on the court authority to adjudicate and supplies in various ways the authoritative rules and principles in terms of which the judge is to discharge his responsibility.

¹⁴² See generally Preliminary Report, pp. 42-46 *supra*, nos. 26-33; Draft Report pp. 106-113 *supra*, nos. 17-30.

2. Jurisdictional theory : Its inadequacies.

8. Unless arbitral tribunals are treated as a special kind of national court, the arbitrator's situation with regard to a *lex fori* is difficult and complex. Much of the attraction of the so-called jurisdictional theory of arbitration doubtless lies in its ability, once accepted, to provide the arbitrator with a *lex fori*. When embraced, the theory provides a coherent explanation of the source and content of the arbitrator's authority.

9. However, the jurisdictional theory faces in the contemporary world practical as well as theoretical difficulties such that the theory no longer provides an acceptable explanation of how an arbitral tribunal establishes its *lex fori*. The practical difficulty is, on the one hand, that many widely accepted contemporary practices in international arbitration are inconsistent with the theory and, on the other, that arbitration — unlike national-court adjudication — is a dispute resolution process whose venue is contingent and transitory so that the place of arbitration neither represents nor establishes a permanent geographical or governmental relationship with a given national legal system. Among widely accepted arbitration practices that are inconsistent with a meaningful jurisdictional theory are the very broad powers that the parties exercise with respect as well to the rules and principles regulating the underlying controversy as to those regulating the arbitral process. The days when national legal systems intervened, as England did through the case-stated system, with on-going arbitrations are largely past ; arbitrations will simply not be conducted on the territory of States that seek to give real meaning to the jurisdictional theory by interfering with ongoing arbitrations.

10. Imposition on the arbitral tribunal of the *lex fori* that obtains for the national courts of the territory in which the tribunal is sitting involves the practical difficulty that arbitrary results will follow and the arbitration process will lose much of its efficacy. The place of arbitration is typically selected because it is convenient for the parties and their counsels, because needed facilities are available, and because the legal climate is supportive of arbitration. The selection may very well be made without considering at all the local court's *lex fori*. The procedural and choice-of-law consider-

ations that play so large a role in a plaintiff's selection among available judicial forums or party stipulations for a judicial forum, typically play no role in the parties' selection of the place of arbitration. Accordingly, party choice of a location in which to arbitrate should not — unless the parties intend otherwise — affect the outcome decisively by imposing on the arbitration the local judicial *lex fori*; it is capricious to thwart party intention where well advised parties could have chosen another location that would have allowed them full control over the procedural and substantive rules governing the arbitration.

11. The contemporary reality is that arbitral proceedings are ambulatory in a way that judicial proceedings are not. No particular sovereign controls the arbitral adjudicatory process; as a consequence, until the enforcement stage is reached, sovereignty usually has relatively little importance — at least where the parties are well advised — for arbitration. It follows that local-court intrusion on the on-going arbitration process will simply lead to the flight of international arbitrations. In practice, international arbitration will not be carried on in jurisdictions that do not permit the parties to control the tribunal's *lex fori*.

3. Other theories.

12. The empirical fact of international arbitration and the problem of how adjudicatory authority can exist when it is not an emanation of a sovereign can be understood in various ways. One can posit an international order that has emerged through consensus and which accords to participants in international intercourse the right to establish a dispute resolution process and a body of substantive rules and principles that will have an existence independent of national legal orders. The concepts of a *lex mercatoria* and of an autonomous theory of arbitration rest, at least in part, on a vision of such an international legal order.

13. Yet another explanation is to suggest that adjudicatory authority need not emanate from any discrete sovereign. Constraints and pressures that flow from economic or social groupings — the merchant community of international commerce, for example — can give reality to an adjudicatory process even where

no political authority is prepared to lend its aid. Furthermore, these constraints or pressures may, in the case of arbitration, be reinforced by enlisting the aid of one or more national legal systems. As the controversies involve international transactions and international actors, in many situations more than one national jurisdiction will be in a position to put pressure on the recalcitrant party. One is back at the level of sovereignty but several sovereigns are now in the picture. Accordingly, no single, discrete sovereign controls the effectiveness of the arbitral process and arbitration largely escapes Austinian logic.

4. The propositions underlying the Resolution's approach to the *lex fori* problem.

14. The foregoing discussion explains two propositions on which the Resolution presented for the Institute's consideration rests: (1) If international arbitrators are to adjudicate in a principled fashion they require a *lex fori* to set them on their course. (2) Both as a practical and theoretical matter, this *lex fori* does not derive from the *lex fori* of the national courts of the territory in which the tribunal sits.

III. *The Lex Fori for Arbitrations Involving State Parties.*

A. *In General*

15. The Resolution does not seek to set out a fully developed *lex fori* for arbitrations between foreign enterprises and States, state enterprises, and state entities. However, the parties' intentions and the propositions contained in the Resolution provide the elements with which the arbitrators can establish the needed *lex fori*. In its procedural, conflictual, and substantive aspects this *lex fori* derives in principle from party agreement. See Articles 1 and 3. The limits set by the Resolution to the parties' control over the tribunal's *lex fori* are found in "peremptory norms of truly international public policy". Article 1. Article 2 provides that such a "public policy exists when the emergent international order served by arbitration has reached a consensus on a given economic, political, or social issue".

16. Article 5 states that, in establishing the tribunal's *lex fori*, the parties — and, by extension, the arbitrators — "can (1) prescribe a different source for the rules and principles applicable to each issue that may arise and (2) refer for these rules and principles as well to different national legal systems as to non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the *lex mercatoria*".

B. The Positions Taken by the Resolution.

1. Separability, *Kompetenz-Kompetenz*, and Delaying or Obstructing Tactics ¹⁴³.

17. The Resolution goes on to provide, for situations where the parties have not regulated the subject, rules and principles to control certain issues of great importance in arbitrations involving States, their enterprises, or their entities. The arbitration clause's separability from the underlying transaction is affirmed (art. 3a) and the tribunal's "authority to determine whether the controversy falls within its adjudicatory authority" is recognized (art 3b). Difficulties that can arise where a party or an arbitrator engages in obstructionist tactics are addressed by Article 3c and d. These provisions are intended to prevent the arbitration process's frustration by delay, refusal to cooperate, and the like.

2. The Law Applicable to Issues Respecting the Arbitration Clause's Validity.

18. By recognizing the tribunal's authority to decide upon the validity of the agreement to arbitrate, Article 3b posits the tribunal's authority to determine the rules and principles under which the determination is to be made. The question remains, however, of the source or sources from which the tribunal is to draw the relevant rules and principles. The tribunal cannot invoke Article 5 — that is to say, call directly upon the law agreed upon by the parties — because the issue is precisely whether the parties exercised their autonomy by concluding a valid arbitration agreement.

¹⁴³ See Draft Report, pp. 104-107 *supra*, nos. 12-18.

19. Article 4 fills the resulting gap in the tribunal's *lex fori* by indicating the laws among which the tribunal may select in deciding the validity issue. The article rests on a premise that informs the Resolution as a whole: The institution of international commercial arbitration provides a form of dispute resolution that has special advantages where transactions between foreign enterprises and States, state enterprises, or state entities are in question. Accordingly, it is proper where the validity of the arbitration clause is in issue to invoke the principle of *favor validatis* and to provide for alternative reference. Article 4 provides that the tribunal is to resolve the choice-of-law issue under general principles of private international law, by analogous application of the law stipulated by the parties as the *lex causae*, or under the law would be applied to the issue by the courts of the territory in which the tribunal has its seat¹⁴⁴.

20. Each of these choices rests on a different rationale. The first invokes a rule that finds support in general practice and thinking respecting the choice-of-law issue posed. The second rests on the reasonableness of applying to the validity issue a law in which the parties have shown confidence by contemplating its application to other issues. Recourse to the choice of law that would be made by the courts of the territory in which the tribunal has its seat provides a rule that is typically easily determined. If this law upholds the clause's validity, the more difficult analyses that use of the other two approaches may entail need not be pursued.

3. Party stipulation of the *lex arbitrii* and the *lex causae*.

21. Article 5 gives concrete expression to the general philosophy expressed in Article 1 of the Resolution by providing that, "[s]ubject only to the requirements of *international* public policy as defined in Article 2, the parties have full autonomy to shape the procedural and substantive rules that will govern the arbitration". As the introductory paragraph to Article 3 makes clear, the propositions

¹⁴⁴ Compare article 178(2) of the Swiss Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht of 18 December 1987, BBP. 1988 I, 5-60.

set out in that article are suppletive or yielding rules which will be displaced if the parties so provide. Article 5 recognizes very broad powers in the parties and in the arbitrators as the parties' delegates to shape the rules that will govern the arbitration. For example, in stipulating for the *lex causae*, the parties can proceed issue-by-issue. Moreover, reference can be made "to non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the *lex mercatoria*"¹⁴⁵.

Article 5 concludes by explicitly stating the arbitrator's obligation to apply the rules, principles, and standards — whether derived from national or non-national sources — upon which the parties have agreed. The only qualification to this proposition is that "truly international public policy, as defined in Article 2...", is also available to the arbitral tribunal. Of course, where the *lex causae* agreed upon by the parties contains a relevant public policy, that policy constitutes part of the applicable law.

4. The plea of sovereign immunity.

22. Article 6 deals with an issue that is particular to arbitrations involving States, state enterprises, or state entities. It provides that "[p]leas of sovereign immunity are not accepted respecting issues covered by an arbitration clause agreed to" by a party that seeks to invoke immunity. Such a plea amounts to an attempt to repudiate the agreement to arbitrate and must be rejected in view of its inconsistency with that obligation¹⁴⁶.

23. Article 6 accepts, of course, the view that agreement by a State, a state enterprise, or a state entity to arbitrate is consistent with international public policy. In view of the wide recognition

¹⁴⁵ For discussion of the propositions contained in Article 5, see Preliminary Report, pp. 38-39 *supra*, nos. 9-11; Draft Report, pp. 103-104, 107-122 *supra*, nos. 6-9, 19-49.

¹⁴⁶ See Preliminary Report, p. 48 *supra*, no. 41; compare European Convention on State Immunity, art. 12; Swiss Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht of 18 December 1987, art. 177(2) ("If a party to the arbitration agreement is a State or an enterprise held, or an organization controlled, by the State, it cannot rely on its own law in order to contest its capacity to be a party to an arbitration or the arbitrability of a dispute covered by the arbitration agreement.").

of the special advantages offered by arbitration for the resolution of disputes involving foreign enterprises and States, state enterprises, or state entities¹⁴⁷ this position seems, so far as the international community in general is concerned, beyond discussion.

IV. Conclusion.

24. The Eighteenth Commission was charged with drafting a Resolution covering arbitrations between foreign enterprises and States. Early in its deliberations, the Commission decided that arbitrations involving state enterprises or state entities were to be included¹⁴⁸. The Resolution proposed to the Institute by the Commission is not, however, limited to issues that can arise only in arbitrations involving a state party. For example, the separability and *Kompetenz-Kompetenz* issues addressed in Article 3 arise in arbitration in which no governmental party participates. Arbitrators in proceedings involving only private parties require an arbitral *lex fori* and face difficult questions, theoretical as well as practical in nature, when they must decide on the validity of a challenged arbitration clause.

25. It follows that most of the Resolution can be applied, *mutatis mutandis*, to international commercial arbitrations between private parties. And much of the discussion and analysis upon which the Resolution is based apply as well to private-party arbitration. However, the policy questions raised by state-private-party and private-party arbitrations are not always the same; on some points covered by the Resolution, arguably different results should be reached in private-party arbitration. In all events, the Commission was not charged with — nor has it assumed — the task of proposing a resolution covering private-party arbitration.

26. The Rapporteurs note their belief that the arguments supporting certain positions taken in the Resolution may well be stronger in the case of arbitrations involving state parties than in those involving only private parties¹⁴⁹. Their position rests on the

¹⁴⁷ See Preliminary Report, pp. 39-43 *supra*, nos. 12-23; Draft Report, pp. 103-104, 112-113 *supra*, nos. 6-9, 28-29.

¹⁴⁸ See Preliminary Report, p. 43 *supra*, no. 24.

¹⁴⁹ See generally Draft Report, pp. 112-113 *supra*, no. 28.

proposition that, where there are state parties, recourse to a national-court system is often less feasible than when only private parties are involved¹⁵⁰. Governmental parties are normally unwilling to litigate in the courts of another sovereign and foreign private parties may fear prejudice if they litigate in the governmental party's own courts. If arbitration can provide an efficient and effective form of dispute resolution, the dilemma is resolved by agreeing to arbitrate should difficulties ultimately arise.

27. Therefore, the Resolution seeks to ensure, to the extent that institutional features are important, that arbitrations involving governmental parties will be efficient and effective, just and expeditious. With this end in view, the Resolution (1) reduces the possibilities for delaying and obstructionist tactics, (2) provides the arbitrators with a *lex fori* that can give guidance and will promote coherence, and (3) requires principled adjudication by recognizing, subject only to a *truly international* public order, the authority for the arbitrators of rules and principles agreed upon by the parties.

28. The "correctness" of the positions taken by the Resolution cannot be demonstrated in doctrinal or theoretical terms. The proposals made reflect the evolution, particularly during the several last decades, of international practices and understandings. In addition, they meet the functional test of providing the elements that the form of dispute resolution in question requires if it is to serve as a reasonably efficient and expeditious process and provide just and principled adjudication.

¹⁵⁰ The Award of August 23, 1958 in *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)* points out one aspect of the special character of arbitrations involving governmental party: "Considering the jurisdictional immunity of foreign States, recognized by international law in a spirit of respect for the essential dignity of sovereign power, the Tribunal is unable to hold that arbitral proceedings to which a sovereign State is a Party could be subject to the law of another State. Any interference by the latter State would constitute an infringement of the prerogatives of the State which is a Party to the arbitration..." 27 Int'l Law Reports 117, 157 (1963).

B. Final Draft Resolution.

Projet de résolution

The Institute of International Law

Whereas the Institute, at its Amsterdam Session in 1957, adopted a Resolution on L'arbitrage en droit international privé and, at its Athens session in 1979, adopted a Resolution on La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère.

Whereas these Resolutions have implications for — but do not systematically treat — a subject of great practical and theoretical importance, namely, arbitrations between States, state enterprises, or state entities and foreign enterprises.

Whereas the claim is on occasion made with respect to such arbitrations, that a public party, by virtue simply of its character and responsibilities, enjoys prerogatives not accorded a private party.

Whereas statement of a coherent body a principle respecting the arbitrator's role and obligations in arbitrations respecting transactions in which one party is a State, a state enterprise, or a state entity will clarify certain fundamental questions and contribute to legal security.

Whereas a substantial number of awards rendered in international arbitrations respecting commercial and economic disputes between foreign enterprises and States, state enterprises, and state entities have been published.

Whereas this body of experience establishes for international arbitration practice certain propositions that are not accepted by all national legal systems with the result that the outcome of a

dispute can turn on whether the matter is before a national court or an arbitral tribunal.

Whereas an arbitrator's duty to act pursuant to the agreement from which his authority derives sets the limits within which concern for the award's enforceability in a given jurisdiction can appropriately influence the result to be reached.

Conscious of the contemporary importance of arbitration in economic relations between foreign enterprises and States, state enterprises, and state entities.

Noting that this Resolution has in view the position and duties of arbitrators in arbitrations concerning transactions between foreign enterprises and States, state enterprises, and state entities.

Adopts this Resolution :

Article 1

Arbitrators derive their authority and legitimacy from the parties' agreement providing for arbitration. The arbitrator should neither exceed his authority nor do less than is required to exercise that authority completely. He should respect, however, the peremptory norms of *truly international* public policy.

Article 2

A truly international public policy exists when the emergent international order served by arbitration has reached a consensus on a given economic, political, or social issue. With respect to issues on which such consensus does not exist, the arbitrators' authority and the legitimacy of their award rest on the parties' agreement providing for arbitration.

Article 3

Consistent with the function and role of arbitration, unless the arbitration clause, the arbitration rules under which the arbitration is to proceed, or a party agreement provides otherwise :

a) The arbitration clause is separable from the transaction as a whole.

b) The tribunal has authority to determine the existence and scope of its adjudicatory authority.

c) A party's refusal to participate, whether taking the form of failure to appoint an arbitrator pursuant to the arbitration agreement, of the withdrawal of an arbitrator, or of other obstructionist tactics, does not suspend the proceedings.

d) An arbitrator's engaging in obstructionist tactics or ceasing for any reason to serve, suspends the proceedings only for the period reasonably required for his replacement pursuant to the applicable procedure. However, appointment of a replacement is not required where the Chairman rules —or, in the event that the Chairman's replacement is in question, the two other arbitrators rule — that there are strong reasons, such as the advanced stage of the proceedings, why replacement is undesirable.

Article 4

Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal, guided by the principle of *in favorem validitatis*, resolves the issue by applying the proper law indicated by general principles of private international law, the law stipulated by the parties as the *lex causae*, or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat.

Article 5

Subject only to the requirements of *international* public policy as defined in Article 2, the parties have full autonomy to shape the procedural and substantive rules and principles that will govern the arbitration. In particular, the parties can (1) prescribe a different source for the rules and principles applicable to each issue that may arise and (2) refer for these rules and principles as well to different national legal systems as to non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the *lex mercatoria*. Except as truly international public policy, as defined in Article 2, may require, arbitrators are obliged to apply the law agreed upon by the parties.

Article 6

Pleas of sovereign immunity are not accepted respecting issues covered by an arbitration clause agreed to by the State or one of its enterprises or entities.

L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé

*(Dixième Commission)*¹

Rapport provisoire

Pierre Gannagé

Présentation et délimitation du sujet

L'évolution actuelle du droit international privé permet de constater un accroissement sensible des sources écrites, qu'elles soient d'origine nationale ou internationale.

Les interventions législatives des Etats dans diverses matières des conflits de lois se multiplient. Elles accompagnent et complètent les réformes des droits internes. Mais elles font aussi souvent l'objet de textes autonomes.

Le développement de ces textes a rapidement fait ressortir la nécessité de les articuler par la voie de la codification et d'établir des ensembles législatifs répondant à une volonté de systématisation cohérente. La codification évite l'éparpillement qui nuit à l'homogénéité du droit et risque de provoquer des lacunes et des chevauchements. Elle favorise aussi une réflexion globale sur les objectifs et les méthodes du droit international privé.

Une inspiration commune peut ainsi animer les diverses règles établies, sans doute influencée par la configuration et les intérêts propres de chaque Etat, mais qui doit demeurer axée sur les besoins spécifiques des relations internationales.

¹ La Commission se compose de MM. Gannagé, *rapporteur*, Batiffol, Carrillo Salcedo, Ferrer Correia, Gamillscheg, Graveson, van Hecke, Jayme, Loussouarn, von Overbeck, Parra Aranguren, Philip, Reese, Schwind et Vischer, membres.

Le mouvement législatif ainsi observé et dont la source est nationale vient côtoyer un autre mouvement, celui des traités et des conventions dont le développement constitue l'un des traits les plus saillants du droit international privé contemporain.

Ces deux mouvements ne sont pas nécessairement antinomiques. La progression de l'un ne se fait pas au détriment de l'autre. D'une part, les traités ont un objet plus limité que les codifications et visent des matières très précises. D'autre part, leurs prescriptions inspirent souvent les législateurs des Etats qui ne les ont pas signés. Enfin les traités, comme les codes nationaux, traduisent la nécessité d'asseoir de plus en plus les solutions du droit international privé sur des sources écrites, de manière à assurer une meilleure prévisibilité des solutions, tellement souhaitée dans la pratique des relations internationales.

2. — L'Institut, attentif à cette évolution des sources du droit international privé, a estimé à juste titre utile de la pénétrer et de l'approfondir. Ainsi, la 23^e Commission dirigée par notre confrère Alfred von Overbeck devait se pencher sur le délicat problème du champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités. Son important travail a abouti à la Résolution qui fut votée par l'Institut le 1^{er} septembre 1981 à sa session de Dijon.

En outre, la dixième Commission dont nous sommes les membres a été chargée de déterminer le rôle que doivent jouer les principes généraux du droit international privé dans les récentes codifications nationales. Ce thème devait cependant paraître trop vaste, et, à sa session de Cambridge, notre Commission, approuvée par l'Institut, a estimé prudent de limiter ses ambitions à l'examen d'un aspect de ce thème, celui de l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère.

Il s'agit là d'une question complexe, importante et qui avait déjà attiré l'attention de l'Institut à sa session de Sienne (25 avril 1952), comme en témoigne la résolution votée au sujet de l'influence des données démographiques sur le règlement du conflit de lois². Dans

² Voir le Rapport de M. José de Yanguas Messia, *Annuaire* 1950, vol. 43, Tome I, p. 461-546 et vol. 44, Tome II, p. 407-423.

cette résolution, il était nettement affirmé que les règles du droit international privé ne devaient pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d'application de la loi nationale et celui de la loi étrangère.

Et il était ajouté « que les règles du droit international privé doivent en général utiliser des critères susceptibles d'internationalisation, c'est-à-dire notamment susceptibles d'être adoptés par des conventions internationales, de manière à éviter des solutions discordantes d'un même cas concret dans des pays différents ».

Ainsi, dès cette époque, l'Institut dégageait d'abord l'objectif qui fonde l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère, à savoir le souci de favoriser l'harmonie des solutions dans les pays où une situation juridique de caractère international est appelée à produire ses effets. Il fixait ensuite les moyens de la mise en œuvre de cette égalité, par l'utilisation de points de rattachement, de critères susceptibles d'internationalisation, tels que ceux adoptés dans des conventions internationales.

La résolution adoptée à Sienne indiquait ainsi les possibilités de rapprochement des règles de droit international privé d'origine nationale, de celles établies dans des traités et des conventions. Les premières établies par les législateurs et les jurisprudences des divers pays devaient dans leur structure et leur méthode d'élaboration imiter les secondes. Elles devaient être formulées d'une manière suffisamment générale et objective pour assurer dans les mêmes conditions, à l'aide des mêmes points de rattachement, l'application de la loi étrangère, comme celle de la loi du for.

Sans doute l'égalité ainsi établie ne peut garantir que les décisions du juge du for seront reconnues dans le pays étranger et que l'uniformité des solutions sera toujours atteinte. Mais elle a certainement le mérite d'accroître les chances de réalisation de cette uniformité. La règle de conflit fondée dans son élaboration sur cette égalité se trouve en effet dotée d'un potentiel d'internationalisation qui fait nettement défaut à celle dont l'élément de rattachement varie suivant qu'il s'agit de déclarer applicable dans une matière donnée la loi du for ou la loi étrangère.

3. — La résolution adoptée à Sienne à l'occasion d'une question précise, celle de l'influence des données démographiques sur le

règlement des conflits de lois présentait ainsi le mérite de dégager la signification de l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère en l'appuyant au moins implicitement sur le bilatéralisme. Utiliser pour la désignation de la loi étrangère les mêmes points de rattachement que ceux employés pour l'application de la loi du for, c'est en effet opter pour des règles de conflit bilatérales. Ces règles doivent manifester le désir de l'autorité du for d'établir une réglementation objective des relations internationales en la fondant essentiellement sur la localisation des situations juridiques.

L'égalité ainsi recherchée est réalisée dans le cadre du système de conflit du for. Elle signifie seulement que la règle de conflit doit être paritaire dans son établissement et sa formulation. Elle doit être distinguée de l'égalité entre les souverainetés des Etats, et de l'égalité entre les parties, entre les nationaux de l'Etat du for et les étrangers.

4. — L'égalité entre les Etats est fondée sur le droit international public. Elle signifie qu'une souveraineté ne peut empiéter sur les attributions d'une autre. Mais elle n'entraîne pas l'obligation pour un Etat de reconnaître aux lois étrangères, dans le domaine des relations privées internationales, des compétences bien définies. Le droit international public ne nous fournit pas des indications précises à ce sujet. On sera sans doute d'accord pour reconnaître qu'un Etat qui déciderait en toute circonstance de refuser d'appliquer les lois étrangères méconnaîtrait ses obligations internationales³. Mais il n'est pas possible, en l'état actuel de la société internationale, hormis les traités et les conventions, d'en dire davantage et d'aller plus loin.

L'égalité envisagée ici se situe à un échelon différent. Elle suppose que l'autorité du for, en toute liberté, en vue de la désignation de la loi applicable, ait opté pour un rattachement déterminé. Ce rattachement devra, dans les mêmes conditions, pouvoir

³ On notera que la Cour suprême des Etats-Unis, dans plusieurs de ses décisions, s'est référée aux obligations entre Etats pour fonder les règles de conflit. Elle a aussi spécifié qu'il était inconstitutionnel pour un Etat de soumettre un litige à sa propre loi pour la seule raison que ses juges étaient saisis. (Voir à ce sujet BONASSIES, *Rev. cr. dr. int.*, 1953, 289 et 533, et BATIFFOL et LAGARDE, tome I, N° 264, note 1.)

conduire à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for.

La question se pose cependant de savoir si ce rattachement sera maintenu lorsque la loi étrangère se déclare incompétente et renvoie à une autre loi. Le fait de la poser montre bien que l'autorité du for ne peut être indifférente au règlement du conflit dans le pays étranger. La localisation objective des litiges fondée sur le bilatéralisme doit ainsi être conciliée avec la répartition des compétences entre les Etats sur laquelle l'ordre international est établi. La recherche de cette conciliation pourra ainsi justifier, par l'admission du renvoi, que dans un cas déterminé l'autorité du for, tenant compte du règlement du conflit étranger, ne fonde pas l'application de la loi étrangère sur les rattachements qui, dans les mêmes circonstances, auraient consacré l'application de la loi du for. Mais la position ainsi adoptée, loin de manifester une discrimination entre la loi du for et la loi étrangère, procède du désir de respecter le domaine de cette dernière, tel qu'il est fixé par l'Etat étranger, et de favoriser l'harmonie des solutions dans les relations internationales.

L'admission du renvoi ne fausse pas ainsi l'égalité sur laquelle repose la règle de conflit du for. Celle-ci, dans sa formulation générale, demeure paritaire, mais l'autorité du for, dans son application, tient nécessairement compte, chaque fois que cela lui apparaît utile, de la compétence propre du droit étranger qu'elle ne peut ignorer, si elle veut satisfaire les exigences de l'ordre international.

5. — L'égalité entre la loi du for et la loi étrangère doit également être rapprochée de l'égalité entre les parties, que le juge doit préserver en s'abstenant de toute discrimination entre les nationaux et les étrangers.

L'égalité des nationaux et des étrangers n'implique pas que ces derniers soient toujours soumis à leur propre loi. On ne saurait en effet méconnaître qu'un étranger puisse avoir intérêt à l'application de la loi du for dont le contenu peut lui être plus favorable. A cet égard l'égalité des parties paraît satisfaite par une règle de conflit paritaire fondée exclusivement sur une localisation objective des situations juridiques. Elle est au contraire atteinte par les règles de conflit qui établissent des privilèges de nationalité, ou des privilèges de communauté pour le règlement des conflits internes. Elle est

aussi menacée par les règles de conflit qui allient à un élément localisateur un élément matériel et permettent à l'une des parties de choisir la loi qui lui est la plus favorable⁴. De pareilles règles cherchent dans les relations internationales à imposer la politique législative de l'Etat du for et visent la réalisation d'un résultat déterminé. Même si elles n'écartent pas l'application des lois étrangères, elles peuvent compromettre l'harmonie des solutions et consacrent souvent une discrimination entre les parties.

Ce rapport devra ainsi d'abord examiner comment la formulation de la règle de conflit dans les codifications récentes pourra être une source d'inégalité des lois en présence qui aura souvent pour corollaire une inégalité entre les plaideurs.

6. — Mais notre tâche ne pourra pas se limiter à cet examen. En effet, l'égalité de traitement entre la loi étrangère et la loi du for ne dépend pas seulement de la détermination des points de rattachement dans le règlement du conflit de lois. Elle est nécessairement influencée par le régime de mise en œuvre de la règle de conflit, par les procédés de qualification, par les prises de position adoptées à l'égard du renvoi. Elle se ressent surtout du régime d'application et de preuve de la loi étrangère, de l'étendue du pouvoir d'initiative accordé au juge dans ces deux domaines. Elle est enfin fonction de la fréquence d'intervention de l'ordre public.

Dans ces divers domaines, où une certaine souplesse est souhaitée dans l'application de la règle de conflit, l'opportunité d'introduire des prescriptions législatives précises a été souvent discutée. Et comme on l'observera, les différents Codes qui ont été promulgués ces dernières années témoignent des attitudes souvent divergentes des autorités nationales. Ces diverses questions devront ainsi retenir notre attention.

7. — A la session de l'Institut de Cambridge, lors de la réunion de notre Commission, notre confrère Graveson a souhaité que le

⁴ Voir à ce sujet WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1963, p. 213 et suiv. et Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil Cours La Haye*, 1986, I, p. 58-59.

principe de l'égalité soit examiné non seulement sous l'angle de la compétence législative, mais aussi de la compétence judiciaire. Les liens des deux compétences sont suffisamment étroits pour qu'un pareil vœu ne soit pas mis en relief et examiné au moins dans le cadre de la délimitation de notre sujet.

Il semble à première vue, que les règles de la compétence judiciaire internationale ne mettent pas en cause l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère. Ces règles constituent en effet des règles matérielles, unilatérales. Chaque Etat fixe en toute indépendance la compétence de ses juridictions pour connaître des litiges internationaux, et ne peut évidemment imposer dans ce domaine ses règles aux autres Etats. Il y a là un aspect du respect mutuel des souverainetés des Etats fondé sur le droit international public.

La bilatéralisation des dispositions relatives à la compétence judiciaire internationale n'apparaît que dans les conventions de droit judiciaire où les Etats contractants acceptent d'adopter les mêmes critères pour déterminer la compétence de leurs juridictions respectives dans les litiges internationaux et où l'égalité se trouve ainsi réalisée (voir notamment la Convention de Bruxelles des Etats membres de la C.E.E. du 27 septembre 1968).

Elle peut aussi résulter indirectement de la réglementation des effets des jugements étrangers, lorsque la compétence du juge étranger est appréciée suivant les prescriptions du droit de l'Etat où la décision étrangère doit être reconnue. Mais la bilatéralisation dans ce cas ne procède pas du désir d'établir une égalité entre les diverses juridictions nationales. Elle est destinée à préserver la compétence exclusive des juridictions de l'Etat de l'*exequatur*, en privant du bénéfice de celle-ci les décisions étrangères qui l'auraient méconnue.

En réalité l'égalité des juridictions des Etats, en l'absence de traités, ne peut s'appuyer sur les dispositions précises et unilatérales de leurs droits respectifs. Sa réalisation est seulement facilitée, ou compromise, par l'esprit et la physionomie générale de ces droits. Elle dépend ainsi de l'existence dans chaque pays de règles objectives de compétence internationale fondées sur la localisation des litiges. A cet égard, la compétence de la juridiction d'un Etat qui a peu de liens avec le litige consacre une discrimination à l'égard de celle de l'Etat où le litige s'insère étroitement. Elle

apparaît alors artificielle, internationalement inefficace, et conduit souvent à une inégalité entre les lois en présence.

8. — On s'explique dès lors que les Etats, tout en cherchant à protéger leurs nationaux et à leur faciliter l'accès à la justice de leur pays, manifestent aujourd'hui une ouverture de plus en plus large à la compétence des juridictions étrangères, lorsque celle-ci est fondée sur une localisation suffisante du litige dans le pays étranger. Diverses solutions le confirment. On le constatera d'abord dans le fait que la plupart des Etats, en vue de la détermination de la compétence internationale de leurs juridictions, utilisent les critères de la compétence territoriale interne. Une pareille orientation présente certainement l'avantage d'assurer une plus grande égalité des diverses juridictions nationales. Un Etat en effet qui fixe la compétence de ses tribunaux par rapport à celle des tribunaux d'un autre Etat, de la même manière qu'il fixe la compétence de ses propres juridictions les unes par rapport aux autres, peut assurer une meilleure localisation de la justice et réaliser un plus juste équilibre dans la répartition des litiges internationaux.

Au contraire, une compétence qui serait fondée exclusivement sur la nationalité, par les privilèges qu'elle confère à l'un des plaideurs, porte nécessairement atteinte à cet équilibre. Certes, on s'explique que cet équilibre soit parfois sacrifié et qu'un Etat ne puisse refuser la justice qu'il doit naturellement à ses nationaux. Mais ce sacrifice doit être mesuré et son acceptation doit faire l'objet d'une sérieuse réflexion lorsque le litige, par la plupart de ses éléments, s'insère dans un pays différent de celui de la nationalité des plaideurs.

9. — La doctrine du *forum non conveniens* appliquée aux Etats-Unis, en Ecosse et plus récemment en Angleterre⁵ constitue un deuxième signe de ce souci d'égalité qui anime les Etats dans

⁵ Voir à ce sujet VAN HECKE, « Principes et méthodes en droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, 1969, Tome 126, p. 463 ; Hélène GAUDEMET TALLON, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », *Mélanges Gabriel Marty*, p. 554 et suiv. (Université des sciences sociales de Toulouse, 1978). Voir aussi Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 142 et suiv.

la détermination des règles de la compétence internationale. Elle autorise le juge d'un Etat normalement compétent pour connaître d'un litige international à décliner sa compétence s'il lui apparaît qu'il est mal placé pour le trancher et qu'un tribunal étranger peut mieux s'acquitter de cette mission.

Sans doute cette doctrine introduit une souplesse excessive dans l'utilisation des règles de la compétence internationale, au détriment de la sécurité des plaideurs. Mais elle vise à inviter les parties à s'adresser à la juridiction du pays qui, sur le plan procédural, est plus proche des faits litigieux et peut plus aisément réunir les moyens de preuve et rendre la justice.

Encore qu'on l'ait formellement nié, cette doctrine est davantage appelée à jouer dans les Etats où la loi du for a un très large domaine d'application, et où les compétences judiciaire et législative sont par suite très liées. L'exception du « forum non conveniens », en rétablissant une certaine égalité entre les juridictions ayant des contacts avec les divers éléments du litige, la rétablit corrélativement entre leurs systèmes de conflit et leurs lois respectives.

10. — Le souci de maintenir cette égalité peut enfin être relevé dans l'accueil, par la juridiction du for, de l'exception de litispendance au profit d'une juridiction étrangère, quand celle-ci a été saisie la première du litige. Sans doute la recevabilité de cette exception est-elle subordonnée à certaines conditions, notamment, en France, à ce que la décision qui sera rendue par la juridiction étrangère ait des chances suffisantes d'être reconnue dans le pays du for. Elle dénote de toute manière le désir d'assurer une plus large coopération internationale pour le règlement des litiges internationaux, quand cette coopération ne nuit pas aux intérêts légitimes de l'Etat du for.

Je ne m'attarderai pas davantage dans ce rapport provisoire sur les problèmes de la compétence judiciaire et sur leur incidence quant au règlement du conflit de lois.

Cette incidence ne fait pas de doute. Les règles de la compétence judiciaire internationale se répercutent directement sur celles de la compétence législative, les juridictions nationales des divers pays appliquant souvent des règles différentes de conflits de lois.

Les liens des deux compétences sont davantage établis dans les pays anglo-saxons où la loi du for est plus souvent appliquée dans

les relations internationales, et où la compétence juridictionnelle elle-même est influencée par la compétence législative, l'applicabilité du droit étranger étant souvent une bonne raison de déclarer l'action irrecevable⁶. L'égalité des juridictions n'est pas ainsi toujours séparée de l'égalité des lois en conflit.

Dans les autres pays, au contraire les deux problèmes sont plus nettement dissociés, sans qu'on méconnaisse pour autant les liens qui les unissent. On ne manque pas de relever à cet égard que les règles de la compétence judiciaire obéissent à des considérations spécifiques fondées essentiellement sur l'aptitude géographique d'un tribunal à apprécier les faits litigieux, alors que les règles de conflits de lois sont centrées sur l'analyse des matières et des situations juridiques. Les règles de la compétence judiciaire sont dotées, d'autre part, d'une plus grande souplesse, font une large place à la volonté des plaideurs, alors que les règles de conflit de lois, se répercutant directement sur les droits substantiels, sont nécessairement plus impératives.

Ce rapprochement rapide pourrait être développé et approfondi. Je serai heureux de recueillir les avis des membres de la Commission à ce sujet, quant à l'utilité d'intégrer le problème de la compétence judiciaire au thème de travail qui nous a été proposé et dont le libellé est plus limité. C'est à l'examen de ce thème en lui-même, dans le cadre du règlement du conflit de lois, que je voudrais maintenant consacrer les développements qui suivent.

A cet égard, l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère me paraît devoir être recherchée dans la phase d'établissement de la règle de conflit, comme dans celle de sa mise en œuvre.

⁶ Voir GRAVESON, "Choice of law and choice of jurisdiction in the english conflict of laws", *Br. Yearbook of int. law*, 1951, 253, et P. HERZOG, *Le Forum non conveniens en droit anglo-américain*, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1976, p. 1 et s.; et, sur l'ensemble de la question, H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollewnig et Offerhaus*, p. 55. Pour la manière dont le problème est posé en Allemagne, voir Paul LAGARDE, « Commentaire des travaux du Max-Planck Institut », *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1983, p. 809.

I) *Egalité et établissement de la règle de conflit*

11. — Diverses questions doivent ici être envisagées. La place de la loi étrangère dans le système de conflit du for me paraît d'abord dépendre de la conception et de la structure de la règle de conflit, de son caractère bilatéral ou unilatéral. Elle est d'autre part affectée par le choix de la circonstance de rattachement. Elle est enfin influencée par la neutralité plus ou moins prononcée de la règle de conflit à l'égard des droits matériels.

a) Comme nous l'avons observé plus haut, l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère est le fruit du bilatéralisme, de la méthode « savignienne » du règlement du conflit de lois fondée sur la localisation des situations juridiques. Méthode objective qui consacre l'application de la loi avec laquelle cette situation présente les liens les plus significatifs. Peu importe qu'il s'agisse de la loi du for ou de la loi étrangère. La localisation n'est pas appréciée différemment suivant qu'elle conduit à l'application de l'une ou de l'autre⁷. L'égalité des lois en présence repose ainsi sur la structure indirecte de la règle du conflit, sur sa neutralité à l'égard des droits matériels et des intérêts attachés à leur application. Le bilatéralisme a en effet pour conséquence de fonder la désignation de la loi applicable essentiellement sur l'analyse des matières et des situations juridiques qui conduit le législateur ou le juge à choisir l'élément de rattachement le plus significatif, le plus approprié. Et cet élément pourra indiquer la loi étrangère, comme la loi du for.

12. — Telle n'est pas la démarche unilatéraliste qui adopte comme point de départ les droits matériels eux-mêmes en cherchant à fixer leur domaine d'application dans l'espace. Les règles unilatérales ont été ainsi considérées à juste titre comme des règles de délimitation⁸ par opposition aux règles de conflit à caractère paritaire. Comme on le sait, la généralisation du procédé unilatéraliste conduit à rechercher dans tout litige international si une dispo-

⁷ Voir en particulier Pierre MAYER, *Droit international privé*, (3^e édition), n° 115 et suiv.

⁸ Voir notamment à ce sujet Georges VAN HECKE, *Rec. Cours La Haye*, 1969, I, p. 446 et suiv.

sition matérielle du droit du for doit le régir, et dans la négative seulement à examiner les systèmes étrangers pour trouver celui qui se veut applicable. Un pareil procédé en excluant la possibilité d'appliquer une loi étrangère, malgré elle, paraît à première vue mieux respecter la souveraineté de l'Etat étranger et aussi, comme on l'a souligné, l'esprit de la loi étrangère, sa manière d'être. Il serait donc susceptible de mieux assurer l'égalité du système du for et du système étranger.

Cependant, et on n'a pas manqué de le relever, ces apparences ne sauraient masquer la supériorité de principe qu'un pareil procédé confère au système du for par rapport aux systèmes étrangers⁹. Cette supériorité tient au fait que, dans la conception unilatéraliste, l'application de la loi du for ne résulte pas d'une qualification préalable des situations juridiques, mais de la seule volonté de l'Etat du for de les appréhender.

L'examen des codifications nationales montre bien que, dans les cas finalement peu nombreux où les législateurs ont adopté des dispositions unilatérales, le but poursuivi était bien d'écarter les lois étrangères et de conférer à la loi du for un caractère impératif lorsque l'intérêt de l'Etat du for ou celui de ses ressortissants est estimé prépondérant.

Les dispositions qui consacrent ainsi dans les codifications la prépondérance de la *lex fori* revêtent diverses formes. Elles sont parfois discrètement et accessoirement juxtaposées à des règles bilatérales auxquelles elles dérogent dans certains cas, essentiellement dans les matières de la capacité contractuelle et des successions.

Mais plus souvent elles sont établies à titre principal, excluent alors en toute circonstance l'application de la loi étrangère, notamment dans les domaines des effets du mariage et du divorce, lorsque l'un des époux a la nationalité de l'Etat du for. La discrimination ne vise pas alors seulement les lois en présence ; elle frappe les parties elles-mêmes et a été souvent dénoncée en raison de son caractère choquant.

⁹ Voir VITTA, Cours général de droit international privé, *Rec. Cours La Haye*, 1978, IV, p. 156-157.

Il me paraît utile de passer en revue ces diverses dispositions :

13. — S'agissant de la capacité contractuelle, le rattachement unilatéral adopté dans certaines codifications vient se greffer sur une règle bilatérale dont il a pour objet d'empêcher l'internationalisation dans des cas bien définis. Comme on le sait, dans cette matière qui est au carrefour de la loi personnelle et de la loi contractuelle, de sérieuses hésitations se sont manifestées en doctrine, comme en droit positif, quant au choix du droit applicable. Ces hésitations dénotent le souci de concilier la protection des incapables avec les intérêts et la stabilité du commerce.

La jurisprudence française issue de l'arrêt Lizardi a réalisé cet équilibre avec souplesse et habileté. Sans mettre directement en échec la loi personnelle, elle a déclaré que les dispositions restrictives de celle-ci ne pourront être opposées au co-contractant français de l'incapable, si celui-ci est excusable de les ignorer « ayant contracté sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ».

Cette solution a été récemment interprétée comme établissant une règle matérielle de droit international privé pouvant s'appliquer aussi bien aux actes conclus en France qu'à ceux passés à l'étranger lorsque le co-contractant de l'incapable a contracté de bonne foi, eu égard aux dispositions de la loi locale, dans l'ignorance des dispositions de la loi personnelle de ce dernier¹⁰.

Les Codes récents de droit international privé ont souvent adopté des positions plus tranchées et consacré dans ce domaine une inégalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère par l'adjonction de règles unilatérales de rattachement. C'est ainsi que l'article 8 du Code turc de droit international privé, après avoir énoncé que la capacité de jouissance et d'exercice des droits civils était soumise à la loi nationale de l'intéressé, déroge à cette règle, lorsque l'étranger incapable selon sa loi nationale, mais capable selon la loi turque, a accompli des actes en Turquie. Cette exception vise seulement les actes effectués par des étrangers en Turquie et ne peut semble-t-il, par voie de bilatéralisation, profiter aux actes

¹⁰ En ce sens P. MAYER, *Droit international privé*, op. cit., n° 518 ; voir aussi BATIFFOL et LAGARDE, t. II (7^e édition), n° 491-492 citant Jobard BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, Thèse multigraphiée, Paris I, 1982.

conclus à l'étranger par des sujets turcs incapables aux yeux de la loi turque, mais capables suivant la loi étrangère du lieu de conclusion du contrat.

Des dispositions analogues figurent dans l'ordonnance algérienne du 26 septembre 1975 (art. 10), dans la loi du 11 juillet 1977 de la République démocratique allemande (6), comme dans la loi hongroise du 31 mai 1979 (art. 15, al. 2). Ces différents textes ne donnent pas ainsi à la loi personnelle le même domaine d'application suivant qu'elle constitue la loi du for ou la loi étrangère, et consacrent indirectement une inégalité entre les nationaux de l'Etat du for et les étrangers.

On s'explique dès lors les réactions doctrinales qu'ils devaient provoquer. Ces réactions ont conduit plusieurs Etats à adopter dans ce domaine des règles entièrement bilatérales qui cherchent à réaliser un équilibre entre la loi personnelle et la loi du lieu de conclusion du contrat, la dérogation apportée à la première en faveur de la seconde pouvant bénéficier aussi bien au droit du for qu'au droit étranger (art. 34 du projet suisse¹¹, art. 12 du Code de la République fédérale d'Allemagne, 8 du projet québécois. Voir aussi l'art. 11 du Traité de Rome du 19 juin 1980 sur les obligations contractuelles).

14. — Des observations du même genre peuvent être présentées à propos de la matière des successions, où certaines législations ont également élargi le domaine d'application de la loi du for, par l'adjonction d'un rattachement unilatéral à la règle générale de conflit formulée bilatéralement. Ainsi l'article 22 du Code turc, comme l'art. 25 de la loi de la République démocratique allemande qui soumettent, en règle générale, la succession à la loi nationale du défunt, appliquent obligatoirement la loi turque ou la loi de la R.D.A. aux immeubles successoraux situés en Turquie ou en R.D.A.

Ces textes conduisent ainsi à appliquer à la succession immobilière des nationaux une loi différente de celle qui régit la succession immobilière des étrangers. La première obéit toujours à la loi nationale du défunt, loi du for, même pour les immeubles situés à

¹¹ Depuis l'établissement de ce rapport, ce projet a été adopté et la nouvelle loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

l'étranger, alors que la seconde pour les immeubles situés en Turquie ou en R.D.A. se trouve régie par la loi du lieu de leur situation. Le recours à des éléments de rattachement différents suivant qu'il s'agit de nationaux ou d'étrangers, d'immeubles situés dans le pays du for ou dans un pays étranger apparaît ainsi discriminatoire et élargit abusivement le domaine d'application du droit du for. On s'explique certes qu'un Etat veuille, pour établir sa règle de conflit en matière successorale, utiliser deux rattachements suivant qu'il s'agit des meubles ou des immeubles. Mais ces deux rattachements doivent pouvoir bénéficier dans les mêmes conditions à la loi étrangère comme à la loi du for.

Ces remarques justifient encore les sévères critiques qu'a suscitées en France l'article 310 nouveau du Code civil qui, dans le domaine du divorce, pour fixer le domaine de la loi française, se fonde aussi sur un double rattachement, nationalité et domicile, de manière à appliquer celle-ci aux Français domiciliés à l'étranger comme aux étrangers domiciliés en France. Une pareille règle qui exclue toute bilatéralisation ne peut que compromettre l'harmonie internationale des solutions. Sans doute l'article 310, sur le plan méthodologique, diffère des dispositions de la loi turque ou de la loi de la R.D.A. du fait qu'il est formulé d'une manière purement unilatérale, et réserve dans l'alinéa 3 les cas d'application de la loi étrangère, lorsque la loi française est inapplicable en vertu des alinéas 1 et 2. Mais le champ de l'alinéa 3 est singulièrement rétréci, du fait du double rattachement qu'établissent les alinéas 1 et 2 en faveur de la loi française.

15. — L'unilatéralisme peut encore procéder d'un nationalisme plus prononcé, dans les Etats qui établissent des privilèges de nationalité et déclarent leur loi impérativement applicable aux situations où l'une des parties est leur ressortissante. Ces privilèges ont été surtout introduits dans les matières des effets du mariage et du divorce. C'est ainsi que l'article 14 du Code égyptien déclare applicable dans ces matières la loi égyptienne, si l'un des époux est de nationalité égyptienne. Des dispositions analogues figurent dans les Codes proche-orientaux (voir en particulier l'article 15 du Code civil syrien, et l'article 19 du Code irakien comme aussi dans l'article 13 de la loi algérienne du 26 septembre 1975, l'article 36 de la loi gabonaise du 29 juillet 1972 et les Codes des pays socialistes. Dans la Répu-

blique démocratique allemande, l'exclusion de la loi étrangère est plus complète puisque la loi de la R.D.A. s'applique à tous les divorces d'époux de nationalité différente, même si aucun d'eux ne porte la nationalité allemande (S 20-1).

On notera que dans les Etats confessionnels, comme les Etats musulmans, le privilège de nationalité s'accompagne d'un privilège de communauté dans le règlement des conflits internes, le droit musulman s'appliquant obligatoirement dans les relations de statut personnel de personnes de confession différente.

On pourra là aussi parler d'inégalité entre les divers droits communautaires. Celle-ci s'explique par le caractère confessionnel de l'Etat dont le droit fait figure d'un droit commun, les droits des communautés non-musulmanes étant considérés comme des droits d'exception. Il s'agit là aussi, plutôt que de règles de conflit de lois, de règles de délimitation des compétences des autorités confessionnelles et de leurs droits respectifs, le droit de la communauté de l'Etat ayant un plus large domaine d'application que les autres.

b) 16. — La bilatéralisation nous est ainsi apparue jusqu'à présent comme une condition de la réalisation de l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère. Elle n'est pas cependant toujours suffisante pour l'établir. L'égalité dépend aussi du choix des éléments de rattachement qui peuvent la faciliter ou au contraire la compromettre.

Il a été ainsi souvent observé que, dans les matières du statut personnel, le rattachement par la nationalité était plus favorable aux lois étrangères que le rattachement par le domicile. La nationalité constitue un meilleur véhicule d'importation du droit étranger, alors que le domicile réalise souvent la coïncidence fréquente des compétences législative et judiciaire et augmente ainsi les chances d'application de la loi du for.

Dans ce domaine les positions des diverses codifications nationales sont différentes. Alors que, dans les textes des Etats occidentaux, comme dans les conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé, on constate une plus large application de la loi du domicile, et aussi de la résidence, dans les Etats du Proche-Orient et de l'Afrique, la fidélité à la loi nationale est plus enracinée et reflète l'attachement des sociétés multi-communautaires à la personnalité du droit.

17. — Les effets du choix de la circonstance de rattachement sur l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère prennent un relief particulier dans certaines codifications récentes qui se fondent sur le rattachement le plus étroit ou le plus fort en vue de la désignation de la loi applicable. Ces expressions n'ont sans doute pas toujours la même signification. Elles manifestent la pénétration dans les législations qui les utilisent de procédés comparables à ceux de la *proper law* et conduisent à faire varier la désignation de la loi applicable dans chaque espèce en fonction de la signification ou de l'intensité des rattachements qui la lient aux différents pays. Une pareille méthode, qui confère au juge une grande souplesse pour la désignation de la loi applicable, favorise certes le choix dans chaque cas de la loi la plus adéquate. Elle sacrifie en revanche la prévisibilité des solutions de plus en plus recherchée par les plaideurs dans les relations internationales. On doit cependant noter une pénétration non négligeable de ce procédé dans les récentes législations européennes.

Cela est assez net dans la loi autrichienne qui érige le rattachement le plus fort à titre de principe, les diverses règles établies par le législateur en étant l'expression (art. 1). Lorsque ces règles font défaut ou lorsqu'elles ne peuvent être appliquées, le juge, plutôt que de recourir à la *lex fori*, cherchera sur le fondement de ce principe la loi qui présente les liens les plus forts avec la situation envisagée¹².

La recherche du rattachement le plus fort ou le plus significatif constituera souvent ainsi une directive donnée au juge, pour déterminer la loi applicable, quand le rattachement fixe établi par le législateur à titre principal paraît trop lâche ou ne peut être utilisé dans un cas déterminé. C'est surtout dans les matières des obligations contractuelles et délictuelles que cette orientation est le plus souvent adoptée (voir notamment en matière délictuelle, l'article 48 de la loi autrichienne, l'article 25, alinéa 3, de la loi turque, en matière contractuelle l'article 29 du Code hongrois de 1979 ; art. 4,

¹² Cette interprétation de l'article 1 de la loi autrichienne, bien que discutée, est généralement adoptée par la doctrine dominante. Voir à ce sujet Erik JAYME, « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, 1982, IV, p. 64.

paragraphe 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ; art. 28 de la loi de la République fédérale d'Allemagne).

De pareilles dispositions, dans la mesure où elles excluent un retour automatique à la *lex fori* assurent certes une internationalisation plus grande des solutions et donnent à la loi étrangère la place qui doit, semble-t-il, lui revenir. Cependant cet avantage ne doit pas être exagéré. Et on a remarqué que le pouvoir d'appréciation que ce procédé confère au juge pourra souvent le porter à estimer plus significatif ou plus fort le rattachement de la situation juridique à son propre droit qu'il ne manquera pas d'appliquer. L'importance des différents rattachements sera souvent évaluée d'après les intérêts et les politiques législatives des Etats, et ceux de l'Etat du for paraîtront prépondérants.

Ce risque ne doit pas être négligé, surtout lorsque les éléments de rattachement sont disséminés d'une manière égale dans plusieurs pays, le plus significatif d'entre eux étant alors bien difficile à dégager. Aussi, tout en n'écartant pas ce procédé, il convient de lui conserver son caractère subsidiaire et exceptionnel. Les risques d'imprévisibilité des solutions qu'il comporte ne sont pas en effet toujours compensés par une internationalisation plus grande de celles-ci.

c) 18. — Des observations d'un autre ordre peuvent être présentées à propos des règles de conflit de plus en plus fréquentes qui visent à atteindre un résultat matériel déterminé. Ces règles qui se trouvent dépouillées de leur neutralité à l'égard des prescriptions de fond ont pour objet soit de protéger certaines personnes déterminées, soit d'assurer la consécration d'un résultat qui paraît souhaitable, telle la validité d'un mariage, d'un contrat, l'établissement d'une filiation, la facilitation d'un divorce, ou au contraire le renforcement des conditions nécessaires à son prononcé.

La méthode utilisée par le législateur est celle des règles de conflit alternatives ou cumulatives qui reposent sur une combinaison d'éléments localisateurs et d'éléments matériels. Les premières manifestent la faveur du législateur pour un intérêt déterminé qu'il entend préserver dans les relations internationales. Les secondes, au contraire, expriment son hostilité ou sa réticence à l'égard d'une institution dont il désire limiter le domaine ou la fréquence d'application.

L'examen des diverses codifications nationales révèle une utilisation plus large par les Etats du rattachement alternatif que du rattachement cumulatif. On peut l'observer dans la consécration du caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, dans les dispositions relativement nombreuses qui cherchent à faciliter la validité du mariage, l'établissement de la filiation, ou la réalisation de la légitimation¹³.

Parmi les exemples de rattachement cumulatif, on citera la prescription ancienne bien connue de l'article 17 alinéa 4 de la loi d'introduction au Code civil allemand qui ne permet aux étrangers qui ont épousé des femmes allemandes de demander le divorce que si l'action est fondée tant sur leur loi nationale que sur la loi allemande.

19. — Il semble de prime abord que les rattachements alternatifs ou cumulatifs ne puissent porter atteinte à l'égalité des lois en conflit. C'est toujours la loi la plus favorable ou la plus sévère qui sera appliquée. Peu importe qu'elle soit la loi du for ou une loi étrangère. Cependant ces apparences ne sauraient masquer la supériorité effective qu'un pareil procédé confère à la *lex fori*. En effet la faveur ou l'hostilité à un intérêt déterminé traduisent nécessairement la conception que l'Etat du for se fait de cet intérêt, conception qu'il entend voir appliquée dans les relations internationales.

Le mécanisme des règles alternatives ou cumulatives fondé sur l'analyse des droits matériels, implique une référence au moins implicite à la politique législative de l'Etat du for, politique qui souvent pourra s'écarter de celle des autres Etats. Plutôt que de faciliter l'harmonie des solutions, la mise en mouvement de ce mécanisme cristallisera ainsi souvent les divergences des conceptions des Etats¹⁴.

¹³ Voir dans le domaine de la filiation les dispositions de la loi française du 3 janvier 1972 relatives à la légitimation (art. 311-16), à la reconnaissance volontaire (art. 311-17), à l'action à fin de subsides (art. 311-18). Voir aussi les § 21, 22 de la loi autrichienne, les articles 19 alinéa 1 et 20 alinéa 1 du Code de la République fédérale d'Allemagne, l'article 71 du projet suisse.

¹⁴ Voir à ce sujet Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 56 et suiv.

Ces divergences expliquent que, dans certaines codifications, la loi étrangère soit écartée expressément au profit de la loi du for, lorsque son application ne conduit pas au résultat indiqué dans la règle de conflit. Ainsi l'article 20 alinéa 2 de la loi de la R.D.A. déclare applicable la loi de la R.D.A., si la loi nationale des époux étrangers ignore le divorce. Celui-ci sera alors prononcé conformément à la loi de la R.D.A. Des dispositions analogues sont édictées à l'article 22 du droit tchécoslovaque, 41 de la loi hongroise, et aussi quoique d'une manière différente et plus nuancée à l'article 61 du projet suisse, à l'article 17 de la loi de la R.F.A.¹⁵.

Comme l'observe M. von Overbeck¹⁶, de pareilles règles sont en quelque sorte une concrétisation de l'ordre public, manifestent l'attachement de certains Etats à l'admission du divorce, et les conduisent au rejet des droits étrangers qui l'interdisent. La politique législative qui commande les dispositions des droits internes des Etats imprègne ici leurs règles de conflit. Mélangées à des éléments matériels, ces règles perdent non seulement de leur neutralité, mais aussi de leur potentiel d'universalité.

Ceci confirme une observation qui a été souvent faite, à savoir que les règles matérielles d'origine nationale assurent moins bien l'harmonie des solutions dans les relations internationales que les règles de conflit qui sont susceptibles d'être coordonnées.

Les règles alternatives, comme les règles subsidiaires en fonction du résultat qui sont de type mixte puisqu'elles renferment à côté d'éléments localisateurs des éléments matériels, n'échappent pas à cet inconvénient. Elles sont au fond inégalitaires, du fait qu'elles subordonnent l'application des lois étrangères à la concordance de leur teneur avec la politique législative de l'Etat du for.

¹⁵ Dans le nouveau Code de la R.F.A. la loi étrangère qui prohibe le divorce n'est écartée que si le demandeur est de nationalité allemande, ou s'il l'était au moment de la célébration du mariage.

¹⁶ VON OVERBECK, « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *Recueil des Cours La Haye*, tome 176, 1982-III, par. 188.

II) *L'égalité et les procédés de mise en œuvre de la règle de conflit*

20. — Notre Commission, à sa dernière session tenue au Caire, pour ne pas élargir un sujet déjà assez vaste, a estimé utile de ne pas s'appesantir sur les questions d'interprétation de la règle de conflit (qualification, règlement du conflit mobile...) qui ne touchent qu'indirectement à notre thème de travail. Il lui a semblé plus sage de centrer ses réflexions sur les problèmes liés au fonctionnement de cette règle, lorsqu'elle conduit à l'application de la loi étrangère.

Ces problèmes sont classiques mais demeurent sujets à controverse. Ils concernent, on le sait, le pouvoir d'initiative du juge quant à l'application de la loi étrangère, le rôle qu'il peut exercer pour la découverte de son contenu, et enfin les conséquences du défaut d'établissement de preuve du droit étranger. Il me paraît nécessaire de présenter aux membres de la Commission les solutions suivies dans les divers Codes sur chacun de ces points, avant de demander leur avis sur les prises de position que l'Institut pourrait adopter.

a) Le pouvoir d'initiative du juge

21. — De nombreux Codes¹⁷ imposent au juge l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit du for, même si elle conduit à l'application de la loi étrangère, que celle-ci soit ou non invoquée par les parties. Cette obligation vise alors la règle de conflit elle-même qui s'impose d'office au juge. Le fait qu'elle désigne la loi étrangère ne saurait diminuer son caractère impératif. Décider le contraire serait établir une discrimination entre le droit du for et le droit étranger en ne conférant pas à la règle de conflit la même force, suivant qu'elle consacre l'application du premier ou du second.

La différence de régime entre la loi du for et la loi étrangère pourra se manifester postérieurement, sur le terrain de la preuve, ou s'il apparaît que la loi étrangère se déclare incompétente, ou si son contenu est incompatible avec les exigences de l'ordre public

¹⁷ Voir en particulier l'article 3 du Code autrichien, l'article 12 de la loi espagnole, l'article 2 du Code turc.

du pays du for. Mais l'égalité se trouve réalisée au niveau essentiel de la désignation du système juridique applicable et du rôle du juge en vue de cette désignation, alors qu'aucun obstacle n'est encore apparu pour écarter ou rendre difficile la réception du droit étranger.

Ces considérations ne semblent pas cependant avoir convaincu tous les codificateurs. Et on peut dans certains textes observer un silence prudent dans ce domaine comme sur les questions générales de droit international privé. Ce silence traduit les réticences de certains pays à imposer à l'autorité judiciaire l'application de la loi étrangère, quand elle n'est pas invoquée par les parties. Et ces réticences manifestent sans doute la prépondérance accordée au caractère procédural de l'application de la loi étrangère considérée comme un moyen entre les mains des plaideurs que le juge ne pourrait soulever lui-même d'office.

Cela est net en Angleterre où, comme on le sait, on veut présumer que la loi étrangère est en principe identique à la loi du for, toute différence devant être établie par la partie qui s'en prévaut¹⁸. La présomption d'identité permet de traiter ici la loi étrangère comme un fait qui doit être établi par les plaideurs. Cette présomption doit être détruite, si on veut éviter l'application de la loi du for qui s'impose normalement au juge.

La jurisprudence française¹⁹ issue de l'arrêt Bisbal et suivie dans certains pays a adopté une position qui prend l'allure d'un compromis. Elle confère au juge du fond, dans le silence des parties, un pouvoir d'appréciation qui lui permet de mesurer dans chaque espèce l'opportunité de soulever lui-même d'office l'application de la loi étrangère. L'exercice de cette faculté pourra certes dépendre en pratique de la psychologie des tribunaux. Mais la décision prise sera aussi influencée par les questions pratiques de la preuve. Le juge sera ainsi davantage porté à soulever lui-même l'application

¹⁸ Voir CHESHIRE et NORTH, p. 124.

¹⁹ Cette jurisprudence a fait l'objet récemment d'une évolution qui pourrait être interprétée comme imposant dans certains cas au juge d'appliquer la loi étrangère normalement compétente. Voir Pierre MAYER, *Droit international Privé* (3^e édit.), n° 150, et ANCEL et LEQUETTE, note sous Civ., 25 nov. 1986, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, 383.

de la loi étrangère, lorsque celle-ci est manifestement connue ou peut être aisément établie.

Il reste que la mission du juge dans la désignation de la loi étrangère doit nettement être dissociée des questions que soulève la preuve de sa teneur. Les impératifs qui commandent cette désignation se rattachent en effet au caractère normatif de la règle de conflit. Celle-ci ne constitue pas une disposition purement technique ou instrumentale. Elle revêt le caractère d'une règle de droit qui s'impose au juge.

22. — Si on admet ainsi l'obligation du juge de désigner d'office le droit étranger, dans le silence des parties, et telle est la tendance dans le droit international privé contemporain, il convient d'en fixer le domaine. Cette obligation va-t-elle varier suivant les matières ? Doit-elle s'étendre aux éléments d'extranéité dont dépend la désignation de la loi étrangère ?

Sur le premier point, la thèse a été souvent défendue que le juge ne serait tenu d'appliquer d'office sa règle de conflit que dans les matières où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, et où donc le *forum shopping* et la fraude à la loi étrangère peuvent être redoutés. Une pareille solution conduit implicitement à autoriser les plaideurs, dans les autres matières, à choisir, au cours de la procédure judiciaire, la *lex fori*, en n'invoquant pas le droit étranger qui deviendrait purement facultatif.

Les Codes qui imposent au juge l'obligation d'invoquer la loi étrangère normalement compétente n'établissent pas de différenciation dans ce domaine²⁰. La généralité de leurs dispositions témoigne du souci des législateurs de laisser à la jurisprudence le soin de prendre position, du désir aussi de ne pas consacrer dans les textes une distinction dont les contours ne sont pas toujours faciles à préciser.

A cet égard Motulsky²¹ observait qu'en droit interne, les lois, qu'elles soient impératives ou supplétives, étaient invoquées d'office

²⁰ Voir l'article 2 du Code autrichien (loi du 15 juin 1978) ; l'art. 12, p. 6, du Code espagnol (D.L. 31 mai 1974) ; l'article 2 du Code turc (Loi du 20 mai 1982).

²¹ Voir MOTULSKY, « La condition de la loi étrangère », *Mélanges Savatier*, p. 685 et suiv.

par le juge. Il estimait que cette solution devait être maintenue dans les relations internationales, sauf dispense expresse des parties. A ses yeux le silence de celles-ci ne pouvait être interprété comme une renonciation à l'application de la loi étrangère. La compétence de la loi du for, dans les matières non réglementées impérativement, devait résulter de leur choix explicite dont la claire manifestation était nécessaire pour permettre au juge de ne pas invoquer sa règle de conflit.

L'application de la loi étrangère pouvait être facultative pour les parties dans les matières où celles-ci ont la libre disposition de leurs droits ; elle ne demeurerait pas moins obligatoire pour le juge qui devait l'invoquer tant que celles-ci n'avaient pas exprimé un choix différent.

Cette position peut d'autant mieux être défendue que la qualification des réglementations impératives prête à discussion, certains auteurs s'étant demandé si elle ne devait pas être effectuée par référence à la loi étrangère, dès lors que celle-ci était normalement compétente en vertu de la règle de conflit du for²².

Ces considérations ne sont pas négligeables. Il reste que c'est surtout dans les matières du statut personnel, particulièrement du divorce, que l'accord des parties s'est réalisé pour ne pas invoquer une loi étrangère qui leur était défavorable. C'est là que le *forum shopping* a sévi, inspiré par l'intention frauduleuse. Or, on peut noter dans ce domaine une assez large concordance de vues en doctrine pour imposer au juge l'obligation d'invoquer l'application de la loi étrangère désignée par sa règle de conflit. Au contraire, les divergences sont saillantes quand il s'agit d'étendre cette obligation aux matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits et ne sont pas clairement exprimées sur la loi applicable. Il me sera très utile de recueillir l'avis des membres de la Commission sur cette question.

23. — Un autre point aussi complexe doit être élucidé, celui de la recherche des éléments d'extranéité dont dépend la désignation de la loi applicable. Le juge doit-il prendre des initiatives dans ce domaine, demander par exemple aux parties de l'informer sur leur

²² Voir PONSARD, *Répertoire de droit international*, Loi étrangère, n° 55.

nationalité, leur domicile, lorsque le dossier qui lui a été remis ne le renseigne pas sur ces éléments ?

Le législateur autrichien (art. 2 de la loi de 1978) prend nettement position sur ce point en affirmant « que les conditions de fait et de droit qui commandent le rattachement à un ordre juridique déterminé doivent être constatées d'office, sauf si les faits présentés par les parties doivent être tenus pour vrais dans une matière où le choix du droit applicable est admis. »

La position est logique. Dès lors qu'on impose au juge l'obligation d'appliquer d'office la loi étrangère, il convient, si on ne veut pas rendre cette obligation illusoire, de l'étendre à la recherche des éléments dont dépend cette application. Il s'agit certes ici d'éléments qui présentent un caractère de fait et de droit (nationalité, domicile...). Mais la désignation de la loi étrangère est liée à leur constatation. Et le juge, ici encore, au moins dans les matières faisant l'objet de réglementations impératives doit chercher à surmonter la négligence, l'inertie ou le silence frauduleux des parties qui peuvent avoir intérêt à écarter la loi étrangère normalement applicable.

La question a cependant été discutée du fait qu'elle met en cause les obligations et les pouvoirs du juge sur le terrain de la preuve. Mais la preuve ne porte pas ici sur la teneur et l'interprétation du droit étranger. Elle a un objet spécifique, savoir les éléments de fait et de droit qui conditionnent la désignation de la loi étrangère. Elle se rattache à l'application de la règle de conflit qui est fondée sur ces éléments et dont le juge doit empêcher la violation.

La preuve de la teneur de la loi étrangère, qui suppose que celle-ci ait déjà été désignée, soulève d'autres problèmes qu'il nous faut maintenant envisager.

b) L'établissement du contenu de la loi étrangère

24. — La loi étrangère n'est pas supposée connue du juge et des plaideurs et doit donc être établie. Son extériorité au système du for, la nécessité de sa recherche, la soumission de sa teneur à une discussion contradictoire, ne justifient pas cependant qu'on l'assimile à un fait pur et simple. D'une part, elle revêt une généralité qui la rend accessible à tous et la différencie des faits indivi-

duels du dossier. D'autre part, l'effort de sa découverte ne lui enlève pas son caractère de norme juridique qui sera appliquée aux plaideurs et constituera le fondement de la décision du juge.

Ces considérations expliquent que le juge puisse exercer, en vue de sa connaissance, un rôle qu'il ne saurait assumer dans la constatation des événements contingents, des faits singuliers qui ont donné naissance au litige. Ces faits doivent lui être présentés et il lui appartient de s'assurer de leur exactitude à la lumière des moyens de preuve.

La loi étrangère revêt au contraire une disponibilité générale qui autorise le juge à en prendre personnellement connaissance. Le problème se pose seulement de savoir si l'initiative du juge dans ce domaine constitue une simple faculté qui lui est offerte ou une obligation qui lui est imposée quand sa règle de conflit désigne la loi étrangère.

La réponse est certes liée à la conception qu'on se fait de la mission du juge dans le régime d'application de la loi étrangère. Mais elle n'en dépend pas exclusivement.

Si on estime en effet que le juge doit appliquer d'office la loi étrangère, on sera enclin à lui faire assumer le devoir d'en rechercher le contenu. Telle est la position adoptée dans les Codes récents où les deux obligations sont souvent liées²³.

Cependant cette corrélation n'est pas inéluctable et le Code espagnol²⁴ paraît détacher la mission du juge dans la désignation de la loi étrangère de celle qu'il exerce en vue de la recherche de sa teneur. Obligation dans le premier cas mais simple faculté dans le second, semble-t-il. Sans doute l'obligation d'appliquer d'office le droit étranger perd de sa force si elle ne s'accompagne pas de celle d'en rechercher le contenu. Mais cette recherche obéit aussi à des impératifs propres, soulève des problèmes spécifiques d'ordre procédural.

Elle suppose que ce droit puisse être découvert, sans que des frais trop élevés ne soient consentis. Elle requiert une collaboration

²³ Voir l'article 182 du Code de procédure civile de la R.D.A., l'article 4 du Code autrichien, 5 du Code hongrois, l'article 15 du projet suisse, l'article 2 du Code turc.

²⁴ Voir l'article 12 S6 de ce Code.

des parties de manière à ce que le principe du contradictoire soit respecté. L'obligation du juge signifie seulement qu'il doit prendre des initiatives, sur le plan procédural, pour obtenir la preuve du droit étranger. S'il lui est possible de se fonder sur ses connaissances personnelles qui seront soumises aux parties, il n'est cependant pas tenu de rechercher par lui-même les dispositions de la loi étrangère.

Il pourra ainsi demander aux plaideurs ou à l'un d'eux d'en exhiber la teneur dans un certain délai, et rejeter leur demande ou leur prétention, s'il est convaincu que le défaut de production de la preuve provient de leur mauvaise foi. Ce rejet, plutôt que l'application subsidiaire de la *lex fori*, sanctionnera ainsi le *forum shopping* et les manœuvres frauduleuses des parties visant à écarter la loi étrangère normalement compétente.

Le juge pourra aussi, par la voie d'une plus large et plus étroite collaboration entre les Etats, s'adresser à des organismes qualifiés pour se renseigner sur le droit étranger. On souhaitera que cette collaboration qui a déjà été établie²⁵ se développe et que les juridictions des différents pays cherchent à en bénéficier plus fréquemment.

L'obligation du juge, dans ce domaine, lui impose seulement ainsi de ne pas demeurer passif face à la recherche du droit étranger, lorsque celui-ci doit être appliqué impérativement. Mais il lui appartient de choisir dans chaque cas le procédé d'information qui lui semble le plus approprié.

Cette question, dans son ensemble, demeure cependant matière à discussion, et il me sera très utile de recueillir les avis des membres de la Commission dans ce domaine. Je leur serai également reconnaissant de me faire connaître leur opinion sur les problèmes que soulèvent l'interprétation et la dénaturation du droit étranger. Il me semble que ces problèmes ne mettent pas directement en cause les relations de la loi du for et de la loi étrangère et ne se rattachent à notre sujet que d'une manière plus éloignée.

Mais si les membres de la Commission ne partageaient pas ce

²⁵ Voir la Convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger.

point de vue, leurs observations dans ce domaine me seront précieuses pour établir le rapport définitif.

c) *Les conséquences du défaut d'application de la loi étrangère*

25. — Le rôle de la loi du for par rapport à la loi étrangère paraît de toute manière devoir être examiné, dans les cas où il est impossible d'appliquer cette dernière, soit parce que ses obligations n'ont pu être connues, soit parce qu'elles se sont révélées contraires à l'ordre public. La loi du for lui sera-t-elle automatiquement substituée ?

Ces deux hypothèses, si elles posent le problème de la relève du droit étranger ne présentent pas toujours les mêmes aspects. En effet l'intervention de l'ordre public, on l'admet de plus en plus, suppose que la situation juridique envisagée présente un rattachement suffisant avec le pays du for pour que l'application de la loi étrangère normalement compétente produise un effet perturbateur et doive donc être écartée.

L'existence de ce rattachement, dans un domaine où le caractère impératif des principes du système du for s'est manifesté au juge, rendra alors pleinement justifiée la substitution du droit du for au droit étranger.

Dans les cas au contraire où l'impossibilité d'appliquer la loi étrangère résulte de l'ignorance de son contenu qui n'a pu être découvert ou suffisamment précisé par le juge et par les parties, la recherche objective d'un droit de remplacement s'imposera davantage. La loi du for se trouve alors sérieusement concurrencée par les lois étrangères qui peuvent souvent remplacer plus avantageusement le droit non établi. Sa supériorité tient alors essentiellement aux avantages pratiques de son application, à sa certitude, aux facilités de son interprétation par le juge qui est familiarisé avec son maniement.

En revanche, elle peut avoir des liens assez tenus avec la situation juridique envisagée, s'avérer inadéquate, ne pas répondre à l'attente des parties qui n'ont pu en toute bonne foi prévoir son application. Cela explique que la doctrine se soit souvent orientée vers des solutions plus souples, en recommandant, en cas d'échec de la découverte du droit étranger, l'application du droit le plus proche par son esprit et sa teneur de ce dernier, ou l'application du

droit qui présente, après le droit demeuré inconnu, le plus de liens avec la situation juridique. Une voie plus radicale a encore été proposée. Elle consiste à ajouter un rattachement subsidiaire à la règle de conflit, de manière à lui permettre d'exercer sa fonction, lorsque le rattachement principal n'a pu être utilisé.

Ces divers remèdes, quels que soient leurs mérites, souffrent d'une instabilité qui a été souvent dénoncée. On a ainsi fait observer que le droit étranger le plus proche du droit non découvert, n'était pas toujours facile à identifier, les systèmes juridiques pouvant se rapprocher sur certains points et s'éloigner sur d'autres. On a encore remarqué que le droit qui présente les liens les plus étroits avec la situation juridique après le droit inconnu, ne s'imposait pas toujours, plusieurs droits pouvant avec des attaches égales prendre la relève.

On a enfin constaté que les règles subsidiaires de conflit étaient encore peu fréquentes en droit positif.

26. — Ces considérations expliquent sans doute que la plupart des Codes aient consacré, dans les cas où le droit étranger normalement compétent n'a pu être établi, l'application de la *lex fori*²⁶.

Pendant le Code portugais (art. 23) prescrit formellement d'appliquer, « en cas d'impossibilité de connaître le contenu de la loi étrangère applicable, la loi qui est subsidiairement compétente ».

La solution n'est pas sans intérêt, au moins dans les hypothèses où des règles subsidiaires de conflit peuvent être introduites. Il en est ainsi dans les matières du statut personnel où, dans les pays attachés à l'application de la loi nationale, on a souvent recours à la loi du domicile lorsque le rattachement par la nationalité s'avère inopérant ou impuissant à trouver le droit compétent, notamment pour les effets du mariage et du divorce d'époux de nationalité différente. L'Institut, à sa récente session du Caire, a recommandé que cette subsidiarité puisse également être introduite dans les Etats qui appliquent la loi du domicile, et où le rattachement par la nationalité devrait être accepté, quand le domicile ne peut permettre de trouver la loi applicable.

La loi du for conserverait encore une certaine place dans les

²⁶ Voir notamment en ce sens l'article 4 du Code autrichien, l'article 5 du Code hongrois, l'article 2 du Code turc.

cas assez rares où ni la nationalité, ni le domicile ne permettent de trouver la loi applicable.

On mesure ainsi les difficultés de l'élaboration d'une règle générale sur ce point. Son établissement se recommande certes de la nécessité d'assurer une prévisibilité des solutions. Cette prévisibilité est très imparfaitement assurée par la recherche du droit le plus proche du droit étranger non découvert, ou par l'application du droit qui présente les liens les plus étroits avec la situation envisagée. Elle me paraît au contraire mieux réalisée par le recours à des rattachements subsidiaires, lorsque ces rattachements peuvent être introduits en droit positif.

Les avis des membres de la Commission seront ici encore très précieux. La relève de la loi étrangère, dans les cas où elle n'a pu être prouvée, ou s'avère impossible à appliquer, doit-elle être assurée par la *lex fori*, dépendre de l'appréciation du juge, être fondée sur des règles subsidiaires ou d'autres critères ?

Illustration sans doute du débat permanent, de l'opposition entre le désir d'établir des règles certaines et prévisibles, et le souci de trouver dans chaque cas la solution la plus adéquate... mais le plus adéquat n'est-il pas le plus souvent le prévisible ?

d) 27. — La longueur certes excessive de ce rapport ne nous dispense pas au moins d'évoquer les répercussions de l'application des mécanismes du renvoi, de la fraude à la loi, de l'ordre public sur la situation de la loi étrangère comparée à celle de la loi du for.

Il va de soi que l'égalité recherchée sera compromise par les législations qui admettent seulement le renvoi à la loi du for et rejettent le renvoi à une loi étrangère²⁷. Une pareille attitude sera accueillie avec d'autant plus de réserves que le renvoi à la loi tierce, lorsque cette loi accepte sa compétence, réalise l'harmonie des solutions, effet que ne produit pas le renvoi à la loi du for.

Il est assez significatif de constater que la position contraire a prévalu dans certains pays d'Afrique où le renvoi à la loi tierce

²⁷ Voir en ce sens l'art. 3 de la loi de République démocratique allemande, l'art. 4 du décret-loi 31 mai 1979 du droit hongrois, l'art. 12 du Code espagnol, l'art. 852 du Code sénégalais.

est admis et le renvoi à la loi du for écarté²⁸. Cette solution, au moins dans les matières du statut personnel, souligne que dans ces pays le droit interne du for, en raison de sa physionomie et de sa structure, s'avère le plus souvent inadapté à la réglementation du statut des étrangers. Le refus du renvoi au droit du for met ici en lumière le caractère spécifique de ce droit et l'impossibilité de l'articuler aux droits étrangers. D'une manière plus générale, dans les pays d'Afrique comme dans les Etats du Proche-Orient la loi du for ne peut jouer, en matière de statut personnel, le rôle qu'on est porté à lui conférer dans les Etats occidentaux chaque fois que la loi étrangère ne veut ou ne peut être appliquée.

Ces considérations justifient le caractère relatif du renvoi, le fait qu'il ne puisse être accepté automatiquement dans tout pays, en toute matière, indépendamment du résultat que peut entraîner son application. On s'explique dès lors le silence prudent de plusieurs codifications à son égard : il manifeste le souci des législateurs de conférer à l'autorité judiciaire le soin d'apprécier dans les diverses espèces l'opportunité de l'utiliser.

28. — Ce silence est encore plus prononcé et presque général dans le domaine de la fraude à la loi. Il est compréhensible, puisque toute fraude doit être sanctionnée. Comme on le sait, la jurisprudence est plus portée aujourd'hui à tenir compte de la fraude à la loi étrangère qui constitue de toute manière une fraude à la règle de conflit du for. Cette évolution, il est vrai, s'accomplit avec plus d'hésitations lorsque la fraude a bénéficié à la loi du for et résulte en particulier d'un changement de nationalité, l'Etat du for éprouvant des difficultés à ne pas soumettre à sa loi ses nationaux même de fraîche date. Ces hésitations montrent bien que la loi du for ne s'efface pas facilement devant la loi étrangère.

29. — L'infériorité de celle-ci sera davantage mise en lumière par l'intervention de l'ordre public. Les récentes codifications nationales, comme les conventions internationales recommandent au juge de n'en user qu'avec modération, en subordonnant son application

²⁸ Voir l'article 23, alinéa 2 de l'ordonnance du 19 septembre 1962 à Madagascar, l'article 38 de la loi du 3 juin 1965 en République centrafricaine, et les observations de Bourel à la *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1973, p. 392.

à l'examen du résultat de l'application de la loi étrangère dans le pays du for.

Cependant, même ainsi cantonnée et réduite, l'intervention de l'ordre public démontre définitivement que l'égalité ne saurait être complète entre la loi du for et la loi étrangère. La notion d'égalité demeure un nid d'ambiguïtés. Elle a ici pour objectif de lutter contre une invasion abusive et fâcheuse de la *lex fori*, nécessairement nuisible à la réglementation des relations internationales, surtout lorsqu'elle entraîne une discrimination entre les personnes privées, établie suivant leur nationalité ou leur religion.

Mais l'égalité ne peut conduire à assimiler la loi étrangère à la loi du for. La loi étrangère demeure étrangère dans le système juridique du for. Elle puise alors sa force obligatoire non en elle-même mais dans les normes juridiques de ce système. Son caractère étranger explique les difficultés auxquelles se heurtent sa connaissance, son interprétation et sa cohabitation, qui n'est pas toujours possible avec le droit du for. Son infériorité provient de ce qu'elle a toujours besoin d'être accueillie et comprise, de ce qu'elle ne sera jamais chez elle dans le pays du for.

Questionnaire

I) *Présentation et délimitation du sujet :*

a) Peut-on parler d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère ? Dans quel sens ? S'agit-il d'un principe du droit international privé ? Peut-on déduire de ce principe, s'il existe, des obligations à la charge des Etats ?

Au cas où ces obligations ne pourraient être précisées, ce principe est-il du moins susceptible de fournir aux Etats des directives ou des orientations pour l'établissement et la mise en œuvre de leurs règles de conflit ? Lesquelles ?

b) L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère, établie dans le cadre du système de conflit du for, vous paraît-elle procéder seulement de la nécessité de résoudre le conflit de lois sur la base d'une localisation objective des relations de droit privé ?

Découle-t-elle aussi du droit international public, du souci d'établir une juste répartition des compétences des Etats ?

Est-il possible d'accorder toujours ces deux objectifs ?

c) L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère doit-elle être rapprochée de l'égalité que le juge du for, dans l'exercice de sa mission, doit assurer entre les plaideurs, indépendamment de leur nationalité ou de leur confession ?

La préférence donnée à la loi du for peut-elle résulter d'une discrimination établie entre les nationaux et les étrangers ? Dans quels cas ?

d) L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère est-elle influencée par les règles de la compétence judiciaire internationale ?

Vous paraît-il nécessaire d'examiner, dans le cadre du travail

de notre Commission, cette influence, ou de l'évoquer ? Quels points vous semblent alors devoir être mis en lumière et davantage précisés ?

II) *Egalité et établissement de la règle de conflit :*

a) Etes-vous d'accord pour estimer que l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère a plus de chances d'être réalisée par une formulation bilatérale de la règle de conflit ?

Estimez-vous au contraire qu'elle soit toujours compromise par les règles unilatérales ? Que pensez-vous des règles de conflit qui fondent l'application de la *lex fori* sur deux ou plusieurs éléments de rattachement de manière à élargir son domaine par rapport à celui des lois étrangères ? Ces règles vous paraissent-elles condamnables ? En toute circonstance, ou seulement lorsqu'elles entraînent une discrimination entre les nationaux de l'Etat du for et les étrangers ?

Etes-vous d'accord pour que l'Institut recommande aux Etats de ne pas adopter de pareilles règles, surtout lorsqu'elles consacrent des privilèges fondés sur la nationalité ou la confession d'une des parties ?

b) Pensez-vous que le choix des éléments de rattachement puisse favoriser ou au contraire rendre plus difficile l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère ?

Le recours à des rattachements flexibles (soumission d'une situation juridique à la loi du pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits ou les liens les plus forts...) vous paraît-il bénéfique ou nuisible à une bonne réglementation des relations internationales ? Etes-vous d'accord pour que ces rattachements soient employés à titre subsidiaire, lorsque le rattachement établi à titre principal ne peut être utilisé ? Préférez-vous au contraire que la *lex fori* soit appliquée dans ce cas ?

c) Les règles de conflit à caractère mixte qui associent des éléments localisateurs à des éléments matériels (règles alternatives, règles cumulatives, règles subsidiaires en fonction de résultat...) vous paraissent-elles, comme on l'a soutenu, conférer à la politique législative de l'Etat du for une suprématie et compromettre les chances d'une harmonie des solutions dans les relations internationales ?

Etes-vous d'accord pour désapprouver les dispositions de certaines codifications qui, en dehors du domaine de l'ordre public, écartent les lois étrangères normalement compétentes, lorsque la teneur de leurs dispositions ne consacre pas le résultat qui s'accorde avec la politique législative de l'Etat du for ? Faut-il rejeter ces règles en toute circonstance ou seulement lorsque la situation juridique envisagée ne présente qu'un faible rattachement avec l'Etat du for ?

III) *Egalité et mise en œuvre de la règle de conflit :*

a) Etes-vous d'accord pour ne pas examiner dans le cadre du présent rapport les incidences des procédés de qualification, et de règlement du conflit mobile sur la désignation de la loi étrangère ? Dans le cas contraire, quels points vous paraissent devoir être mis en relief ?

b) Estimez-vous que le juge doit soulever d'office l'application de la loi étrangère normalement compétente, même si elle n'a pas été invoquée par l'un des plaideurs ?

Dans l'affirmative, cette obligation doit-elle être imposée dans toutes les matières, ou seulement dans celles où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits ? Faut-il étendre cette obligation à la recherche des éléments d'extranéité dont dépend la désignation de la loi étrangère ? Souhaitez-vous que l'Institut adopte une recommandation visant l'ensemble de cette question ? Dans quel sens ?

c) Pensez-vous que le juge soit tenu de prendre des initiatives pour l'établissement de la preuve de la loi étrangère, lorsque celle-ci est compétente en vertu de la règle de conflit du for ? Ces initiatives doivent-elles emprunter une procédure spécifique, ou des formes déterminées ? Quels seront les droits, et les obligations des parties face à ces initiatives ?

Estimez-vous que la coopération des Etats dans le domaine de l'information sur le droit étranger est aujourd'hui suffisante ? Les autorités judiciaires de votre pays y recourent-elles souvent ? Comment peut-elle être développée ?

c) Pensez-vous que la *lex fori* doive être substituée à la loi

étrangère normalement compétente, lorsque celle-ci ne peut être appliquée, ou lorsque sa teneur ne peut être établie ?

Préférez-vous l'adoption d'autres solutions ? (application du droit le plus proche, du droit qui a les liens les plus étroits avec la situation envisagée, recours à des rattachements subsidiaires...).

d) Estimez-vous nécessaire d'examiner d'une manière plus approfondie les incidences du renvoi, de la fraude à la loi et de l'ordre public sur la condition de la loi étrangère comparée à celle de la loi du for ? Avez-vous des suggestions à faire au rapporteur dans ces différents domaines ?

c) Souhaitez-vous voir examinées des questions qui ne figurent pas dans le rapport et sur lesquelles vous désirez attirer l'attention du rapporteur et de la Commission ?

Annexe

Observations des membres de la Dixième Commission sur le rapport provisoire et le questionnaire de M. Gannagé.

1. *Observations de M. Henri Batiffol*

Paris, 24 juillet 1988

Mon cher confrère et ami,

J'ai pris connaissance de votre rapport provisoire et de votre questionnaire avec un retard dont je vous prie de m'excuser, et tiens à vous dire mon admiration pour la richesse tant de votre information que de votre pensée.

Question I. — Vous avez raison de vous interroger sur la propriété du terme « égalité » dans l'application de la loi étrangère par rapport à la loi du for, car ce terme implique la considération de deux unités mesurables — ce qui explique les équivoques de son usage en droit. Votre réponse me paraît aller au fond du problème : il ne peut être question d'égalité ici que dans l'admission de règles de conflit bilatérales.

La généralité de cette réponse me paraît suffisante pour qu'il soit possible d'y voir un principe du droit international privé, étant entendu que, comme tout principe, celui-ci peut tolérer des dérogations, selon la méthode inéluctable de la pensée juridique. Il est facile de développer les avantages psychologiques du principe dans les relations privées internationales.

Je crois comme vous que le droit international public ne donne guère de directives utilisables en droit international privé, mais je ne serai pas aussi restrictif que vous en les limitant à l'exclusion en toute matière de l'application d'une loi étrangère. Ainsi dans notre matière l'arrêt Boll de la Cour internationale de justice a reconnu aux Etats le droit de prendre des dispositions en des matières entrant dans l'objet des conflits de lois — en l'espèce la protection des mineurs — qui soient applicables sans considération des règles de conflit — en l'espèce convenues par un traité — et ce pour des situations de caractère « anormal » : c'est dire que l'unilatéralité est l'exception, donc la bilatéralité le principe.

Cette interprétation me paraît répondre — par une simple directive — à l'alinéa 2 de votre point a).

Sur le point *b*), je dirais que chronologiquement le souci d'objectivité est sans doute apparu d'abord ; ce résultat favorable à un souci de répartition serait apparu après — d'autant que l'idée de la répartition des compétences est l'objet de contestations.

Il n'est pas douteux, ici comme ailleurs, que des objectifs différents peuvent entrer en conflit. Votre choix du renvoi est très bon comme exemple du souci de coordination des objectifs. Une formule générale mettrait en cause le problème de la hiérarchie — si on en admet une — de l'ordre interne et de l'ordre international.

En ce qui concerne la préférence de la loi du for fondée sur la discrimination entre nationaux et étrangers, je souscris entièrement à ce que vous dites à la p. 7 du rapport provisoire.

Je suis également d'accord sur vos observations relatives à l'influence de la compétence judiciaire sur la compétence législative ; mais il s'agit là d'un problème qui augmenterait démesurément les travaux de la commission, et qui peut être écarté, car il a sa spécificité propre.

J'en dirai autant, m'écartant quelque peu du plan de votre questionnaire, des problèmes d'interprétation de la loi étrangère : eux aussi sont liés à des matières procédurales sur lesquelles une longue enquête comparative serait nécessaire. Et j'en dirai enfin autant, en cette matière des conflits de juridiction, sur le rôle de la juridiction souvent dite de cassation, dont les pouvoirs sont trop complexes à étudier sur un plan comparatif pour qu'il soit utile de s'y engager ici.

Question II. — Que la bilatéralité ait plus de chances de réaliser l'égalité des lois résulte de tout ce qui précède. Vous avez particulièrement bien montré (p. 15) pourquoi l'unilatéralité doit rester l'exception. Vous demandez si les règles unilatérales compromettent toujours l'égalité : il me paraît certain qu'elles la menacent, étant donné les hésitations à imposer le respect des lois de police étrangères, type de l'unilatéralité.

Les rattachements alternatifs expriment évidemment une politique de faveur du droit du for à telle ou telle prétention, en général de validité d'un acte. On ne peut nier toute légitimité à ce procédé, dont on voit bien l'action en matière de forme des actes. Il n'est pas possible d'exclure toute incidence des conceptions du droit interne du for sur la règle de conflit. Mais les rattachements alternatifs devraient être restreints à des questions que la « politique » du for estime d'une importance exceptionnelle, parce qu'elles engendrent trop d'incertitudes.

Je serais d'accord pour que l'Institut recommande aux Etats de n'adopter de pareilles règles qu'aussi rarement que possible, et surtout lorsqu'elles consacrent des privilèges fondés sur la nationalité ou la confession d'une des parties.

Sur le point *b*) je partage votre avis concernant la référence aux liens les plus étroits. Elle ne peut être générale que si elle est précisée par matières. Je préfère la voie subsidiaire, et cantonnée à certaines matières, essentiellement les contrats.

Sur le point c) il n'est pas douteux que les règles mixtes compromettent l'harmonie des solutions ; mais elles sont inévitables, et le problème est une question de mesure : y recourir le moins possible. La considération de la faiblesse d'un rattachement a déjà exercé son influence en matière d'ordre public, elle pourrait sans doute être retenue aussi ici.

Question III. — a) Je suis entièrement d'accord sur ce qu'une résolution doit avoir un objet relativement précis, et ne pas s'engager dans une voie qui conduirait à des discussions doctrinales trop amples.

Sur le point b), l'évolution en ce sens de la jurisprudence française, antérieurement très contraire, me paraît montrer la praticabilité, à examiner de plus près, et la légitimité de cette demande.

L'intervention du juge est assurément beaucoup plus justifiable dans les matières où le droit du for édicte des dispositions impératives. On pourrait étendre cette intervention aux autres matières, si les parties ne se sont pas expressément prononcées à ce sujet. Une résolution de l'Institut en ce sens me paraîtrait la bienvenue.

L'initiative du juge sur les éléments d'extranéité s'impose moins dans la mesure où il doit statuer sur les faits allégués par les parties, à moins qu'un doute sérieux ne se dégage de ces allégations, qui exerce une incidence sur l'un des éléments en question.

Sur le point c), il me paraît peu réaliste d'obliger le juge à rechercher la teneur du droit étranger : il est trop souvent dépourvu à cet effet de tout moyen, en tout cas rapide et fiable. Pensons aux lenteurs et aux aléas de la justice. Le moyen le plus sûr est assurément l'existence, dont l'Allemagne a donné le modèle, d'un Institut de droit comparé supérieurement armé en instruments d'information et en personnel qualifié pour la recherche... en vue de la question posée. Les informations fournies par les parties sont souvent utiles et fiables — à condition certes d'être soumises à une discussion contradictoire devant le juge. Quelques tribunaux français ont préféré récemment, par souci d'objectivité, désigner eux-mêmes un « expert », mais dont le choix est moins facile que celui d'un Institut du type précité. Son avis sera bien entendu soumis à la discussion contradictoire des parties — de même que toute information que le juge aurait pu se procurer par ses recherches personnelles, comme la jurisprudence française lui en donne la faculté.

La coopération des Etats dans le domaine de l'information sur le droit étranger est assurément réduite. La convention européenne du 7 juin 1968, qui répond à ce souci, est, que je sache, peu utilisée par les tribunaux, au moins en France. Elle pose le problème, bien connu à la Cour de justice des Communautés européennes, d'une interprétation donnée en vue d'une affaire déterminée, mais sans que l'organe interprétatif porte atteinte au pouvoir du juge saisi de prendre lui-même la décision qu'il estime, compte tenu de l'interprétation donnée, justifiée. Il reste singulier que le recours à l'interprétation de la Cour de justice des Communautés ait connu le succès que l'on sait, alors que la convention de 1968 n'en est pas au même point. Il serait peut-être utile de démêler les causes de ce contraste pour y porter remède.

Sur le point *c)*, si le juge s'estime dans l'impossibilité de s'informer sur le droit étranger, il devrait impartir un délai à la partie qui a intérêt à son application. En cas de défaut d'une réponse suffisante à l'expiration du délai, il aura à apprécier si ce défaut tient à des difficultés effectives de s'informer, seraient-elles financières, ou de la négligence, voire de la faute ou de la fraude de la partie qui en avait la charge. Dans le premier cas la vocation subsidiaire du droit du for est en principe justifiée, dans le second, je crois avec vous que la partie défaillante devrait être déboutée.

La vocation éventuelle de la loi du for peut cependant être limitée, à mon avis, comme vous le suggérez, par un rattachement subsidiaire, s'il est effectivement impossible d'établir la teneur du droit étranger. Le recours au domicile pour le statut personnel des apatrides dans les pays attachés à la nationalité est un exemple significatif. On a aussi cité en cas d'abordage en haute mer le pavillon commun des navires en cause. Encore faut-il qu'un tel rattachement paraisse justifié, éventuellement par un texte, mais la solution concernant les apatrides a été donnée par la jurisprudence française avant les conventions internationales qui l'ont consacrée.

Je ne crois guère au réalisme ou à la praticabilité des autres substituts qui ont été proposés.

Je crois avoir déjà répondu à la question posée au point *d)* : il s'agit d'une question d'une trop grande ampleur pour être annexée à une résolution ayant un objet propre.

En vous réitérant mes félicitations pour l'importance et la qualité de votre travail, je vous prie d'agréer, mon cher confrère et ami, l'expression de mes sentiments fidèlement amicaux.

Henri Batiffol

2. Observations de M. J.A. Carrillo Salcedo

Séville, le 31 mai 1988

Mon cher confrère,

Je vous prie d'excuser mon retard à répondre à votre lettre du 28 janvier 1988 et à réagir sur votre beau rapport provisoire sur « L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé », avec lequel je suis en plein accord pour l'essentiel.

Vous trouverez ci-joint quelques réponses que j'ai essayé d'apporter à votre questionnaire.

Je vous prie de croire, mon cher confrère, à mes sentiments bien cordiaux et bien dévoués.

J.A. Carrillo

Réponses au questionnaire

I. a) Les différents courants qui mettent en cause la méthode conflictuelle et, plus précisément, le procédé de la règle de conflit bilatérale, sont venus mettre en évidence le rôle qui correspond à la *lex fori* et aux intérêts étatiques dans l'organisation de la réglementation des rapports à caractère international.

Une institution comme l'Institut de Droit International doit être consciente du rôle de l'Etat et des intérêts étatiques dans la réglementation des relations internationales et, en conséquence, du fait d'une certaine inégalité entre la *lex fori* et la loi étrangère dans l'organisation de ladite réglementation.

Dans ce sens, il me paraît difficile d'affirmer, dans l'état actuel de la pratique des Etats, que le Droit international privé exige des Etats qu'ils traitent leur propre droit et les droits étrangers sur pied d'égalité.

La *lex fori* est certainement un *prius* ; mais cette prépondérance de la loi du for ne devrait pas signifier que le Droit international privé serait dominé par les intérêts politiques des Etats. Une chose est l'exclusivisme de l'ordre juridique du for et une autre chose, bien différente, que la loi du for veille à son homogénéité et à son autorité. En définitive, le Droit international privé plonge ses racines dans l'ordre international, en dehors duquel il serait à peine concevable ; on ne peut donc pas faire abstraction de la réalité d'une société internationale, et du fait que le Droit international privé constitue une expression juridique du devoir des Etats de coopérer mutuellement.

La prise en considération des intérêts étatiques ne devrait pas conduire à des attitudes protectionnistes et nationalistes, qui sont l'expression d'un *parochial approach*, injustifié et inadmissible, à l'égard des problèmes actuels du droit international privé.

La tendance à multiplier les cas d'application de la loi du for est critiquable, à mon avis, lorsqu'elle favorise *systématiquement* l'application de la *lex fori*.

b) Le respect de l'élément étranger existant dans tous les rapports à caractère international découle au même temps du devoir de coopération entre les Etats, qui les oblige à tenir compte des ordres juridiques étrangers, et de la nécessité de résoudre le conflit de lois sur la base d'une localisation objective des relations de droit privé.

c) A mon avis, l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère devrait être rapprochée de l'égalité que le juge du for doit assurer entre les plaideurs, indépendamment de leur nationalité ou de leur confession, en vue de garantir l'égalité des armes et de respecter les exigences d'un procès équitable.

Dans ce sens, la préférence à la loi du for ne devrait pas résulter d'une discrimination entre les nationaux et les étrangers.

d) Oui, je crois que l'égalité de la *lex fori* et de la loi étrangère est influencée par les règles de compétence judiciaire internationale, et il me paraît nécessaire d'examiner cette influence dans le cadre de nos travaux.

II. a) J'estime que l'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère a plus de chances d'être réalisée par une formulation bilatérale de la règle de conflit.

La solution bilatéraliste reste possible et, à mon avis, elle est la mieux adaptée, en principe, pour répondre aux besoins d'une société internationale caractérisée à la fois par la diversité ou la concurrence des législations, des politiques et des intérêts étatiques, et par une aspiration à la collaboration internationale et à la coexistence ou à l'harmonisation des systèmes juridiques nationaux.

Je suis contraire à la formulation des règles de conflit qui fondent l'application de la loi du for sur des éléments de rattachement qui entraînent une discrimination entre les nationaux de l'Etat du for et les étrangers.

A mon avis, l'Institut de Droit International devrait recommander aux Etats de ne pas adopter pareilles règles, surtout lorsqu'elles consacrent des privilèges fondés sur la nationalité ou la confession de l'une des parties.

b) Je pense que le choix des éléments de rattachement joue un rôle décisif. Le recours à des rattachements flexibles me paraît bénéfique, et je préfère l'emploi de tels rattachements à titre subsidiaire.

c) Oui, j'estime que l'association des éléments localisateurs à des éléments matériels compromet les chances d'une harmonie de solutions.

Je n'approuve pas des dispositions qui, en dehors du domaine de l'ordre public, écartent la loi étrangère lorsque la teneur de ses dispositions ne consacre pas le résultat qui s'accorde avec la politique législative de l'Etat du for.

Surtout, je n'approuve pas ces solutions lorsque la situation juridique envisagée ne présente qu'un faible rattachement avec l'Etat du for.

III. a) Je suis d'accord avec la suggestion de ne pas examiner les incidences des procédés de qualification et de règlement du conflit mobile sur la désignation de la loi étrangère.

b) Dans les matières où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits le juge devrait, à mon avis, soulever d'office l'application de la loi étrangère normalement compétente, même si elle n'a pas été invoquée par l'un des plaideurs.

c) Je crois que le juge devrait prendre des initiatives pour l'établissement de la preuve de la loi étrangère lorsque celle-ci a été déclarée applicable par la règle de conflit du for.

La coopération des Etats dans le domaine de l'information sur le droit étranger ne me paraît pas aujourd'hui suffisante.

c) bis (page 5 du questionnaire). Du point de vue théorique on pourrait préférer l'adoption d'une solution différente de celle qui consisterait à appliquer la *lex fori*. Par exemple, l'application du droit le plus proche, ou du droit qui a les liens les plus étroits avec la situation juridique à régler, etc. Mais, dans la pratique, l'utilisation de tels critères n'est pas facile. Je pense donc que la *lex fori* devrait être appliquée lorsque la teneur de la loi étrangère ne peut être établie ou lorsque la loi étrangère ne peut être appliquée.

d) Oui, j'estime nécessaire d'examiner d'une manière plus approfondie les incidences du renvoi, de la fraude à la loi et de l'ordre public sur la condition de la loi étrangère comparée à celle de la loi du for.

3. Observations de M. A. Ferrer Correia

Coimbra, 26 juin 1988

Mon cher confrère,

Veuillez m'excuser du retard de ma réponse à votre lettre, retard qui est dû, entre autres choses, aux travaux et engagements que j'avais déjà acceptés au moment où elle m'est parvenue.

Avant de passer à l'analyse, forcément résumée et incomplète, des questions qui nous sont posées, je me permets de vous présenter mes félicitations pour votre excellent rapport provisoire.

1. Le principe d'égalité ou parité de traitement entre la loi du for et les autres lois doit être considéré, selon moi, comme un des principes généraux du droit international privé. Il signifie que toute tendance à favoriser l'application de cette première loi pour la seule raison qu'elle est le droit national du juge saisi, doit être combattue. Ce qui n'a, au demeurant, rien à voir avec l'égalité des souverainetés étatiques, ni avec le droit international public, puisqu'il ne s'agit que de donner satisfaction aux besoins et aux intérêts du commerce juridique international; bref, il ne s'agit que des buts que le droit international privé poursuit. La tâche ou en tout cas l'une des principales tâches du droit international privé ne consisterait-elle pas à essayer d'obtenir pour chaque situation de la vie juridique internationale qu'elle soit reconnue efficace dans tous les pays avec lesquels elle présente des attaches pertinentes et où les personnes concernées pourraient avoir besoin de faire valoir les droits qui en découlent? Cette reconnaissance présuppose qu'à chaque question de droit émergeant de ces rapports soit appliquée partout la même loi (principe de l'harmonie juridique internationale ou de l'*Entscheidungseinklang*).

Il faudrait pour y parvenir que les Etats conviennent d'adopter des règles de conflit uniformes. Un tel accord unanime étant pour le moment hors de cause, on devra au moins convenir que tout législateur, lors du choix du rattachement efficace dans les différentes matières juridiques, doit procéder comme à son avis devrait le faire une instance internationale chargée de créer des normes de droit international privé ayant une valeur universelle.

Or, il est évident que seules des normes *multilatérales* utilisant un critère *unique* pour la désignation du droit applicable, qu'il s'agisse du *droit du for* ou *d'un autre droit*, seraient à même de satisfaire à cette condition.

Nous arrivons, donc, à la conclusion que c'est le principe de l'uniformité des solutions conflictuelles qui sert de fondement, ou du moins de principal

fondement, à celui d'égalité : égalité des conditions qui déterminent l'application des différentes lois aux situations concrètes ; égalité, donc, entre la loi du for et celles des autres pays. A l'*Entscheidungseinklang* vient s'ajouter, d'ailleurs, une idée de *justice* dans la répartition de la compétence législative entre les Etats. Les critères qui sont estimés justes pour un certain système de droit, il faut les appliquer aussi à tous les autres.

Certes, aucune obligation juridique ne dérive pour les Etats du principe évoqué, celui-ci n'étant rien d'autre — comme M. Wengler l'a très justement mis en relief dans son étude de 1963 et 1964 (*Rev. crit. de D.I.P.*) — qu'un *motif d'inspiration* pour le législateur. Il n'en est pas moins vrai que seules les solutions qu'il inspire s'accordent avec la nature des choses et les objectifs généraux du droit international privé.

2. Je ne crois pas que sous cet angle le système unilatéraliste soit à conseiller.

En effet, dans ce système, ce sont plutôt des considérations de politique législative interne qui tendront à prévaloir dans le choix de la circonstance de rattachement. Les desseins ou les motifs du législateur seront, alors, autres que ceux auxquels la formulation des règles du droit international privé doit obéir. Et je passe sous silence les difficultés pratiques, bien connues, auxquelles la mise en exécution de ce système nous conduit inmanquablement.

3. Le droit international privé doit, donc, mettre les différentes législations sur un pied d'égalité : il faut faire en sorte qu'une législation étrangère soit déclarée compétente dès lors que, si elle était celle du for, la loi du for s'estimerait applicable en l'occurrence.

Il s'ensuit que le principe d'égalité ne se contente pas de la seule uniformité des critères de rattachement. L'égalité abstraite est, certes, nécessaire, elle n'est nullement suffisante : il faut en outre que les conditions qui décident de l'applicabilité *in concreto* de la loi étrangère ne soient autres que celles qui entraîneraient l'application de la *lex fori*, au cas où il s'agirait d'un problème de détermination de la compétence de cette loi.

Autant dire qu'une législation X devrait être tenue pour applicable, en l'espèce, dès lors que, dans des circonstances pareilles de fait et de droit, la *lex fori* s'estimerait compétente. Or, pour ce qui a trait à cette dernière loi, il paraît indiscutable que son applicabilité ne dépend que d'une seule condition : l'existence dans ce système de dispositions de droit matériel qui, par leur contenu, leurs buts et connexions inter-systématiques (*cf.* WENGLER, « Réflexions sur la technique des qualifications », *Rev. crit.*, XLIII, 1954, p. 672 s.), s'ajustent au type ou à la catégorie normative (catégorie de rattachement) de la règle de conflit qui déclarerait applicable la loi du for, en cas de réponse affirmative à la question ainsi implicitement posée.

Soit la règle de conflit qui soumet les questions concernant l'état et la capacité des personnes physiques à leur loi nationale. Cela étant, toute disposition matérielle de la *lex fori* correspondant à la catégorie « état et capacité » devient applicable du seul fait qu'il s'agisse d'une question concernant

un national de l'Etat du for. Aux effets de la mise en œuvre de la règle de conflit, toutes les dispositions qui dans le système de préceptes matériels de l'ordre juridique du for (à l'égard des circonstances mentionnées plus haut) appartiennent à la catégorie des lois sur l'état et la capacité, rentrent *ipso facto* dans le cadre de la norme de conflit en cause ; par conséquent, leur application *in casu* ne pourra dépendre que de la nationalité de l'individu.

Cela étant, c'est également à cette méthode qu'on aura recours pour savoir si une législation étrangère *X* doit être considérée comme applicable. Pourvu qu'entre cette loi et la situation à régler existe un lien pertinent d'après les critères généralement admis dans le domaine du droit international privé, tout ce qu'il importe de savoir ensuite est si ladite loi tranche la controverse au moyen de préceptes juridiques matériels correspondant à la catégorie de rattachement de la règle de conflit du for d'où découlera, en cas de réponse affirmative à cette question, l'applicabilité de la législation *X*.

Cette technique — qui n'a rien de commun avec le procédé traditionnel, selon lequel il faut soumettre préalablement la question de droit à résoudre à une norme de la *lex fori materialis*, comme si cette loi était, en l'occurrence, la compétente, et ce afin de déterminer la règle de conflit et par son entremise le système juridique applicable — est la seule qui nous mène à mettre sur un pied d'égalité la loi étrangère et la loi du for.

Evidemment, c'est le problème de la qualification que je viens d'effleurer. La technique que j'ai essayé de décrire sommairement est celle que la doctrine portugaise adopte depuis le début des années 60 et que notre Code civil de 1966 a voulu consacrer (voir l'article 15 ; malheureusement, la clarté du texte laisse à désirer). A mon avis, seule la position assumée par la codification portugaise en matière de qualification tient dûment compte du principe de *parité de traitement*, car elle seule est fidèle à cette idée ; les circonstances de fait et de droit qui déterminent le choix de la loi devront être les mêmes, qu'il s'agisse de l'applicabilité du droit du for ou de celle d'un autre système quelconque.

Je n'ajouterai rien de plus au sujet de la qualification, étant donné que notre commission, dans la session du Caire, a estimé utile d'exclure ce problème du domaine de nos travaux, afin de ne pas alourdir excessivement notre tâche.

4. Nous avons vu que le principe d'égalité signifie, du moins dans une de ses acceptions, que c'est à l'aide de critères uniformes qu'on doit procéder au choix du droit applicable, nulle discrimination ne devant être faite, à cet égard, entre le droit du juge et celui des autres pays. Seule la technique des règles de conflit bilatérales permet d'atteindre cet objectif.

Les règles de conflit doivent, donc, consacrer des critères uniformes pour les matières juridiques qu'elles ont en vue. Il faut, donc, condamner celles qui fondent l'application de la *lex fori* sur l'un ou l'autre de deux ou plusieurs éléments de rattachement, cependant que celle de toute autre législation ne peut résulter que d'un seul de ces facteurs. C'est le cas d'un règle (comme celle de l'article 7, n° 3, de la loi d'introduction au Code brésilien) qui

soumet à la loi personnelle de chacun des futurs époux la matière des empêchements matrimoniaux, quitte à réserver la compétence de la *lex loci celebrationis* pour ce qui a trait aux mariages célébrés dans le pays. La violation du principe d'égalité est ici manifeste.

On en dira autant de la règle de conflit qui déclare applicable aux successions à cause de mort la loi personnelle du défunt, tout en réservant l'application exclusive de la loi locale pour ce qui concerne les immeubles situés dans le pays du for (voir notre rapport provisoire, p. 18).

Il en va autrement d'un texte comme celui de l'article 28 du Code civil portugais, qui s'approche beaucoup de la jurisprudence française issue de l'affaire Lizardi. Mais il faut souligner que ladite disposition ne se soucie nullement de la nationalité — portugaise ou autre — du co-contractant de l'incapable (voir le n° 1 de l'article). D'autre part, il ne s'agit pas là d'une règle de droit international privé matériel : en effet, s'il est vrai que la dérogation à la compétence de la loi personnelle devient une norme d'application générale à travers la disposition du n° 3 de l'article 28, l'application de la loi du pays étranger de passation de l'acte n'en est pas moins limitée : elle est limitée au seul cas où cette dernière loi établirait une réglementation pareille à celle de l'article 28, n° 1. Puisqu'il s'agit là d'une mesure de protection de la sécurité des transactions et du commerce juridique, on a pensé que la bonne solution serait de laisser la décision au droit du pays concerné (*lex loci celebrationis*). On ne peut, donc, faire au droit international privé portugais le reproche que vous faites, à juste titre, à la loi de la R.D.A. du 11 juillet 1977, à la loi hongroise du 31 mai 1979, à la loi turque de 1982.

Toujours est-il que le Code portugais ne va pas si loin que la loi allemande de 1986 (art. 12) ou le projet suisse (art. 34). Pour ma part, tout compte fait, je continue à considérer la solution qui fut accueillie par le Code portugais comme la plus équilibrée et la plus correcte.

Par contre, on ne peut que blâmer l'orientation qui affleure dans quelques lois portugaises toutes récentes, où le principe d'égalité est quelque peu malmené. Voyons par exemple le décret-loi n° 446/85, portant réglementation de la matière des clauses générales des contrats. D'après l'article 33, le décret est applicable soit en vertu des rattachements définis en matière de contrats par les articles 41 et 42 du *Código civil*, soit parce que, la *proper law* du contrat étant une loi étrangère, la partie adhérente réside habituellement et a émis sa déclaration au Portugal, si, en outre, la célébration du contrat a été provoquée par des offres ou des appels adressés au public dans ce même pays. Il s'agit clairement d'une manifestation du principe de la protection de la partie la plus faible. Comme rien n'est dit par rapport au cas où une réglementation pareille à celle de l'article 33 cité ci-dessus se trouverait dans la loi étrangère de la résidence habituelle de la partie qui a donné son adhésion au contrat, la violation du principe d'égalité est évidente (Cf. MOURA RAMOS, « Aspectos recentes do direito internacional privado português », 11-12 ; v. aussi, au sujet de la loi portugaise sur les clauses générales des contrats, E. JAYME, *IPRax*, 1987, p. 44).

5. Parfois, l'élargissement du domaine de compétence du droit interne de l'Etat du for est déterminé par l'intention de concéder un bénéfice ou un privilège aux nationaux de cet Etat, et alors à la répartition inégale de la compétence législative vient s'ajouter l'inégalité du traitement donné aux parties. Malheureusement, les exemples ne manquent pas.

D'après l'article 25, alinéa 2, de l'E.G.B.G.B., la succession d'un étranger domicilié en Allemagne au moment du décès était régie par les lois de l'Etat de la dernière nationalité du défunt ; néanmoins, un Allemand serait admis, en principe, à faire valoir contre l'héritage des droits que seule la loi allemande estimât fondés. Le cas de l'article 310 nouveau du Code civil (cité dans votre rapport) est pareil, l'application de la loi française (en matière de divorce) pouvant se fonder sur l'un ou l'autre de deux rattachements : nationalité (pour les Français domiciliés à l'étranger) et domicile (pour les étrangers domiciliés en France).

Il s'agit, certes, de cas particulièrement choquants, mais je ne serai pas moins sévère pour les autres : ceux dont le but n'est nullement celui d'établir une discrimination entre nationaux et étrangers. La tendance à favoriser l'application du droit du for doit être toujours condamnée, au nom du principe de l'harmonie des solutions qu'elle met en grave danger.

6. En revanche, ma position n'est pas si nette en ce qui concerne les différentes concrétisations du principe du rattachement le plus étroit ou le plus significatif, qu'on trouve dans les codifications plus récentes. En effet, les dispositions légales qui s'inspirent de cette idée n'ont assurément pas leur source dans un esprit chauvin. Toujours est-il que le pouvoir d'appréciation et décision qu'elles concèdent au juge, outre le fait qu'il porte nettement préjudice à la prévisibilité et à l'harmonie des solutions, risque aussi de nuire à cette idée de neutralité devant la nationalité de la loi applicable, que le droit international privé se doit de préserver et que le juge se doit d'avoir à l'esprit lorsqu'il décide.

En tout état de cause, je suis d'avis que ce procédé — le recours à la loi indiquée par le lien le plus étroit de la situation concrète — est de mise lorsque le ou les rattachements établis par la règle de conflit ne peuvent être utilisés : voir dans ce sens l'article 28 de la loi de la R.F.A. de 1936. Dans la même ligne s'inscrit l'article 52 du Code portugais (rédaction du décret-loi n° 496/77, du 25 novembre) : faute de nationalité commune et de résidence habituelle dans le même pays, les conjoints sont soumis, pour ce qui concerne les relations entre eux, à la loi du pays avec lequel la vie familiale présente les attaches les plus fortes. Par contre, je ne suis pas particulièrement favorable à une disposition comme celle de l'alinéa (5) dudit article 28 de la loi allemande, du fait de l'incertitude qu'elle entraîne inévitablement.

En somme, je suis pour l'emploi du concept indéterminé du rattachement le plus fort ou le plus significatif, mais uniquement au cas où il s'avérerait impossible ou extrêmement inconvenient d'utiliser le ou les facteurs de localisation prévus dans la règle de conflit et en vue d'éviter, dans un tel cas, un retour automatique au droit matériel du for.

7. Considérons maintenant le problème posé par les règles de conflit de lois qui associent à l'idée traditionnelle de la localisation celle du rattachement à caractère substantiel.

Ces règles s'inscrivent dans une des tendances significatives du droit international privé contemporain : la tendance qu'on peut appeler substantialiste, parce qu'elle préconise que le choix de la loi applicable soit plus ou moins influencé par des critères de droit matériel. La "better law approach" en est une des branches les plus importantes. La différence entre les règles dont nous allons nous occuper et l'approche de la "better law" consiste, comme nous le savons, en ce que le critère de la "better law" est essentiellement indéterminé (il s'agit plutôt d'une "choice-influencing consideration", à côté d'autres), tandis que les règles de rattachement à caractère substantiel (PATOCCHI, « Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel », *Etudes Suisses de Droit International*, vol. 42) utilisent toujours (à une seule exception près) des critères précis.

Quant à la "better law approach", puisque d'après son idée essentielle le juge doit toujours tenir compte du contenu des lois en contact avec la situation à régler et du résultat auquel mènerait leur application (CAVERS, surtout celui de la première phase, et LEFLAR), elle se situe très loin de l'idéal de l'harmonie juridique et de la parité de traitement (parce que la tendance du juge à préférer les solutions matérielles de son propre droit serait inévitable).

Pareil jugement ne mérite pas la branche du courant substantialiste qui nous mène aux règles de rattachement à caractère matériel. Il s'agit pour la plupart de règles à rattachement alternatif : elles « retiennent un éventail plus ou moins étendu de lois potentiellement applicables » (PATOCCHI) et deviendra applicable, en l'espèce, celle de ces lois qui permettra d'atteindre le résultat que le législateur a estimé opportun de promouvoir.

On ne peut pas rejeter d'emblée ce système en invoquant le principe d'égalité. Mais il est, certes, des cas où ce principe n'est pas respecté : supposons que d'après la teneur de la règle de conflit le choix de la loi applicable *in concreto* doive être influencé par la nationalité de l'une des parties (si dans un certain cas seule la loi du for est en faveur du divorce et que l'un des conjoints, au moins, porte la nationalité de cet Etat, la loi du for sera appliquée). On en dira de même si la règle établit que, lorsque la loi étrangère en principe applicable n'autorise pas, en l'espèce, la dissolution du lien matrimonial, on aura recours à la *lex fori* plus favorable à cette dissolution, pourvu que l'un des époux au moins réside dans le pays du for pendant une période prolongée (voir l'article 22, n° 2, de la loi tchécoslovaque sur le droit international privé, de décembre 1963). Les règles de conflit de ce genre sont à condamner.

Encore faut-il, à mon avis, faire dépendre d'une autre condition la légitimité du procédé en question. Il ne devrait être suivi que si la préférence pour le résultat ou l'effet voulu (par exemple la validité d'un acte juridique quant à sa forme, la possibilité d'établissement de la filiation, ou de donner gain de cause à l'enfant qui réclame des aliments) puisse être convertie dans une

norme d'acceptation générale, puisse être incluse dans un *droit commun* à toutes les nations. En tout état de cause, ce qu'il faut absolument éviter est que la politique législative qui commande les dispositions du droit interne d'un Etat (voir votre rapport provisoire, p. 26) vienne s'imposer aussi, rien qu'en raison du seul fait qu'elle est jugée bonne dans ce pays, sur le plan des règles de conflit de lois.

Cela dit, on peut comprendre aisément que je n'éprouve qu'une sympathie modérée pour ces règles de rattachement à caractère substantiel.

8. Je me suis déjà prononcé, dans les pages précédentes, sur la plupart des sujets traités dans le rapport provisoire. En ce qui concerne les points du questionnaire qui n'ont pas encore été examinés, je me bornerai presque — étant donné l'extension de cet exposé — à répondre par oui ou par non.

a) J'estime qu'à la rigueur on ne devrait pas se passer, dans ce contexte, d'une analyse du problème de la qualification, et j'ai déjà dit pourquoi. Pour ce qui est du règlement du conflit mobile, son étude ne me paraît pas si pressante.

b) Je suis d'avis que le juge doit soulever d'office l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, même si elle n'a pas été invoquée par les plaideurs, cette obligation devant être imposée dans toutes les matières.

Cela tient à la conception selon laquelle il ne faut pas considérer le droit étranger compétent comme un *fait*, ce qui, d'ailleurs, est une conséquence nécessaire de notre principe d'égalité entre *lex fori* et loi étrangère.

Si les parties ne se sont pas référées à la loi déclarée applicable par le droit international privé du for, le juge, après avoir individualisé cette loi, doit chercher à en établir le contenu.

De même si l'un des plaideurs ayant fondé sa demande ou sa défense sur un texte de droit étranger, ne parvient pas à fournir la preuve de son existence et de son contenu. Selon le Code portugais, article 348, n° 1, il incombe en principe à la partie intéressée d'apporter cette preuve; pourtant, si elle n'y réussit pas, le juge n'en est pas moins tenu de chercher, par ses propres moyens, donc *ex officio*, à surmonter la difficulté. Au contraire de ce qui se passe dans le projet suisse (article 14), nulle distinction n'est faite à ce propos, en droit portugais, entre les actions à caractère patrimonial et les autres.

Les plaideurs doivent, donc, collaborer avec le juge dans la découverte du droit applicable et la recherche du contenu de ce droit. Par contre, je ne pense pas qu'il soit loisible au juge de rejeter la demande, ou la ou les prétentions des parties au procès, lorsqu'il est convaincu que celles-ci n'ont pas donné satisfaction audit devoir de collaboration. On ne peut recourir, pour ce qui a trait à la preuve du droit applicable, aux règles du droit procédural qui régissent l'établissement des faits de la cause.

S'il s'avère impossible de déterminer le contenu du droit étranger, la plupart des lois et projets prévoient le recours à la *lex fori*. La solution qui a été retenue par la codification portugaise (art. 23) est, sans conteste, celle qui assure le mieux la prévisibilité des décisions (comme notre rapporteur le

fait remarquer), tout en restant fidèle au principe d'égalité. Cette solution consiste à prescrire l'application du système de droit qui est subsidiairement compétent, conformément aux règles de conflit du for. Il s'agit d'une règle d'application générale, quoique le statut personnel soit son domaine privilégié.

Elle est aussi applicable, selon nous (et selon le Code portugais, article 23, n° 2, *in fine*), lorsqu'on n'arrive pas à déterminer les circonstances de fait ou de droit dont dépend la désignation *in concreto* de la loi compétente (la nationalité ou le domicile d'une personne, le lieu de célébration d'un contrat...).

La solution est d'application facile si le système prévoit des rattachements subsidiaires pour le cas où le rattachement principal (la nationalité d'une personne, la nationalité commune des conjoints...) viendrait à manquer, ou ne pourrait pas être déterminé. Autrement, j'incline à accepter l'application de la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation à régler, et non celle de la *lex fori*, car il se peut que justement aucun lien significatif n'existe entre la loi du tribunal et la situation *sub iudice*.

c) Je pense qu'il serait regrettable de passer sous silence, dans une étude sur l'égalité entre la *lex fori* et les lois des autres Etats, des matières comme le renvoi, la fraude à la loi et l'ordre public.

Quant au renvoi, il est d'une évidence frappante qu'on ne peut pas conjuguer le renvoi systématique à la loi du for avec le principe d'égalité. De fait, ce renvoi représente une discrimination indéniable en faveur de cette loi. Par contre, nulle discrimination ne se produira si la *lex materialis fori* n'est déclarée applicable que si la règle de conflit étrangère renvoie précisément au droit interne de l'Etat du for ; ce qui revient à dire que seul un renvoi en provenance d'un système juridique qui soit contraire à cette idée est à considérer. (Voir exactement dans ce sens le n° 1 de l'article 18 du Code portugais, qui est le seul, d'après M. VON OVERBECK, à n'admettre le renvoi au premier degré que lorsqu'il est conforme au principe *altruiste* : *Cours général de D.I.P.*, Rec. 176, chap. V).

Quant au renvoi à une tierce (ou quatrième) législation, le problème de la non-discrimination en faveur de la *lex fori* ne s'y présente pas — à moins que la tierce législation ne renvoie, à son tour, au droit du for, auquel cas on ne devrait appliquer ce droit qu'à la double condition suivante : *primo*, c'est uniquement aux dispositions matérielles de la *lex fori* que la règle de conflit étrangère s'en remet ; *secundo*, la loi indiquée par le droit international privé du for conçoit la législation qu'elle désigne comme un tout, y compris les règles de conflit de lois. Dans ce cas, effectivement, le renvoi permettra d'aboutir à l'harmonie de solutions entre toutes les lois concernées par la cause.

On en dira autant si la loi désignée par la règle de conflit du for s'estime applicable, ou si elle renvoie à un autre droit qui, lui, se tient pour compétent, pourvu que ce renvoi soit à interpréter dans le sens d'une référence globale à la loi étrangère.

Bref, je pense que l'élargissement du domaine de compétence d'une loi déterminé par le jeu du renvoi, que cette loi soit une législation étrangère ou la

loi du for elle-même, se justifie du moment qu'il est dicté par le besoin d'en arriver à des solutions uniformes, c'est-à-dire à l'harmonie juridique internationale.

d) Venons-en maintenant à l'ordre public et à la fraude à la loi.

En ce qui concerne l'ordre public, nous savons qu'il aura pour effet réflexe l'élargissement anormal du domaine d'application de la *lex fori*. Le jeu de l'exception d'ordre public entraîne l'éviction de la disposition légale étrangère normalement applicable et, en règle générale, l'application à sa place (si tant est qu'il en soit besoin) de la disposition correspondante de la *lex fori*.

« Seul le droit portugais — dit M. von Overbeck (p. 212) — ne se résigne pas immédiatement à la solution de la *lex fori*. » D'après l'article 22, n° 2, du *Código civil*, on essaiera de combler la lacune éventuellement résultante de l'exception d'ordre public, en ayant recours aux dispositions les plus appropriées de la loi étrangère : ce n'est que subsidiairement qu'on fera appel aux règles du droit du for.

Pour ce qui a trait à la fraude à la loi, l'important à la lumière du principe d'égalité c'est que les tribunaux ne se croient pas dispensés de sanctionner la fraude à la loi étrangère. Toutefois, comme le souligne M. von Overbeck (p. 207), l'article 21 du Code portugais est un des rares textes qui consacrent cette solution : son intention manifeste est de réprimer toute tentative d'échapper, à travers la manipulation des règles de conflit, à l'application de normes impératives de la loi tenue pour compétente en l'espèce, qu'il s'agisse ou non de la *lex fori*.

Là encore, c'est devant une affirmation on ne peut plus claire du principe d'égalité que nous nous trouvons.

Voilà, Monsieur le rapporteur et cher confrère, les principales réflexions et remarques que la lecture de votre savant travail m'a suscitées.

Je vous en félicite encore une fois, tout en vous priant de bien vouloir agréer l'assurance de mes sentiments dévoués.

A. Ferrer-Correia

4. Observations de M. G. van Hecke

Bruxelles, 24 mars 1988

Mon cher confrère,

J'ai pris connaissance avec intérêt de votre rapport provisoire et vous félicite d'avoir mené à bien ce travail qui se caractérise par la profondeur de la réflexion.

Voici ma réponse au questionnaire.

1 a) - L'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère me paraît être un principe qui doit guider les législateurs et les juges.

1 b) - Cette égalité de traitement n'est pas imposée par le droit international public qui se limite, dans l'état actuel, à interdire aux Etats a) d'éliminer de manière absolue toute application du droit étranger et b) de prétendre appliquer leur propre droit d'une manière qui porte atteinte à la souveraineté d'un autre Etat. Permettez-moi de me référer sur ce point à ce que j'ai exposé à l'Académie de droit international de La Haye en 1969 (Rec. Cours 1969-I, p. 419-426).

Le principe de l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère découle de la nécessité de résoudre le conflit de lois avec justice.

1 c) - Vous rapprochez judicieusement l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère de l'égalité que le juge doit assurer entre les plaideurs.

Si dans un litige sur un contrat entre un national et un étranger une préférence injustifiée est donnée à la loi du for uniquement parce que c'est celle du for, l'égalité entre les plaideurs n'est pas assurée.

1 d) - Les règles de compétence judiciaire sont étrangères au sujet. En matière de compétence en l'absence de traité le juge applique toujours et exclusivement sa propre loi, sans qu'une loi étrangère puisse jouer un rôle.

2 a) - La règle bilatérale de conflit est certainement la plus apte à réaliser l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère.

Une règle formulée de manière unilatérale peut être rendue bilatérale dans l'application, comme cela a été le cas pour l'article 3 du Code Napoléon.

Il faut toutefois critiquer les règles unilatérales qui ne sont pas susceptibles de bilatéralisation, comme par exemple celles qui confèrent à une des parties à une relation juridique le privilège de pouvoir invoquer la loi du for en raison du fait que cette partie possède la nationalité du for.

L'Institut pourrait reprendre à son compte et couvrir de son autorité le conseil donné par Meijers aux législateurs de droit international privé : « Rédigez vos dispositions légales de droit international privé de telle façon qu'elles ne soient pas déplacées dans un droit mondial » (*Rev. crit. d.i.p.*, 1951, p. 717).

2 b) - La soumission d'une situation juridique à la loi du pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits est un principe qui est trop vague pour pouvoir prendre la place des règles plus précises que réclame la sécurité juridique.

Mais ce principe peut jouer un rôle subsidiaire lorsque le rattachement établi à titre principal ne peut être utilisé. Il peut également jouer un rôle correctif dans des cas exceptionnels (article 14 de la nouvelle loi suisse).

Ce problème me paraît se situer en dehors du champ d'action de notre commission.

2 c) - Les règles alternatives ne sont pas, en elles-mêmes, critiquables au point de vue de l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère. Qu'on songe à la Convention de La Haye sur la forme des testaments.

Le fait de favoriser un certain résultat (la validité formelle du testament) et donc une partie (le légataire) plutôt que l'autre (l'héritier) ne porte pas atteinte à l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère.

Les règles que vous citez au n° 19 de votre rapport provisoire sont, comme vous l'affirmez à la suite de M. von Overbeck, « une concrétisation de l'ordre public ». Pour les soumettre à critique il faudrait considérer que le principe de l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère devrait entraîner la disparition de l'exception d'ordre public. Je ne crois pas que cela soit réaliste.

3 a) - Les problèmes de qualification et de conflits mobiles méritent une étude séparée qui se situe en dehors du sujet de la commission.

3 b) - Une évolution assez nette s'est faite dans plusieurs pays dans la doctrine de la procédure civile. En vertu de l'adage *Da mihi factum dabo tibi* on considère maintenant qu'il ressortit à l'office du juge de déterminer les règles applicables, qu'elles soient nationales ou étrangères, même si les parties ne l'ont pas fait. Pour la Belgique cette attitude nouvelle a été mise en lumière par les conclusions du procureur-général Krings avant l'arrêt du 9 octobre 1980 de la Cour de cassation (*Journal des Tribunaux*, 1981, p. 71).

Le problème est toutefois trop lié aux conceptions fondamentales en matière de procédure civile pour que l'Institut puisse prendre position à ce sujet.

Cette dernière remarque vaut *a fortiori* pour la recherche d'office des éléments d'extranéité.

3 c) - La question si le juge doit ou peut rechercher d'office le contenu de la loi étrangère ou s'il doit s'en remettre aux parties est de nouveau une question trop liée aux conceptions générales de la procédure civile pour que l'Institut s'aventure sur ce terrain.

Les différentes méthodes qui sont à la disposition du juge et des parties pourraient faire l'objet d'une discussion mais je doute que celle-ci puisse aboutir à des conclusions. Chaque pays est attaché aux méthodes qu'il a l'habitude de pratiquer : consultations d'instituts universitaires, déclarations écrites ou orales de témoins-experts, coopération administrative. Je voudrais mettre en garde contre cette dernière méthode qui, en raison du fait que l'administration interrogée ne connaît pas tous les éléments de l'affaire, aboutit souvent à des erreurs.

3 c) - La question de la loi à appliquer à titre subsidiaire lorsque la teneur de la loi normalement compétente ne peut être établie est une question sur laquelle une prise de position de l'Institut est souhaitable et possible.

L'application du « droit le plus proche » est une solution séduisante sur le plan théorique. Je crains toutefois que les difficultés d'application qu'elle entraîne la fassent rejeter comme cela a été le cas en Suisse (article 16-2).

S'il n'y a pas de rattachement subsidiaire il faudra bien retomber sur la *lex fori*

3 d) - Ces problèmes méritent un examen séparé et ne devraient pas faire l'objet du travail de la Commission.

3 e) - Je n'ai pas d'autres questions à poser.

Veuillez croire, mon cher confrère, à l'expression de mes sentiments très dévoués.

G. van Hecke

5. Observations de M. E. Jayme

Heidelberg, 26 mai 1988

Mon cher confrère,

J'aimerais bien vous féliciter de votre rapport très riche qui suscitera, certainement, des vives discussions lors de la session de Saint-Jacques-de-Compostelle. Je me permets de vous joindre les réponses au questionnaire.

Veuillez croire, mon cher confrère, en l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Erik Jayme

Réponses au questionnaire

I a) - c) On peut parler bien d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère ; il s'agit d'un principe du droit international privé. Cette égalité se base, à mon avis, exclusivement sur l'idée de tenir compte des rattachements personnels et territoriaux des relations entre personnes privées. Elle ne découle pas du droit international public d'établir une juste répartition des compétences des Etats.

Au XIX^e siècle, Mancini cherchait d'établir un principe de droit international public de respecter les droits d'étrangers qui vivent dans l'Etat du for ; mais ce principe concernait la personne humaine et non la compétence législative de l'Etat. On pourrait penser à la question de l'effet extraterritorial des lois et ses limites imposées aux Etats par le droit international public ; mais cette question excéderait le sujet de notre commission.

L'égalité entre la loi du for et la loi étrangère doit être nettement distinguée de l'égalité matérielle entre les nationaux et les étrangers. On a cherché d'enraciner le droit international privé dans le principe constitutionnel de l'égalité dans ce sens qu'il fallait tenir compte des différences entre les situations concernant les nationaux et situations auxquelles participaient les étrangers (voir Egon LORENZ, *Zur Struktur des Internationalen Privatrechts*,

1977). C'est seulement dans ce sens qu'on pourrait parler d'une discrimination qui résulte d'une préférence donnée à la loi du for sans tenir compte de la personnalité du droit.

d) La préférence de la loi du for pourrait être tempérée par la règle du "forum non conveniens" qui donne, aux juges, une discrétionalité de se déclarer incompétents à raison d'un rattachement plus fort de la cause à la loi d'un autre pays. Cette doctrine est fortement discutée (voir Ulrich WAHL, « Die verfehlte internationale Zuständigkeit - Forum non conveniens und internationale Rechtsschutzbedürfnis », 1974 ; JAYME, « Zur Übernahme der Lehre vom "forum non conveniens" in das deutsche internationale Verfahrensrecht, StAZ, 1975, p. 91 ss. ; SCHLOSSER, « Forum non conveniens wegen Inaktivität der Prozessbeteiligten ? », IPRax, 1983, p. 285 ss.). Le problème de l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère ne se trouve pas au centre des arguments concernant cette doctrine. A mon avis, l'on devrait exclure les questions de compétence judiciaire internationale des travaux de notre commission.

II a) Je suis convaincu que la règle de conflit bilatérale favorise l'égalité souhaitable. Les règles unilatérales n'aboutissent à cette fin qu'en théorie.

b) Je suis sûr que le choix de la nationalité comme critère de rattachement rend plus facile l'égalité souhaitable que le choix du domicile comme élément de rattachement.

Le recours à des rattachements flexibles est préférable à l'application de la *lex fori*.

c) Les règles alternatives, à mon avis, ne nuisent pas à l'égalité. D'autre part, les règles subsidiaires qui favorisent un certain résultat (voir JAYME, « Scheidung gemischt-nationaler Ehen nach deutschem Recht und Auslegung des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, IPRax, 1987, p. 167-168) en écartant la loi étrangère normalement compétente, doivent être réduites le plus possible. Il faut les rejeter en cas d'un lien insuffisamment étroit avec la loi du for.

III a) Oui.

b) Le juge doit, à mon avis, soulever d'office l'application de la loi étrangère normalement compétente en toutes les matières. Il faut étendre cette obligation à la recherche et à la vérification des éléments d'extranéité dont dépend la législation de la loi étrangère. J'opterais pour une recommandation qui englobe toute la question dans la mesure la plus large.

c) En Allemagne, ce sont les juges qui prennent des initiatives pour la mise en œuvre de la loi étrangère. En ce qui concerne l'information sur le contenu de droit étranger, les autorités judiciaires allemandes recourent souvent à la procédure prévue par la Convention Européenne du 7 juin 1968 (voir, par exemple, les avis du Ministère de Justice Italien donnés aux tribunaux allemands qui sont publiés dans : *Jahrbuch für Italienisches Recht*, vol. 1, 1988, pp. 125 ss.). D'autre part, les juges, normalement, demandent un avis d'un

Institut de Droit Comparé (les avis importants sont publiés, annuellement, dans : *Ferid, Kegel, Zweigert*, « Gutachten zum ausländischen und internationalen Privatrecht ». La procédure prévue par la Convention Européenne entraîne des difficultés pour la pratique. L'autorité étrangère qui connaît bien sa propre loi, ne connaît pas, pourtant, le contexte dans lequel la question est soulevée, tandis que les Instituts de Droit Comparé travaillent sur la base du dossier envoyé à l'expert qui donne l'avis.

J'opterais, en cas de l'impossibilité de la mise en œuvre du contenu de la loi étrangère, pour l'application du droit « le plus proche ».

d) - e) Non.

6. Observations de M. von Overbeck

Saint-Prex, 1^{er} juillet 1988

Mon cher confrère,

J'ai bien reçu votre excellent rapport sur « L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales du droit international privé ». Je vous prie de m'excuser de n'y répondre que maintenant, étant donné que j'ai été absent en Chine pendant cinq semaines.

Vous avez très bien su mettre en lumière les différentes manières dont la loi étrangère peut être préteritiée, non seulement par des règles de conflit donnant prépondérance à la loi du for, mais aussi par nombre d'autres biais, tels que l'obligation pour les parties d'établir le contenu du droit étranger ou l'acceptation du renvoi au premier degré, mais non au deuxième degré (malheureusement, la loi suisse a retenu cette solution à l'art. 14, alinéa 2).

D'autre part, une codification nationale peut s'inspirer de préoccupations internationalistes sous d'autres égards, et cela même si elle choisit certaines solutions unilatéralistes. J'ai essayé de relever les avantages et les faiblesses du nouveau droit suisse à cet égard dans le volume qui sera consacré au Colloque en souvenir de François Laurent, tenu à Gand en septembre 1987, et dont je vous envoie une copie. (Il faut ajouter 2 à la numérotation figurant dans cet article pour avoir les articles de la loi définitive dont je joins d'ailleurs également un exemplaire).

Dans la mesure où le point de rattachement est le même pour les nationaux et les étrangers, une règle peut très bien être formulée de façon unilatérale, cela dans l'idée que les règles de conflit ne s'adressent qu'au juge national et ne doivent pas lier un juge étranger. (Voir dans ce sens, les numéros 6 à 9 de mon article et l'article 44 alinéa premier de la loi de droit international privé suisse : « Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse »). Le second alinéa permet d'appliquer la loi nationale de l'un des fiancés étrangers lorsque les conditions

du droit suisse ne sont pas remplies. Le corollaire de cette solution est la reconnaissance libérale des décisions étrangères sans contrôle de la loi appliquée. Ainsi, l'article 45 de la loi suisse dit qu'un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse.

Les règles sur la compétence judiciaire peuvent cependant fausser le jeu de telles règles de conflit, si elles se fondent sur la nationalité d'un des plaideurs. Ainsi, le droit suisse actuel permet, à l'article 7g de la loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, de 1891, à un conjoint suisse d'intenter une action en divorce en Suisse selon le droit suisse, sans égard à son domicile ni au domicile ou à la nationalité du conjoint. La nouvelle loi a supprimé des règles de ce genre et les compétences nationales qu'elle prévoit sont presque toutes subsidiaires. Les seules compétences nationales sans condition prévue le sont pour le changement de nom (article 38, alinéa 2), pour les effets de la filiation (article 80) et en matière gracieuse pour la conclusion du mariage (article 43, alinéa premier) et la reconnaissance d'un enfant (article 71, alinéa premier).

La solution suisse (article 16) est moins satisfaisante en ce qui concerne l'établissement d'office du contenu de la loi étrangère (la règle de conflit, elle, doit toujours être appliquée d'office). En effet, en matière patrimoniale, la preuve du droit étranger peut être mise à la charge des parties. Parallèlement, on a exclu pour ces matières le contrôle du Tribunal fédéral sur l'application du droit étranger (article 43a de la loi fédérale d'organisation judiciaire, dans la teneur de l'annexe à la loi de droit international privé).

Cette question du contrôle de l'application du droit étranger par les Cours suprêmes est d'ailleurs un aspect important de l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère et mériterait peut-être d'être traitée par notre Commission. J'ajouterai que la Commission d'experts suisses unanime était d'avis que le droit étranger devait être établi d'office et contrôlé par le Tribunal fédéral; malheureusement, un compromis a été nécessaire sur ce point.

Réponses au questionnaire

I. a) et b) L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère est un postulat de tous ceux qui visent à un droit international privé de caractère internationaliste. Je ne pense cependant pas qu'on puisse voir là une obligation découlant du droit international public.

I. c) On peut, en effet, voir dans l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère une conséquence du postulat d'égalité.

Une discrimination peut se produire notamment lorsque la compétence judiciaire est fondée sur la nationalité d'une partie.

I. d) Les règles de la compétence judiciaire internationale peuvent avoir une influence décisive. Aussi, me paraît-il indiqué de les examiner dans notre Commission.

II. a) Tout en pensant que l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère

n'est pas nécessairement compromise par des règles unilatérales raisonnables, il conviendrait d'éviter le genre de règles décrites dans cette question.

II. b) Un système de règles fixes, assorties d'une clause d'exception pour les cas où ces règles sont manifestement inappropriées, nous paraît le meilleur.

II. c) Le développement du droit international privé paraît aller vers des règles plus nuancées, mais cela ne compromet pas nécessairement les chances d'une harmonie des solutions.

On ne peut pas non plus empêcher les Etats d'accorder, même en dehors du domaine de l'ordre public, assez d'importance à certaines de leurs dispositions législatives pour que celles-ci l'emportent sur le droit étranger.

III. a) Oui.

III. b) Le juge devrait certainement appliquer d'office les règles de conflit et donc désigner la loi applicable; il nous paraît souhaitable qu'il recherche également les éléments d'extranéité.

III. c) L'obligation du juge de rechercher le contenu du droit étranger est certainement plus importante dans les matières dont les parties ne peuvent pas disposer; elle est souhaitable également dans d'autres domaines. Cependant, il y a de bons arguments en faveur des règles de nombreux droits, qui exigent une certaine collaboration des parties à l'établissement du contenu du droit étranger.

La Convention européenne du 7 juin 1968, relative à l'information sur le droit étranger, fonctionne dans les relations de la Suisse avec un certain nombre de pays, mais les cas d'application sont encore assez rares. Le recours à des instituts spécialisés, tel qu'il est notamment pratiqué en Allemagne, est probablement dans beaucoup de cas un système plus efficace.

III. d) (votre c, p. 5). Les dangers d'erreurs que comporte le système de l'application du droit le plus proche me font finalement pencher en faveur de l'application de la *lex fori*. Des exceptions pourraient être faites, notamment lorsqu'il est certain que la loi normalement compétente est un droit religieux qui est en vigueur exactement de la même façon dans un autre Etat.

III. e) (votre d, p. 5). Un examen du principe de la fraude à la loi et de l'ordre public me paraît stérile. En revanche, le renvoi permettrait peut-être une discussion. La loi étrangère est bien respectée dans un système tel que celui de la loi portugaise, qui est cependant bien compliqué.

III. f) (votre d, p. 5). La question du contrôle de l'application du droit étranger par les Cours suprêmes mériterait d'être examinée.

J'espère ainsi avoir répondu à vos questions et je vous souhaite plein succès pour la suite de vos travaux. J'espère beaucoup que nous aurons l'occasion de nous rencontrer à Saint-Jacques-de-Compostelle.

Veillez croire, mon cher confrère, à l'assurance de mes sentiments fidèlement dévoués.

Alfred E. von Overbeck

7. Observations de M. Parra Aranguren

Caracas, July, 2nd, 1988

.....

Although subject to further developments my answers to the questionnaire may be summarized as follows :

I. — a) I do think that the equal treatment between the *lex fori* and foreign legislations constitutes a very important principle of private international law that should be taken into account by national legislators. However, it cannot be asserted that the acceptance of such principle imposes obligations to the States. It is a guideline that should be observed when formulating and applying the rules of conflict, not forgetting that the proclaimed equality is only an instrument to obtain the final objective, i.e., the international harmony of decisions.

b) According to my views, the equality between the *lex fori* and foreign legislations is the result not only of the objective localization of private law relations but also of a just distribution of the legislative jurisdiction among the States. In most cases both objectives are not antagonistic and may be achieved at the same time.

c) Certainly, the equality between the *lex fori* and foreign legislations is connected with equal treatment of the parties by the court, no matter their nationality or confession, and the preference of the *lex fori* usually results from a discrimination made between citizens and aliens. However, it should be remembered that in exceptional cases this discrimination may lead to the preference of a foreign legal system.

d) As our confrère Ronald Graveson pointed out, the rules on international jurisdiction may affect the equality between the *lex fori* and foreign legislations. Notwithstanding the importance of the subject matter, perhaps it would be advisable not to deal with it extensively in order to concentrate the work of the Commission on the main issues.

II. — Bilateral conflict rules are better shaped to guarantee the equal treatment between the *lex fori* and foreign legislations, but it cannot be sustained that the formulation of unilateral conflict rules shall always bring about a discrimination in favor of the *lex fori*.

The conflict rules that extend the scope of application of the *lex fori* by sanctioning two or more connecting factors are not *a priori* condemnable, because all depends on the subject matters so regulated. Certainly they are not advisable when imposing a discrimination between nationals and foreigners, and I do think that the Institute could make the pertinent recommendation.

b) The selection of the points of contact may incentivate or make more difficult the equality between the *lex fori* and foreign legislations, as it is remarked in the Preliminary Report.

c) According to my opinion, flexible connections are advisable to regulate certain types of international situations, even though they may affect juridical security and predictability. Therefore the best is a way in between, so that the court be in position to make the necessary adjustments taking into account the particular circumstances of the controversy. No doubt if the main point of contact cannot function, a flexible connection as a subsidiary solution is better than the application of the *lex fori*.

d) The policy pursued by a Legislator may be fostered by conflict rules that contain several points of contact, working alternatively, accumulatively or formulated to obtain certain result, being possible indeed that they may endanger the international harmony of decisions.

It would be an extreme position to condemn rules sanctioned by recent legislations that disregard foreign legislations applicable according to the conflict rules, in addition to the cases of intervention of the public policy exception, whenever the result of the application of the foreign legal system does not conform with the legislative policy of the forum State. Certainly, the functioning of such rules is not justified when the connections with the forum are very weak.

III. — a) Notwithstanding the importance of the matter, it would not be advisable to examine the incidence on the designation of the applicable foreign law that may have the solutions to the characterization problem or to the questions arising out of the « conflit mobile ».

b) According to my views, the Judge is under the duty to apply the foreign law designated as applicable by the conflict rule, principle that has been sanctioned by various american conventions on private international law (Montevideo Treaty, 1889; Bustamante Code, 1928; Montevideo Convention, 1979). This obligation should also cover the determination of the foreign elements that condition the application of the foreign legal system, but only to the extent that the court is authorized to make such determination in internal cases. A Resolution of the Institute in this sense would be advisable.

c) The judge shall also take all necessary steps to ascertain the contents of the foreign law designated by the conflict rule to govern the case. No specific procedure is to be followed, and the parties must have the right, not the duty, to cooperate with the court by delivering the information they feel suitable. However, the judge shall not be bound by the evidence presented.

The question as to whether the cooperation among the States regarding the information on foreign law is or not satisfactory cannot be answered on a universal bases. Venezuelan courts sometimes have demanded cooperation to

the parties, specially to the one interested in the application of the foreign legal system. I have not found any official statistics on this question in Venezuela, and, to my knowledge, venezuelan courts have not taken advantage of the Inter-American Convention on Proof and Information on Foreign Law, approved in Montevideo (1979), even though it is in force in Venezuela.

An ideal system of cooperation would be the creation of a World Data Bank on Foreign Law. This proposal was made by Venezuela and a Recommendation in this sense was approved by the Second Specialized Inter-American Conference on Private International Law (CIDIP-II), in Montevideo, 1979. However it is a futuristic solution and its feasibility should be carefully examined.

c) The legal system most closely connected with the situation should be taken into consideration if the designated foreign law cannot be applied or when it has not been possible to ascertain its contents. This is the best manner to take into account the foreign elements of the case.

d) Notwithstanding their importance, it does not seem advisable to extend the work of the Commission to the incidence of renvoi, fraude against the law and the public policy exception, on the subject matter related to the equality of treatment between the *lex fori* and foreign legal systems.

.....

Gonzalo Parra-Aranguren

8. Observations de M. A. Philip

Copenhagen, 13 octobre 1988

As a preliminary remark I wish to say that I think this matter should be treated in a descriptive way and not with a view to state any norms or recommendations. Equality of the law of the forum and foreign law in my view is not and should not be an overriding principle of private international law but one of several ways of pursuing different aims and purposes. A conclusion of the study could be to explain the purposes pursued by means of equality and the reasons for deviating from it.

I) a) In my opinion there is no binding rule requiring states to ensure equality between the law of the forum and foreign law. On the other hand, the existence of such equality is desirable from the point of view that it leads to the achievement of one of several purposes of private international law: that a case should be decided according to the same substantive law regardless of the forum.

b) Equality of the law of the forum is not a rule or principle of private

or public international law. It represents a desirable result which can only be achieved where the policy of the forum so permits. International conventions are usually based upon equality but even they deviate from that principle where the interests of the contracting states require it.

c) It is difficult to see how any such principle may be established.

d) It seems clear that a preference is often given to the law of the forum both in fact and in law. As jurisdiction may be invoked on the basis of a number of different connecting factors it seems unavoidable that the question of equality is influenced by the rules on jurisdiction.

II) a) Yes, that is inherent in the concept.

No, that depends upon their formulation and the rules applicable as to how to fill the gap left by the unilateral rule.

I do not pass moral judgment on legal rules in general. I would look at the individual rule in order to see whether in my opinion it leads to a reasonable result taking the purpose of the rule into account. Only that purpose can be judged by a moral standard.

I do not understand the idea of privileges based upon nationality of religious adherence in the context of private international law. I do not think that the Institute should recommend any rules giving preference to equality of the law of the forum and the foreign law in general. Each problem has to be judged in its context and a pragmatic approach has to be followed.

b) It follows from the above that basically I favour the closest connection approach. That does not mean that hard and fast rules should never be introduced or that one should not attempt to introduce guidelines or presumptions in order to create greater foreseeability as has been done in recent conventions.

c) Uniformity of solutions is one purpose of p.i.l. but not the only one. As said before I do not enunciate general condemnations of any principles or approaches as in the concrete circumstances they may serve a useful purpose.

III) a) I do not see why any subject which may elucidate the problem should be left out.

b) The question to which extent the judge shall apply foreign law *ex officio* seems to me to be a separate problem which, subject to a) above, should not be treated here or included in any recommendation. My reply to the question is in the negative except in cases where the parties are subject to internationally mandatory rules.

There is a Council of Europe convention on the subject which seems to work in a satisfactory way. In most cases it seems better to leave it to the parties to procure the necessary information about foreign law. In this way it is possible to take the circumstances of the case into account and not just give an abstract description of certain rules.

c) No general rule should be given but a decision in the individual case should depend upon the circumstances.

d) See a) above.

Allan Philip

9. Observations de M. Reese

New York, April 18, 1988

Dear Professor Gannagé:

I have read your report with great interest and wish to congratulate you on its quality. I may not have understood it completely because of my inadequate knowledge of French and, as a result, may not have answered all of your questions responsively. If so, I apologize.

Question I

(a) Undoubtedly there are situations where a legislature can justifiably require its courts to apply only their local law. These would be situations where the local law rule involved is deemed to be based on a important policy. Examples. I suppose, are lois de police or lois d'application immédiate. To be sure, a legislature should express some restraint in making rules of this sort.

I am unaware, at least in my own law, of any private international law obligation that a state must, usually at least, give equal treatment to forum and foreign law.

(b) I think that rules of private international law that require application of the law of a state having an objective contact with the case were created (i) because of what was deemed to be a fundamental theory, as vested rights or (ii) simply as a way of deciding a case.

I do not believe that those rules stem from any perceived obligation of public international law.

(c) Surely, a judge should not, as general rule, discriminate between local residents and foreigners. But giving preference to forum law need not result in such discrimination except where forum law expressly requires it. There is little justification, as a general proposition for rules requiring such discrimination.

(d) I don't think that rules of international judicial jurisdiction have much bearing on the question of whether equal treatment should be accorded foreign and local law. In any event, I doubt that our Commission need investigate this question.

Question II

(a) I suppose that equality of treatment between local and foreign law can best be achieved by rules of private international law that call for application of the law of the state having a particular contact with the case as, for example, the rule that rights and obligations in tort should be determined by the law of the place of injury.

I doubt, however, that the Institut should recommend general adoption of such rules since particular cases may call for the application of special rules. Also, rules of private international law that are based on objective contacts may lead on occasion to unfortunate results.

I cannot, as a general proposition, condemn rules of private international law that give a wider scope of application to local law than to foreign law. Much must depend upon the needs of the particular case. Of course, there should be no invidious discrimination between foreigners and local residents.

(b) In general I favor rules of choice of law that call generally for the application of the law of a state having a particular contact with the case, as place of the injury in tort, but then go on to provide that the law of some other state will govern if, for example, it has the closest connection with the case. Such a rule provides some guidance and at the same time some needed flexibility.

I would not favor resort to forum law in all situations where for some reason it would be inadvisable to apply the law of the state with the primary objective contact with the case.

(c) As a general proposition, I would not condemn rules of the sort mentioned in the first paragraph of this question. Of course, such rules should not be applied in situations where the forum has only a slight contact with the case.

Question III

(a) I do not believe that our Commission need study the matters mentioned in this paragraph.

(b) I don't think the judge should on his own initiative call for the application of a foreign law. If the parties say nothing on the subject, I think the judge should apply local law. I also do not think that would be unwise for the judge to take on himself the task of determining whether there are facts related to the case that call for the application of a foreign law.

(c) I don't think the judge should take the initiative of assuring that there be adequate proof of the applicable foreign law. After all, the judge knows his own law best and is more likely to apply it correctly. Any attempt to apply foreign law involves the danger that this law will be applied incorrectly.

I am not sure that I would favor a system whereby the courts of each

state would be obliged to answer questions about their local law to the courts of other states. Such a system would be time consuming. Also there is the danger that the questions posed would not provide sufficient information about the underlying facts to permit a correct answer to the question of how the law of the requested state should be applied in the particular case.

It is not customary for courts in the United States to pose other courts questions about the content of their local law. This is done on rare occasions when statutes permit.

(d) I think that a court should apply its own forum law in the absence of adequate proof of the contents of the applicable foreign law.

(e) I don't think our commission need investigate the matter mentioned in this paragraph.

(f) I doubt that there are additional matters that our commission need examine.

I do hope that what I have said will prove reasonably helpful to you.

With all best wishes.

Faithfully,

Willis L.M. Reese

10. *Observations de M. F. Schwind*

Vienne, 5 juillet 1988

Le problème qui se pose dans notre 10^e Commission est, à mon avis, le plus important du d.i.p. actuel. En observant l'histoire de notre science, on a l'impression que cette évolution tendra à mettre la loi indiquante et la loi indiquée sur un pied de parfaite égalité. Mais ce point final n'est pas encore atteint.

Après une longue période de négligence absolue d'un quelconque droit étranger on est arrivé à reconnaître les effets juridiques obtenus à l'étranger en application d'une loi étrangère. La reconnaissance ne vaut pas encore application et elle est conçue comme un acte de courtoisie internationale. L'intensification des relations internationales obligent enfin les Etats d'appliquer les lois étrangères dans une certaine mesure. La pratique américaine nous enseigne qu'on cherche quand même toujours des excuses pour éviter cette application et retomber de nouveau à la loi nationale qui est toujours plus connue par les juges nationaux.

Au milieu du XIX^e siècle on élabora les « points de rattachement » qui obligent les magistrats à appliquer la loi indiquée. Cette doctrine était le fruit des travaux préparatoires très approfondis de la doctrine au début des codifications italienne et allemande par Mancini et après Anzilotti, Wächter,

F. Mommsen et Savigny. La manière de penser dans la doctrine juridique était liée à des notions précises et systématiques et les points de rattachements formaient les bases de ce système. Les racines de la « Begriffsjurisprudenz » et du pandektisme apparaissent dans cette conception. En plus, ce dernier n'est pas seulement un produit de la doctrine allemande, il a aussi pénétré dans les conceptions doctrinales en Italie. Dans presque toute l'Europe, la dernière évolution du droit civil se sépare de ce système et s'approche des idées plutôt fonctionnelles : le droit n'a pas pour but d'appliquer un système de rigueur sans tenir compte des exigences sociales, mais tout au contraire de servir les intérêts des particuliers dans la mesure du possible et dans les limites permises par l'intérêt de la communauté.

Ce changement de la conception du droit civil a eu des répercussions sensibles dans le domaine du d.i.p. Ce domaine, devenu toujours plus important dans la pratique et toujours moins enseigné dans l'enseignement universitaire, s'oriente aussi dans la direction des solutions fonctionnelles. Dans une grande partie de la doctrine on abandonne de plus en plus la rigueur en adoucissant le contenu des points de rattachement. On cherche les rattachements qui admettent le choix plus fonctionnel d'un autre droit. Le critère de ce choix est la proximité, le lien le plus effectif, le plus proche comme expression de la fonctionnalité la plus efficace¹.

On ne peut passer sous silence le fait que ce résumé plus que sommaire soulèvera sans doute des objections très vives, mais quand même la tendance ici révélée fait des progrès sensibles. L'expression « engste (stärkste) Beziehung », « le lien le plus effectif », « the most real connection », « la connessione più stretta » apparaissent partout dans la doctrine plutôt avec un accent positif, parfois aussi comme critique.

A.A. Ehrenzweig, mon ex-compatriote très estimé, était d'avis qu'une règle pareille était une « non rule » et il avait raison dans le sens d'une doctrine strictement liée à un système rigide et basée sur des notions précisément définies. Il est vrai que cette méthode fonctionnelle de penser exige une appréciation approfondie de chaque espèce à décider, qui se base aussi sur des conceptions qui ne sont pas toujours strictement juridiques. On voit presque partout que le système juridique du droit civil est en train de s'amollir. Cette évolution est en même temps un grand danger et un grand espoir. Le résultat dépend de la qualité des magistrats qui en font usage.

Pour revenir au problème central de notre commission, il faut tout d'abord prendre une décision nette. Qu'est-ce qu'on veut, étant donné l'essence et le but du d.i.p. ? Le d.i.p. pris au sérieux exige la substitution du droit du for par le droit réclamé. Une telle substitution n'a pas de sens si elle n'est pas réalisée entièrement. Pour employer les mots du d.i.p. autrichien ou suisse « le droit étranger est appliqué comme il est dans son pays d'origine ». Théoriquement, la seule limite consiste dans l'ordre public. Une solution tellement ouverte n'est pas encore réalisable pour le moment parce que les intérêts des Etats sont trop différents. Dans toutes les législations se trouvent des domaines réservés au droit national. Les lois d'application immédiate ne permettent pas l'application de n'importe quel autre droit.

Même s'il ne s'agit pas de lois d'application immédiate, les magistrats hésitent parfois à aller à la dernière conséquence. On cherche un arrangement entre le droit du for et le droit réclamé. En réalité, ce n'est qu'une création juridique nouvelle qui n'existe nulle part.

Le but du d.i.p. est, comme nous avons dit, la substitution du droit national par le droit réclamé à cause du point de rattachement. Il ne s'agit pas d'un remplacement schématique d'un droit par l'autre, il faudrait plutôt qu'on arrive au même résultat que celui qui serait obtenu dans le pays d'origine du droit employé. Cette exigence impose la nécessité de déterminer dans quelle mesure le droit national doit être remplacé. Parfois, ce n'est pas seulement la règle même, mais aussi l'ensemble des règles concernées qui déterminent le résultat. Une fois sorti du champ d'application du droit national, on se trouve dans la gravité du droit réclamé avec toutes les conséquences qui en découlent. La portée de cette règle est très grande et englobe également la question préalable et la qualification. Ceci est très important, parce que l'application du droit étranger à un ensemble tellement large porte atteinte au système entier du droit national, touchant parfois des problèmes de l'ordre public ou au moins des lois d'application immédiate.

S'il s'agit par exemple de n'importe quelle conséquence d'un mariage contracté sur le territoire national dans une forme non admise, l'existence de ce mariage relève de la compétence de la loi nationale. Cette conséquence (légitimité ou pension alimentaire) est soumise à la loi étrangère. Le problème se pose de savoir comment il faut traiter cette espèce. La logique impose la conclusion suivante : à défaut d'un mariage dans le sens national, on ne peut pas en admettre de conséquences. Fonctionnellement, la solution doit être l'inverse. Puisque la pension alimentaire est accordée par la loi réclamée, sa condition doit être fonctionnellement soumise à la même loi.

Une conception tellement vaste du but et de la fonction du d.i.p. implique que la loi étrangère doit être traitée sur un pied de parfaite égalité avec la loi du for. Cette idée se fait sentir plus ou moins dans les législations récentes de cette matière. Quant à moi, je me borne à expliquer la répercussion de cette idée dans la loi autrichienne dont je possède une connaissance suffisante, étant parmi les auteurs de cette loi. En laissant de côté les autres législations telles que la loi allemande ou suisse, je pars de l'idée que le problème de ces lois peut mieux être traité par les experts des pays respectifs.

En ce qui concerne le droit autrichien, le traitement égal du droit étranger et du droit du for est expressément contenu dans l'article 3 qui dispose : « Si un droit étranger est applicable, il doit être appliqué comme dans son pays d'origine ». Cette formule exige que le juge de for s'approche dans la mesure du possible des exigences de la loi étrangère, non pas seulement en ce qui concerne le texte, mais aussi en ce qui concerne la jurisprudence et la doctrine concernées. Il est bien entendu que quelques différences seront inévitables à cause des différentes structures des droits impliqués et de la méthode de penser dans les droits en question. La formule permet, mais n'exige pas en tout cas, une application très vaste comme nous l'avons expliqué auparavant.

La portée de cette formule dépend de la fonctionnalité qui est le principe suprême de la loi, exprimé dans l'article 1 alinéa 1. Une clause d'évasion comme l'article 15 de la loi suisse n'est (malheureusement) pas incluse dans la loi autrichienne. L'article 1, alinéa 2 prétend que la fonctionnalité est toujours contenue et exprimée dans les points de rattachement établis dans la loi. Cette restriction doit quand même être interprétée dans la mesure la plus restrictive possible pour laisser suffisamment d'espace pour le principe général de la fonctionnalité.

Fritz Schwind

¹ Voir LAGARDE, « Le principe de la proximité dans le droit international privé contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1986-I.

11. Observations de M. Frank Vischer

Bâle, le 14 juin 1988

Cher collègue,

Votre rapport préliminaire magistral intéressant touche au fond des questions du but et de la fonction des règles étatiques du droit international privé. Les questions que vous posez sont tellement fondamentales que j'hésite à répondre d'une manière univoque. Le rôle que jouent la loi et les lois étrangères dépend étroitement de la compréhension du système et du but des règles de D.I.P. Le système universel de Savigny part de l'équivalence des droits nationaux des divers Etats et met en principe le droit du for sur la même base que la loi étrangère. Le système de Wächter, contemporain de Savigny, part d'un système fermé qui accepte le droit étranger plutôt comme exception. Le D.I.P. des divers Etats oscille entre les deux conceptions extrêmes.

ad Ia) Le système universel est certainement conforme au but de la coordination des diverses lois. Mais on ne peut nier aux Etats dans une mesure limitée le droit de poursuivre avec le moyen du D.I.P. une politique législative qui peut amener à une certaine préférence de la loi du for. C'est d'autant plus le cas vue « la socialisation » ou la « publicisation » du droit privé. Cette évolution met de plus en plus en question le point de départ du système universel, l'équivalence des lois nationales (*cf.* pour une discussion plus ample de cette question Frank VISCHER, « Wo sollen die Schwerpunkte einer IPR-Reform liegen », *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Heft 151, Heidelberg, 1982).

ad Ib) Le souci du droit international public d'établir une juste répartition des compétences des Etats se réfère en premier lieu à la compétence judiciaire.

Je doute que le droit international public donne des directives obligatoires aux Etats quant à leurs règles de D.I.P.

ad Ic) En principe, oui. La préférence donnée à la loi du for peut résulter d'une discrimination si, par exemple, le droit du for prévoit un avantage aux nationaux comme le droit de prélèvement dans la succession.

ad Id) Certainement. Il faut absolument inclure cette question dans le cadre des travaux de notre commission.

ad Iia) En principe, une formule bilatérale donne plus de chance pour un traitement égal de la loi du for et des lois étrangères. Mais cette égalité n'est pas *a priori* compromise par des règles unilatérales, si celles-ci se bornent à une délimitation raisonnable et justifiée des lois du for. Dans ce pays, elles ne sont pas condamnables. Je ne suis pas en faveur d'une recommandation sans réserve pour les règles bilatérales.

ad Iib) Si le choix des éléments de rattachement est le même pour les nationaux et les étrangers, je ne vois guère de danger pour le principe d'égalité. En principe, je ne crois pas qu'un rattachement flexible est bénéfique ou nuisible aux relations internationales, s'il ne s'agit pas d'une matière où la prévisibilité du résultat joue un rôle prédominant. Je suis en faveur des rattachements subsidiaires au cas où le rattachement principal ne peut pas être utilisé.

ad Iic) Je partage la vue que l'Etat peut légitimement donner une préférence à une certaine solution matérielle avec des règles de conflit à caractère mixte qui associent les éléments localisateurs à des éléments matériels. Une condition en est que cette préférence corresponde à une tendance internationale et ne repose pas sur une conception de droit trop nationale et égoïste. Je ne désapprouve pas les dispositions qui écartent en certains cas les lois normalement compétentes pour des raisons matérielles (*cf.* par exemple article 62, alinéa 3, D.I.P. Suisse : « Lorsque le droit national commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un des deux réside depuis deux ans en Suisse »). L'ordre public contient toujours une appréciation négative de la loi écartée, qu'on peut éviter avec de telles règles. A condition que la situation ait un rattachement fort avec l'Etat du for.

ad Iiia) Non. Le sujet est déjà très vaste.

ad Iiib) Je suis en faveur de l'application d'office de la loi étrangère. On pourrait envisager des exceptions dans des matières pécuniaires (article 16, alinéa 1, D.I.P. suisse). L'examen du juge doit aussi être étendu à la recherche des éléments d'extranéité dont dépend la désignation de la loi étrangère. Une règle de conflit n'est pas de grande valeur, si on n'accepte pas le principe de l'application d'office de la loi étrangère.

ad Iiic) Le juge doit en principe prendre des initiatives pour l'établissement de la loi étrangère, mais il peut requérir la collaboration des parties et

demander à celles-ci certaines informations précises. Il faut absolument élargir la coopération entre les Etats dans le domaine de l'information sur le droit étranger. En l'état actuel les autorités suisses ne recourent pas assez à cette coopération. Mais avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le D.I.P. (1^{er} janvier 1989) la situation changera certainement parce que le Code (article 16) prévoit en principe l'application d'office des lois étrangères.

En principe la *lex fori* doit être substituée à la loi étrangère dont la teneur ne peut pas être établie. Une condition en est que tous les moyens d'information soient épuisés. L'application de la *lex fori* comme droit subsidiaire ne peut cependant être soutenue dans les matières d'état civil que si la *lex fori* possède un lien suffisant avec la personne ou la situation. Autrement je plaide en faveur du droit qui a les liens les plus proches avec la personne ou la situation.

ad III d) Non.

ad III e) Non.

Avec mes meilleurs sentiments.

Frank Vischer

Rapport définitif

1. Ce rapport fait suite au rapport provisoire. Il a pour objet de dégager les conclusions du travail de la Commission, à la lumière des riches observations de ses membres.

La tâche assignée à la Commission était délicate puisqu'elle visait l'un des problèmes majeurs du droit international privé, objet de controverses et de différentes prises de position, celui de la condition de la loi étrangère par rapport à celle de la loi du for.

Il était normal que l'Institut s'inquiète de ce problème en raison de l'ampleur qu'a récemment connue le mouvement des codifications nationales qui est suivi par de nombreux Etats dans les divers continents. Il paraît aussi souhaitable que l'Institut puisse définir sa position au moins dans les domaines où un accord très large s'est manifesté au sein de la Commission et où le désir d'adopter des recommandations a été nettement exprimé. De pareilles recommandations doivent certes tenir compte des nuances propres aux systèmes juridiques des Etats, de leurs intérêts légitimes. Mais elles auront le mérite, sur les points où elles pourront être adoptées, de souligner l'attachement de l'Institut à une vision universaliste du droit international privé qui se reflète aujourd'hui dans plusieurs codifications, mais que peuvent toujours menacer les tentations nationalistes.

Le souci d'adopter ces recommandations n'est cependant pas partagé par notre confrère Allan Philip dont les observations nous sont parvenues tout dernièrement. Notre confrère souhaite que le sujet soit traité d'une manière purement descriptive et pragmatique, la Commission pouvant, à son avis, proposer seulement des conclusions dans ce domaine à l'Institut et non des résolutions.

2. Il est utile cependant à cet égard de rappeler que l'Institut a déjà adopté une résolution à ce sujet à sa session de Sienne (24 avril 1952), à propos de l'examen de l'influence des données

démographiques sur le règlement du conflit de lois. Le texte de cette résolution indiquait clairement la faveur de l'Institut pour les règles de conflit formulées de manière à assurer l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère. Il y était déclaré :

« Les règles du droit international privé doivent en général utiliser des critères susceptibles d'internationalisation, c'est-à-dire notamment susceptibles d'être adoptés par des conventions internationales, de manière à éviter des solutions discordantes d'un même cas concret dans des pays différents ».

S'exprimant dans ce sens, notre confrère Van Hecke suggère que l'Institut aujourd'hui « reprenne à son compte et couvre de son autorité le conseil donné par Meijers aux législateurs de droit international privé : Rédigez vos dispositions légales de droit international privé de telle façon qu'elles ne soient pas déplacées dans un droit mondial » (*Rev. cr. dr. int. pr.* 1951, p. 717).

M. Ferrer Correia partage aussi ce sentiment et souligne la nécessité pour tout législateur « lors du choix du rattachement efficace dans les différentes matières juridiques, de procéder comme devrait le faire une instance internationale ».

Une pareille vision ne signifie pas que les Etats doivent, dans leurs codifications, adopter les mêmes règles de conflit. Chaque Etat ne peut en effet négliger les données propres de son système juridique qui se répercutent inévitablement sur ses règles de conflit. Mais elle marque bien que l'harmonie des solutions est un objectif essentiel du droit international privé dont chaque autorité nationale doit prendre conscience et s'efforcer de favoriser la réalisation. L'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère pourra ainsi être considérée comme l'un des principes du droit international privé dont les Etats doivent normalement tenir compte pour accroître les chances de création de cette harmonie.

3. Ce principe ne saurait cependant être rattaché directement au droit international public qui peut seulement fournir des motifs d'inspiration dans ce domaine.

Les membres de la Commission ont ainsi tous estimé que le droit international public ne pouvait imposer aux Etats des obligations bien définies à ce sujet.

A cet égard, M. Vischer observe que la juste répartition des

compétences des Etats concerne davantage le domaine de la compétence judiciaire. Et il est significatif que l'Institut ait demandé à la troisième Commission de se pencher sur l'examen de ce problème.

Cependant, il est bien admis qu'un Etat qui refuserait en toute circonstance d'appliquer les lois étrangères méconnaîtrait ses obligations internationales. Notre confrère Van Hecke souligne qu'une pareille violation serait également commise par tout Etat qui appliquerait son propre droit de manière à porter atteinte à la souveraineté d'un autre Etat (*Rec. Cours La Haye*, 1969-I, p. 419-426).

M. Batiffol observe judicieusement, à la lumière de l'arrêt Bohl rendu par la Cour internationale de justice, qu'il est possible de puiser dans le droit international certaines directives données aux Etats dans ce domaine. En effet, la Cour dans cet arrêt « a reconnu aux Etats le droit de prendre des dispositions en des matières entrant dans l'objet des conflits de lois — en l'espèce la protection des mineurs — qui soient applicables sans considération des règles de conflit — en l'espèce convenues par un traité — et ce pour des situations de caractère « anormal », c'est dire que l'unilatéralité est l'exception, donc la bilatéralité le principe ».

L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère va ainsi normalement s'exprimer dans l'établissement de règles de conflit bilatérales. M. Batiffol le souligne encore : « Il ne peut être question d'égalité ici que dans l'admission de règles de conflit bilatérales. La généralité de cette réponse me paraît suffisante pour qu'il soit possible d'y voir un principe du droit international privé, étant entendu que, comme tout principe, celui-ci peut tolérer des dérogations, selon la méthode inéluctable de la pensée juridique ».

Des vues semblables sont émises par MM. Ferrer Correia, Van Hecke, Jayme, Parra Aranguren, Schwind.

Nos confrères von Overbeck et Vischer, tout en marquant une préférence pour les règles de conflit bilatérales, observent cependant que l'égalité n'est pas nécessairement compromise par des règles unilatérales. M. von Overbeck donne ainsi l'exemple des articles 44 et 45 de la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé.

Ces dispositions relatives aux conditions de fond du mariage ne sont pas bilatérales dans leur formulation, mais ne s'inspirent pas moins de préoccupations internationales et font place à l'application des lois étrangères. Leur architecture repose sur un procédé

de réglementation assez spécifique. D'une part, elles s'adressent au juge suisse et établissent des liens étroits entre la compétence de l'autorité suisse pour célébrer le mariage et l'application de la loi suisse. D'autre part, elles dénotent une faveur pour la validité du mariage qui se manifeste d'abord par la reconnaissance de principe en Suisse des mariages conclus valablement à l'étranger, et ensuite par l'application de la loi étrangère aux conditions du mariage des époux étrangers, célébré en Suisse, si cette loi est moins restrictive que la loi suisse.

Une pareille réglementation se signale ainsi par sa souplesse et par le souci de réaliser une efficacité internationale des solutions.

On notera à ce propos que la démarche unilatéraliste peut être davantage suivie là où la question de la loi applicable à un acte déterminé devient très dépendante de celle de l'autorité habilitée à le conclure. La désignation de la loi applicable tend alors à être absorbée par la détermination de cette autorité. Et cette détermination est nécessairement tributaire de règles unilatérales, chaque Etat ne pouvant fixer que la compétence de ses propres autorités.

La coordination des systèmes juridiques se réalisera alors par la voie du régime de la reconnaissance dans chaque pays des actes conclus et des décisions rendues dans un autre pays. Cette reconnaissance trouvera ses limites essentielles dans les exigences impératives du droit de l'Etat requis, que préserveront les mécanismes de l'ordre public et de la fraude.

Dans une pareille optique, l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère perd son utilité pour laisser place à la recherche d'une autre égalité, égalité entre les autorités nationales, bien difficile à établir en l'absence de traités et de directives précises du droit international public.

Le bilatéralisme classique procède d'une approche différente. Il est fondé sur une nette dissociation du problème de la compétence des autorités des divers pays et de celui de l'application de leurs lois respectives¹.

¹ Il est vrai que la doctrine unilatéraliste établit cette dissociation. Mais d'une part, comme on l'a observé (voir LOUSSOUARN et BOUREL, *Précis de droit international privé*, n° 109) l'unilatéralisme, dans sa logique, devrait s'étendre au domaine judiciaire. D'autre part, le procédé unilatéraliste s'impose davantage dans les matières où les compétences législative et judiciaire sont étroitement liées.

Cette dissociation se justifie du fait que les solutions de ces deux problèmes n'obéissent pas aux mêmes impératifs. A cet égard, et M. Vischer l'a judicieusement souligné, l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère ne dérive pas du souci d'établir une juste répartition des compétences des autorités nationales. Celle-ci relève du droit international public. Elle trouve son fondement dans la localisation des situations juridiques qui doit conduire, sur la base du même rattachement à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for. C'est par la voie de cette localisation objective que l'harmonie des solutions sera recherchée, étant entendu que la règle bilatérale est susceptible d'être corrigée, lorsque, dans un cas concret, ce but ne peut être atteint.

Il paraît inutile au rapporteur de mettre de nouveau en relief les liens étroits qui rattachent l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère au bilatéralisme. Ils ont été déjà soulignés dans le rapport provisoire et dans les observations des membres de la Commission.

Il convenait seulement de rappeler que c'est dans cette perspective que le thème de travail assigné à la Commission a été envisagé et traité, sans que cette perspective comporte une exclusion générale du procédé unilatéraliste qui peut paraître parfois plus adapté, mais seulement, à notre sens, dans des cas bien définis.

4. Une pareille perspective devait porter à s'interroger sur l'opportunité, dans le cadre du travail de la Commission, d'examiner d'une manière approfondie les incidences du régime de la compétence judiciaire sur l'harmonie des solutions que cherche à satisfaire le principe de l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère.

Le rapporteur, en raison des problèmes spécifiques que soulève la réglementation de cette compétence avait été enclin dans le rapport provisoire, à proposer qu'elle ne soit pas directement étudiée, cette étude ne pouvant qu'alourdir un thème déjà assez vaste. Cette prise de position est partagée par nos confrères Batiffol, Van Hecke, Jayme, Parra Aranguren, Reese. Par contre, nos confrères Carillo Salcedo, von Overbeck, Philip, Vischer estiment nécessaire que cet examen soit effectué.

M. Philip observe à cet égard que l'application de la loi du for met en relief l'influence des règles de la compétence judiciaire qui rejaillissent inévitablement sur la désignation du droit applicable.

M. von Overbeck montre aussi comment des règles de compétence judiciaire fondées exclusivement sur la nationalité d'un des plaideurs peuvent fausser le jeu des règles de conflits de lois et compromettre l'harmonie des solutions.

Cette observation est importante. La menace qui pèse sur cette harmonie résulte souvent en effet de l'établissement de règles de compétence judiciaire, nécessairement unilatérales, que ne fonde pas une localisation suffisante des litiges.

L'extension de cet unilatéralisme au domaine de la loi applicable, par l'introduction de règles de conflit basées exclusivement sur la nationalité du plaideur ressortissant de l'Etat du for, nous apparaîtra encore plus grave et moins justifiable. C'est sans doute sur ce terrain des privilèges de nationalité, que le rapprochement des deux compétences est le plus significatif, le rattachement de l'une ou de l'autre à la seule nationalité d'une des parties étant toujours préjudiciable à un règlement harmonieux des relations internationales.

Or, il est utile de rappeler que le problème des « fors exorbitants » a été discuté à la dernière session de l'Institut, au Caire, et clarifié par notre confrère Loussouarn à l'occasion de l'examen et de l'adoption de la résolution relative à la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé. Cette résolution, en recommandant aux Etats « qui ont des règles de compétence fondées sur la nationalité de ne pas leur attribuer le caractère de règles de compétence exclusive », diminue considérablement les conséquences fâcheuses des règles de compétence judiciaire fondées exclusivement sur la nationalité d'un des plaideurs.

Il nous appartiendra, dans le cadre du thème de travail assigné à notre Commission, d'envisager les problèmes que soulèvent les privilèges de nationalité, lorsqu'ils fondent la loi applicable. Notre tâche essentielle vise bien en effet la matière des conflits de lois. L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère met tous ses éléments en cause. Si, comme on l'a justement observé, cette égalité est affectée par les règles de la compétence judiciaire, elle relève cependant plus essentiellement des procédés d'établissement et de mise en œuvre de la règle de conflit.

Ce rapport s'attachera ainsi, à la lumière des observations des membres de la Commission, à dégager quelques conclusions dans

les deux domaines déjà présentés dans le rapport provisoire et étudiés par la Commission :

I) L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère dans l'établissement de la règle de conflit.

II) L'égalité de la loi du for et de la loi étrangère dans la mise en œuvre de la règle de conflit.

I) Egalité et établissement de la règle de conflit.

5. L'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère nous a paru normalement assurée par la voie du bilatéralisme.

Mais la règle bilatérale de conflit ne revêt plus toujours aujourd'hui le visage qu'elle avait dans le modèle établi par Savigny. Dans la doctrine de Savigny, la règle de conflit se présentait comme une règle fondée sur un rattachement unique et bien déterminé, une règle utilisant des catégories assez larges de matières et dont l'insuffisance de spécialisation rendait l'adaptation souvent difficile, une règle enfin qui se voulait neutre à l'égard des droits matériels et dont l'indifférence aux résultats trouvait dans la communauté de droit et de civilisation sa justification.

Aujourd'hui, le modèle a été souvent modifié, sans perdre pour autant sa configuration essentielle. Le bilatéralisme demeure toujours en droit international privé l'assise essentielle du mouvement des codifications nationales, comme des traités et des conventions. Mais ce bilatéralisme est devenu plus complexe, moins rigide, souvent plus directement dépendant à l'égard des droits matériels des Etats et de leurs politiques législatives.

Plus complexe, du fait que les règles de conflit sont aujourd'hui plus nombreuses et plus particulières, plus chargées aussi car elles font appel souvent à plusieurs éléments de rattachement pour les associer et parfois les hiérarchiser suivant diverses modalités.

Plus souple, moins rigide, car on doit observer des recours de plus en plus fréquents à des rattachements flexibles (liens les plus étroits, les plus significatifs) pour la désignation de la loi applicable, rattachements établis le plus souvent à titre subsidiaire, mais parfois aussi à titre principal.

Enfin l'évolution du droit international privé contemporain tend

à dépouiller, dans des cas fréquents, la règle de conflit du dernier trait qu'elle revêtait dans le modèle tracé par Savigny, sa neutralité à l'égard des droits matériels. Règles alternatives, règles cumulatives, règles hiérarchisées, qui associent des éléments localisateurs à des éléments matériels, se multiplient dans les codifications contemporaines. Et cette multiplication accuse l'intérêt accru que portent les Etats à la réalisation de leurs politiques législatives dans les relations internationales.

Le rapporteur, dans le questionnaire adressé aux membres de la Commission, avait estimé utile de rechercher dans quelle mesure cette évolution pouvait s'accorder avec le principe d'égalité, préserver des chances suffisantes de l'harmonie des solutions et éviter un élargissement abusif de l'application de la « *lex fori* ». Les réponses nuancées et le plus souvent concordantes des membres de la Commission permettent de dégager des conclusions et de formuler sur des points déterminés des recommandations que la Commission, si elle l'estime souhaitable, pourra transmettre à l'Institut en vue de leur examen et de leur adoption.

Ces réponses touchent les trois variétés de règles examinées dans le rapport provisoire : a) Les règles formulées d'une manière inégalitaire et dont la coloration est nettement nationaliste ; b) les règles fondées sur un rattachement flexible et indéterminé (liens les plus étroits) ; c) enfin les règles à finalité matérielle, expression de la politique législative des Etats.

6. a) Les règles inégalitaires sont celles qui, dans leur structure, confèrent à la loi du for, dans une matière déterminée, un domaine plus large que celui octroyé à la loi étrangère.

L'inégalité s'exprime ici dans la construction de la règle de conflit qui fondera l'application de la loi du for sur plusieurs éléments de rattachement, alors que celle de la loi étrangère pourra s'appuyer seulement sur un de ces éléments. L'uniformité du régime de la règle de conflit se trouve ainsi altérée du fait de l'adjonction d'un élément unilatéral, établi en faveur de la loi du for. Cette adjonction manifesterait la prépondérance des intérêts de l'Etat du for qui seront estimés plus importants dans une hypothèse déterminée et viendraient atténuer la portée d'une règle bilatérale dont l'efficacité internationale sera diminuée.

Notre confrère Ferrer Correia souligne vigoureusement les conséquences de ce défaut d'uniformité de la règle de conflit : « Le principe d'égalité signifie, du moins dans une de ses acceptions, que c'est à l'aide de critères uniformes qu'on doit procéder au choix du droit applicable, nulle discrimination ne devant être faite, à cet égard, entre le droit du juge et celui des autres pays. Seule la technique des règles de conflit bilatérales permet d'atteindre cet objectif. Les règles de conflit doivent donc consacrer des critères uniformes pour les matières juridiques qu'elles ont en vue. Il faut donc condamner celles qui fondent l'application de la *lex fori* sur l'un ou l'autre de deux ou plusieurs éléments de rattachement, cependant que celle de toute autre législation ne peut résulter que d'un seul de ces facteurs ».

M. von Overbeck « tout en pensant que l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère n'est pas nécessairement compromise par des règles unilatérales raisonnables » estime aussi qu'il convient d'éviter le recours aux règles décrites dans le rapport provisoire qui élargissent, par l'utilisation d'un double rattachement, le domaine de la loi du for par rapport à celui de la loi étrangère.

Nos confrères Parra Aranguren et Reese considèrent que de pareilles règles ne sont pas nécessairement condamnables, mais doivent cependant être réprouvées lorsqu'elles conduisent à consacrer une discrimination entre les nationaux et les étrangers.

7. L'accord paraît ainsi réalisé pour dénoncer les règles qui par la voie de l'établissement d'une inégalité entre le droit du for et le droit étranger conduisent à privilégier l'un des plaideurs par rapport à l'autre². Ce privilège est souvent octroyé dans les relations de personnes de nationalité différente, au ressortissant de l'Etat du for qui pourra bénéficier de l'application de sa loi dans des cas où l'autre partie ne pourra invoquer la sienne. Le rapport provisoire a recensé un certain nombre de ces règles dans les codifications contemporaines, dans les matières de la capacité contractuelle, des effets du mariage et du divorce, des successions.

Ces règles peuvent être de type exclusivement unilatéral, comme

² Voir encore en ce sens les observations de nos confrères BATIFFOL, CARILLO SALCEDO, VAN HECKE.

celles qui dans les rapports familiaux de personnes de nationalités différentes, déclarent applicable la loi du plaideur ressortissant de l'Etat du for³.

Mais plus souvent, comme on l'a déjà observé, les législateurs adjoignent un critère unilatéral à une règle bilatérale de manière à asseoir la compétence de la loi du for sur un double rattachement, l'un de ces éléments étant la nationalité du plaideur ressortissant de l'Etat du for.

De pareilles dispositions, si elles se généralisent, ne peuvent que compromettre l'harmonie des solutions et encourager le *forum shopping*.

On a cherché à les justifier en dehors de toute idée de privilège, en observant que dans les rapports familiaux de personnes de nationalité différente, l'impuissance du critère de la nationalité à désigner la loi applicable devait être surmontée par la vocation subsidiaire de la loi du for. Mais outre que le libellé des dispositions précitées dont la couleur est nettement nationaliste n'autorise pas cette interprétation, il est bien admis aujourd'hui, comme on le constatera, que la vocation subsidiaire du droit du for ne peut jouer qu'en l'absence de tout autre rattachement préférable, et ce rattachement paraît bien être le domicile en l'occurrence⁴.

On pourra objecter encore que la loi du domicile coïncide souvent avec la loi du for, le domicile étant le chef essentiel de la compétence judiciaire. Mais une pareille coïncidence n'a rien de condamnable et se concilie parfaitement avec le caractère bilatéral de la règle de conflit, le domicile pouvant aussi, quoique moins fréquemment, conduire à l'application de la loi étrangère.

La condamnation doit donc viser essentiellement l'application de la loi du for imposée en tant que telle, la seule nationalité d'un des

³ Voir notamment l'article 14 du Code égyptien, l'article 19 du Code irakien, l'article 36 de la loi gabonaise du 29 juillet 1972 et aussi l'article 20-1 de la loi de la République démocratique allemande du 5 décembre 1975 qui, d'une manière plus générale, consacre la compétence de la loi du for dans les rapports familiaux de personnes de nationalités différentes.

⁴ Voir le rapport de notre confrère Yvon LOUSSOUARN sur la dualité des principes de nationalité et de domicile, en droit international privé et la résolution adoptée par l'Institut à ce sujet. *Annuaire* de l'Institut de droit international, 1987-I, p. 295.

plaideurs, indépendamment de tout autre élément de localisation, ne pouvant généralement la fonder.

8. b) Des observations d'un autre ordre doivent être effectuées au sujet des règles fondées sur un rattachement flexible. Le recours aux liens les plus étroits est, on le sait, souvent utilisé dans les codifications récentes, en vue de la désignation de la loi applicable.

Les membres de la Commission ont judicieusement remarqué qu'un pareil rattachement ne menaçait pas directement la règle d'égalité, mais pouvait compromettre la prévisibilité des solutions. La plupart de nos confrères recommandent qu'il soit utilisé à titre subsidiaire, ou comme un correctif de la règle de conflit, lorsque le rattachement fixe sur lequel cette règle se fonde ne peut remplir sa fonction⁵. La recherche de la loi fondée sur les liens les plus étroits leur paraît alors préférable à un retour immédiat à la *lex fori*. C'est là sans doute un domaine où le principe d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère se trouve en concurrence avec l'avantage de certitude et de précision qu'offre le retour à la loi du for.

Notre confrère Batiffol souhaite que cette opposition soit réglée suivant les matières et que l'utilisation subsidiaire du rattachement fondé sur les liens les plus étroits, « soit cantonnée à certaines matières, essentiellement les contrats ». Cette observation permet de déduire qu'en dehors de ces matières, au moins dans les cas où un rattachement fixe ne peut être établi à titre subsidiaire en droit positif, le retour à la loi du for paraît préférable à la recherche incertaine de la loi fondée sur les liens les plus étroits.

Nos confrères Philip et Reese expriment une opinion différente et estiment que les rattachements fixes établis dans la règle de conflit doivent être considérés comme devant seulement guider l'autorité judiciaire dans la recherche de la loi applicable, mais pourraient être écartés, si la cause présente des liens plus étroits avec le système juridique d'un autre pays.

⁵ Voir en ce sens avec diverses nuances les observations de nos confrères Batiffol, Carillo Salcedo, Ferrer-Correia, Van Hecke, von Overbeck, Philip, Parra Aranguren, Reese, Vischer.

Notre confrère Ferrer-Correia, qui met en relief les inconvénients d'incertitude que présente l'utilisation du critère du rattachement le plus étroit, préfère cependant y recourir, pour éviter un retour automatique à la loi du for, dans les cas où les rattachements établis par la règle de conflit, à titre principal et subsidiaire, ne peuvent être employés.

Cette opinion est également partagée par nos confrères Jayme et Parra Aranguren.

Notre confrère Vischer observe d'une manière nuancée : « En principe, je ne crois pas qu'un rattachement flexible est bénéfique ou nuisible aux relations internationales, s'il ne s'agit pas d'une matière où la prévisibilité du résultat joue un rôle prédominant », ce qui conduit notre confrère à préférer des rattachements subsidiaires déterminés au cas où le rattachement normal ne peut être utilisé.

Un avis analogue est également exprimé par notre confrère von Overbeck⁶ qui préfère aussi les règles fixes aux rattachements flexibles, à condition qu'elles soient assorties d'une clause d'exception, qui, comme on le sait, est effectivement introduite par l'article 15 du nouveau Code suisse de droit international privé, disposition qui a suscité de nombreux commentaires⁷.

9. Ce tableau montre bien que la vocation subsidiaire et corrective de la *lex fori* est aujourd'hui remise en cause. Si on ne peut l'effacer, on cherche du moins à la rétrécir. Ce rétrécissement doit être opéré par rapport à un certain clivage et peut être effectué à différents degrés.

Le clivage par matière, mis en lumière par nos confrères Batiffol et Vischer, et également évoqué par notre confrère Parra Aranguren paraît très indiqué. Il permet de distinguer entre les matières où la souplesse des solutions est souhaitable et la flexibi-

⁶ Voir notamment sur les clauses d'exception les observations de François KNOEPFLER à la *Rev. crit. dr. int.*, 1988, p. 223, qui voit dans l'article 15 une consécration du principe de proximité et aussi Paul LAGARDE, *op. cit.*, *Rec. Cours La Haye*, 1986-I, p. 116-117.

⁷ Voir aussi dans le même sens les observations de notre confrère Van Hecke.

lité du rattachement possible, et celles au contraire où le besoin de prévisibilité et de certitude paraît devoir l'emporter.

La souplesse peut être pratiquée dans toutes les matières où la désignation de la loi applicable relève de la volonté des parties, essentiellement les contrats, dans certains pays les régimes matrimoniaux, sans doute les successions où l'*optio juris* est proposée de plus en plus en droit comparé. Le rattachement subsidiaire fondé sur les liens les plus étroits peut alors être accepté. Il appartient toujours aux parties de prévenir le risque d'incertitude qu'il comporte en désignant à l'avance la loi applicable⁸.

Dans les autres domaines où l'autonomie de la volonté ne peut s'exercer et où la prévisibilité des solutions doit être assurée, l'établissement en droit positif, de rattachements subsidiaires déterminés, quand il peut être établi, paraît préférable.

Le nouveau Code de la République fédérale allemande nous offre un exemple connu d'établissement d'une hiérarchie de critères subsidiaires, celui de l'article 14 qui consacre, dans le domaine des effets du mariage, le rattachement par cascade, selon l'échelle de Kegel. Et c'est seulement au bas de cette échelle, qu'on retrouve dans cette disposition le critère des liens les plus étroits, contraire aux vues de l'illustre auteur allemand qui le considérait comme *non rule*⁹.

On objectera sans doute que les rattachements subsidiaires hiérarchisés ne peuvent toujours être établis, que leur utilisation est souvent compliquée. Lorsqu'ils font ainsi défaut, le rattachement le plus étroit n'est-il pas préférable à un retour à la *lex fori*, et ne convient-il pas de l'adopter au nom du principe d'égalité ?

La question demeure vivement discutée. Notre confrère Schwind, particulièrement qualifié dans un domaine où le Code autrichien a érigé à titre de principe le rattachement des situations juridiques à l'ordre juridique le plus fort, nous livre ses réflexions à ce sujet

⁸ Voir Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 116-117.

⁹ Voir pour le commentaire de cette disposition, SONNENBERGER, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1987, p. 13 ; et, à la même revue, STURM, « Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 », p. 51 et s.

dans sa note adressée à la Commission dont nous détachons le passage suivant :

« Dans une grande partie de la doctrine, on abandonne de plus en plus la rigueur en adoucissant le contenu des points de rattachement. On cherche les rattachements qui admettent le choix plus fonctionnel d'un autre droit. Le critère de ce choix est la proximité, le lien le plus effectif, le plus proche comme expression de la fonctionnalité la plus efficace...

« A. A. Ehrenzweig, mon ex-compatriote très estimé, était d'avis qu'une règle pareille était une *non rule* et il avait raison dans le sens d'une doctrine strictement liée à un système rigide et basée sur des notions précisément définies. Il est vrai que cette méthode fonctionnelle de penser exige une appréciation approfondie de chaque espèce à décider, qui se base aussi sur des conceptions qui ne sont pas toujours strictement juridiques. On voit presque partout que le système juridique du droit civil est en train de s'amollir. Cette évolution est en même temps un grand danger et un grand espoir. Le résultat dépend de la qualité des magistrats qui en font usage ».

Cette observation de notre confrère s'achève ainsi sur une note d'espoir, mêlée de crainte, la crainte de voir un procédé plus fonctionnel, sans doute plus proche de la vie, s'il est mal utilisé, être détourné de l'objectif d'une meilleure harmonie des solutions qu'il doit favoriser.

On remarquera de toute manière que dans les circonstances où le lien le plus étroit ne peut facilement être dégagé, en raison d'une égale répartition des éléments de la situation juridique dans divers pays, cette approche fonctionnelle et « ramollie » de la règle de conflit redonnera toutes ses chances à la loi du for. L'importance des différents rattachements sera évaluée d'après les intérêts et les politiques législatives des Etats et ceux de l'Etat du for paraîtront prépondérants ¹⁰.

¹⁰ Voir en ce sens les observations de notre confrère Ferrer-Correia qui, s'il préfère l'utilisation du critère fondé sur le lien le plus étroit, à un retour automatique à la *lex fori*, n'exprime pas moins ses appréhensions à ce sujet. Ce critère, observe-t-il, « outre le fait qu'il porte nettement préjudice à la prévisibilité et à l'harmonie des solutions, risque aussi de nuire à cette idée de neutralité devant la nationalité de la loi applicable, que le droit international privé se doit de préserver et que le juge se doit d'avoir présent à l'esprit lorsqu'il décide ».

En définitive, si l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère doit déterminer une diminution de l'étendue de la vocation subsidiaire de la *lex fori*, cette diminution, dans les matières où la désignation de la loi applicable ne relève pas de la volonté des parties, paraît mieux réalisée par la voie de l'établissement de rattachements bien déterminés. En l'absence de pareils rattachements, l'hésitation, comme le manifestent les avis différents des membres de la Commission, demeure permise entre le retour direct à la *lex fori* et l'utilisation de solutions fondées sur la recherche du lien le plus étroit.

10. c) Ces hésitations sont moins sensibles dans le domaine des règles de conflit matérielles où les avis des membres de la Commission sont généralement concordants.

Ces règles, comme on le sait, ont pour objectif de satisfaire la politique législative de l'Etat du for dans les relations internationales. Elles introduisent une fissure dans le caractère bilatéral de la règle de conflit et menacent ainsi l'harmonie internationale des solutions.

Une règle de conflit moins neutre, plus dépendante à l'égard des exigences propres des droits matériels des Etats, a moins de chances d'être internationalement respectée. Nos confrères Batiffol, Carillo Salcedo, Ferrer-Correia l'ont clairement souligné dans leurs observations.

Ces règles ne revêtent pas toujours les mêmes aspects et doivent être différenciées les unes des autres quant à leurs répercussions sur le principe d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère. Il convient à cet égard de distinguer essentiellement les règles alternatives de celles qui ont pour objet d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsqu'elle ne consacre pas dans un domaine donné la politique législative de l'Etat du for.

11. Comme on le sait, les règles de conflit alternatives désignent, sur la base de divers éléments de rattachement, les lois qui peuvent être compétentes dans une matière donnée et confèrent au juge ou à la partie qu'elles entendent protéger la possibilité d'appliquer celle qui est la plus favorable à un résultat matériel recherché. On en trouve des illustrations fréquentes, notamment dans les domaines de la forme des actes et de la filiation.

Notre confrère Van Hecke n'estime pas que ces règles soient « en elles-mêmes critiquables au point de vue de l'égalité entre la loi

du for et la loi étrangère ». Qu'on songe, observe-t-il, à la Convention de La Haye sur la forme des testaments. Le fait de favoriser un certain résultat (la validité formelle du testament) et donc une partie (le légataire) plutôt que l'autre (l'héritier) ne porte pas atteinte à l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère ».

La même opinion est également exprimée par notre confrère Jayme. L'égalité entre la loi du for et la loi étrangère est effectivement préservée dans les règles de conflit alternatives. Elle l'est cependant, nous semble-t-il, seulement par rapport au résultat matériel fixé par l'Etat du for. A cet égard, la règle de conflit bilatérale, dans sa forme classique, que n'altère aucun élément matériel, apparaît plus égalitaire, puisqu'elle est fondée sur la seule uniformité du rattachement, quel que soit le contenu des lois en présence, sous la réserve de l'intervention de l'ordre public.

12. Le problème posé par les règles alternatives et qu'ont judicieusement soulevé nos confrères Ferrer-Correia et Vischer est celui de savoir si la politique législative des Etats qui préside à leur développement ne doit pas être internationalement orientée.

M. Ferrer-Correia le souligne clairement et estime « qu'un pareil procédé ne devrait être suivi que si la préférence pour le résultat ou l'effet voulu (par exemple : la validité d'un acte juridique quant à sa forme, la possibilité d'établissement de la filiation ou de donner gain de cause à l'enfant qui réclame des aliments) puisse être convertie dans une norme d'acceptation générale, puisse être incluse dans un droit commun à toutes les nations. En tout état de cause, poursuit notre confrère, ce qu'il faut absolument éviter est que la politique législative qui commande les dispositions du droit interne d'un Etat (voir votre rapport provisoire) vienne s'imposer rien qu'en raison du seul fait qu'elle est jugée bonne dans le pays, sur le plan des règles de conflit de lois ».

Notre confrère Vischer exprime aussi une opinion analogue et considère nécessaire que la préférence à une certaine solution matérielle « corresponde à une tendance internationale et ne repose pas sur une conception de droit trop nationale et trop égoïste... »

Encore faut-il que cette tendance internationale puisse toujours être décelée. On pourra sans doute la rechercher dans les conventions internationales, notamment celles conclues par la Conférence

de La Haye de droit international privé. Mais comme on l'a récemment observé¹¹, la conclusion de ces conventions, si elle a manifesté des accords sur des points précis dans le domaine des politiques législatives des Etats contractants, a aussi illustré des divergences. Celles-ci se sont notamment manifestées dans le domaine de la loi applicable aux obligations alimentaires, le Royaume-Uni n'ayant pas signé la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, favorable au créancier d'aliments. Cette convention se trouvait en effet en contradiction avec le droit britannique plus porté à protéger le débiteur d'aliments.

Le droit comparé permet également de constater des divergences analogues dans le domaine de la responsabilité délictuelle, les règles de conflit à finalité matérielle des Etats révélant là aussi des politiques législatives établies tantôt en faveur de la victime, comme en Suisse¹², tantôt au contraire en faveur du défendeur comme en Angleterre¹³.

Ces divergences ne sauraient cependant dispenser de tenir compte des solutions du droit international dans les domaines où on peut considérer qu'elles sont clairement affirmées. Aussi a-t-il semblé nécessaire au rapporteur de prendre en considération les observations de nos confrères dans le projet de résolution. Ce projet renferme en effet une recommandation faite aux Etats de prendre en considération dans leurs règles de conflit à finalité matérielle les tendances du droit international, notamment lorsque ces tendances peuvent être suffisamment déduites des traités et des conventions.

13. Cette recommandation vise essentiellement les règles de conflit alternatives, qui peuvent être internationalement orientées. Elle ne saurait évidemment être étendue aux règles à finalité matérielle dont l'objectif est exclusivement national. Celles-ci sont en effet destinées à écarter la loi étrangère normalement compétente,

¹¹ Voir Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 58 et 59.

¹² Voir l'article 135 du Code suisse dans le domaine de la responsabilité du fait d'un produit.

¹³ Voir Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 59 et DICEY-MORRIS, *The Conflict of laws* (10^e édit.), 1980, p. 935 et suiv.

lorsque son application ne conduit pas au résultat recherché par l'Etat du for et précisé dans la règle de conflit. Plusieurs de nos confrères n'ont pas manqué très judicieusement de rapprocher les exigences que ces règles doivent satisfaire de celles de l'ordre public (voir les observations de nos confrères Batiffol, Carillo Salcedo, Van Hecke, von Overbeck, Parra Aranguren, Vischer...).

Ils ont ainsi clairement souligné que leur application devait être subordonnée à l'existence d'un rattachement suffisant de la situation envisagée à l'Etat du for (voir aussi sur ce point les observations de nos confrères Jayme et Reese).

Notre confrère Vischer, poussant plus loin le rapprochement avec l'ordre public, remarque que ces règles ont pour résultat bien-faisant d'en atténuer l'effet négatif. « L'ordre public contient toujours une appréciation négative de la loi écartée qu'on peut éviter avec de telles règles ».

Il est vrai, comme l'indique notre confrère, que ces règles n'ont pas pour conséquence de rejeter une disposition de la loi étrangère en toute circonstance, mais seulement lorsque sa teneur dans un cas déterminé ne s'accorde pas avec le résultat recherché par le droit du for dont les exigences se fondent sur le rattachement fixé dans la règle de conflit.

La nature du rattachement concrétise ici les exigences de l'ordre public et en limite le domaine d'intervention. M. Vischer donne ainsi l'exemple de l'article 61 alinéa 3 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé qui, dans le domaine du divorce, quand les époux ont une nationalité étrangère commune, écarte la loi étrangère normalement applicable « lorsqu'elle ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse ».

La nationalité suisse d'une des parties ou la résidence en Suisse constituent ici le rattachement qui justifie le rejet d'une loi particulièrement restrictive dans le domaine de la dissolution du mariage. On notera que la jurisprudence française a consacré une solution analogue, en faisant appel à l'ordre public pour permettre à une Française mariée à un Espagnol d'obtenir le divorce¹⁴.

¹⁴ Cass. civ., 1^{re} avril 1981, *Clunet*, 1981.812 - note ALEXANDRE et FOYER HOLLEAUX. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987, n° 606.

Cette solution confirme la similitude des deux procédés que fonde un rattachement jugé important de la situation envisagée à l'Etat du for, en l'espèce la nationalité d'un des époux.

Notre collègue Ferrer-Correia estime cependant que de pareilles solutions sont condamnables et compromettent l'harmonie internationale des solutions. Il est indéniable que l'ordre public détruit cette harmonie et porte atteinte à l'égalité de la loi du for de la loi étrangère. Les règles mixtes du type ici envisagé produisent aussi le même effet. Mais ces règles ne se présentent pas comme des règles unilatérales qui déclarent d'emblée la loi du for compétente sur la base de la nationalité d'un des époux, comme celles que nous avons observées précédemment. Elles opèrent à l'instar de l'ordre public, comme des mécanismes *a posteriori* qui sont utilisés pour rejeter la loi normalement compétente, lorsque son application conduit à des résultats estimés inacceptables par l'autorité du for.

Pour les condamner en toute circonstance, il faudrait, comme le remarque M. Van Hecke, « considérer que le principe de l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère devrait entraîner la disparition de l'exception de l'ordre public. Je ne crois pas que cela soit réaliste ».

On concluera avec M. Batiffol que « le problème est une question de mesure : y recourir le moins possible ». Et en définitive, si les règles à finalité matérielle ont pour conséquence heureuse de canaliser l'intervention de l'ordre public, elles ne produisent pas moins le même effet perturbateur dans les relations internationales et leur domaine doit être limité aux exigences estimées essentielles de la politique législative de l'Etat du for.

II) Egalité et mise en œuvre de la règle de conflit.

14. Rappelons d'abord que la Commission a estimé prudent de ne pas élargir le thème de travail qui lui était proposé et de ne pas examiner l'influence des procédés de qualification, comme du règlement du conflit mobile sur le principe de l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère.

Notre confrère Ferrer-Correia qui aurait souhaité que la question de la qualification soit approfondie, a bien mis en lumière dans ses observations comment son régime se répercutait directement sur

l'application de la loi étrangère. Ces observations seront rapprochées de celles présentées par notre confrère Schwind dans la note générale qu'il a adressée au rapporteur. Nos deux confrères soulignent, en s'écartant de la doctrine classique de la *lex fori*, la nécessité de réaliser l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère, au niveau de la qualification des questions de droit examinées. Leurs observations sont illustrées par les dispositions des Codes autrichien et portugais auxquels ils se réfèrent (art. 3 du Code autrichien ; art. 15 du Code civil portugais). La Commission leur sera reconnaissante d'avoir montré l'importance de cet aspect complexe et discuté du sujet qu'elle n'a pu étudier et qui mérite un examen plus spécifique.

L'attention de la Commission s'est en effet portée exclusivement sur les problèmes déjà assez vastes liés à la mise en œuvre judiciaire de la règle de conflit, lorsqu'elle désigne la loi étrangère. Ces problèmes bien connus et toujours controversés concernent les obligations et les pouvoirs du juge dans les domaines d'application et de preuve du droit étranger. Ils ont été présentés dans le rapport provisoire.

Le rapporteur s'efforcera, à la lumière des prises de position des membres de la Commission, à dégager des conclusions et à formuler des projets de recommandation sur les points où un très large accord s'est manifesté.

a) Obligation du juge d'appliquer d'office la loi étrangère.

15. Le rôle du juge soulève, on le sait, des problèmes, lorsque les parties n'invoquent pas la règle de conflit qui désigne une loi étrangère. Le silence des parties est souvent dicté par leur désir d'échapper aux dispositions d'une loi étrangère qui leur est défavorable. Il apparaît choquant, au moins, lorsque ces dispositions revêtent un caractère impératif.

Permettre au juge de ne pas alors soulever lui-même l'application de la loi étrangère, c'est encourager le *forum shopping*, établir à l'intérieur de la règle de conflit un régime discriminatoire qui consacre la prépondérance de la *lex fori* et compromettre l'harmonie internationale des solutions par la voie de l'inégalité de traitement ainsi réalisée entre le droit du for et le droit étranger.

Ces arguments sont bien connus et sont toujours adoptés par une doctrine importante¹⁵ en Europe, en Amérique latine et aussi dans les pays du Proche-Orient où traditionnellement la loi du for, en raison de son caractère religieux dans les matières du statut personnel, apparaît inadaptée au règlement des litiges des étrangers. Cette doctrine a influencé les droits positifs et certaines codifications y ont fait expressément écho en imposant au juge de soulever d'office l'application de la loi étrangère, dans le silence des parties¹⁶. Il n'est pas surprenant que les membres de la Commission, dans leur grande majorité, s'y soient ralliés et exprimé le souhait que l'Institut prenne clairement position dans ce sens¹⁷.

16. Cependant, cette concordance de vues, si large soit-elle, ne permet pas de passer sous silence le courant opposé à cette conception qui s'est exprimé dans les observations de nos confrères Philip et Reese et qui a porté aussi notre confrère Van Hecke à préconiser une attitude prudente « dans un domaine trop lié aux conceptions fondamentales en matière de procédure civile pour que l'Institut puisse prendre position à ce sujet ».

Il est certain, comme le remarque notre collègue Van Hecke, que le régime d'application de la loi étrangère dépend étroitement des règles du droit procédural de chaque pays. Ce régime revêt encore des aspects plus spécifiques aux Etats-Unis et en Angleterre où les problèmes de la compétence judiciaire occupent une place prédominante et où le juge ne saurait appliquer la loi étrangère qu'à la demande des plaideurs qui doivent toujours en établir la teneur.

¹⁵ Voir notamment à ce sujet pour l'ensemble de la question en droit comparé Pierre LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », Cours général, *Recueil cours La Haye*, tome 155, p. 158 et s.

¹⁶ Voir en particulier l'article 3 du Code autrichien, l'article 12 de la loi espagnole, l'article 2 du Code turc, l'article 16 du Code suisse.

Pour une bibliographie détaillée, Alfred VON OVERBECK, « Les questions générales de droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *Rec. cours La Haye*, tome 176, p. 54.

¹⁷ Voir à ce sujet les observations de nos confrères Batiffol, Carillo Salcedo, Ferrer-Correia, Jayme, von Overbeck, Parra Aranguren, Vischer. Cette opinion nous paraît également partagée par M. Schwind et peut être déduite des observations générales qu'il a adressées au rapporteur.

Dans un pareil régime, où l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère n'est concrètement pas assurée, l'harmonie internationale des solutions pourra sans doute être recherchée, préalablement au règlement du conflit de lois, dans le cadre des règles du droit judiciaire, par les pouvoirs conférés au juge de soulever d'office son incompétence, en vue de mettre en échec les tentatives du forum shopping des plaideurs. La théorie du *forum non conveniens* dont l'utilisation est encore limitée pourra être exploitée à cet effet.

Il reste que les règles de la compétence judiciaire, comme on l'a relevé plus haut, n'obéissent pas aux mêmes impératifs que ceux qui commandent la compétence législative. Elles confèrent à la volonté des parties une place qu'on ne saurait toujours lui accorder pour la détermination de la loi applicable. L'efficacité de la règle de conflit de lois, la préservation de son caractère impératif face aux manœuvres des parties dépendent d'autre part de l'établissement de règles de procédure qui confèrent au juge un rôle actif dans la désignation de la loi applicable. Ces règles pourront donc souvent s'écarter de celles applicables au règlement des litiges internes qui, ayant pour seul objet les droits subjectifs litigieux, supposent l'initiative des plaideurs¹⁸.

Comme l'observe vigoureusement M. Vischer, « une règle de conflit n'est pas de grande valeur, si on n'accepte pas le principe de l'application d'office de la loi étrangère ». Mais si le principe paraît ainsi devoir être admis, il convient d'en déterminer la portée et le domaine d'application.

17. Il est significatif à cet égard de constater que si certaines codifications contemporaines imposent au juge l'obligation d'appliquer d'office la loi étrangère, de nombreuses demeurent muettes dans ce domaine. Ce silence des législateurs est fréquent dans tout ce qui touche aux questions générales du droit international privé, où le pouvoir d'appréciation des juges a paru souvent devoir être préservé.

La jurisprudence française issue de l'arrêt Bisbal et suivie dans certains pays comme le Liban, a entendu bénéficier de cette souplesse et la Cour de cassation en France, faut-il le rappeler, a énoncé

¹⁸ Voir à ce sujet Pierre MAYER, *Droit international privé* (3^e édit.), n° 149.

que, dans le silence des parties, il était loisible aux juges du fond de procéder à la recherche du droit étranger compétent¹⁹. Cette pure faculté accordée au juge de soulever d'office l'application de la loi étrangère a été à juste titre critiquée en France par une doctrine importante qui a trouvé excessif que cette application puisse dépendre souvent concrètement de la seule psychologie des tribunaux. Mais elle a aussi trouvé des défenseurs qui ont fait valoir que la flexibilité des solutions²⁰ était nécessaire dans ce domaine. D'une part, elle permettait au juge de ne pas exercer le pouvoir d'office qui lui était ainsi reconnu, lorsqu'il lui semblait que la preuve du droit étranger se heurterait à des difficultés insurmontables. D'autre part, elle pouvait être utilisée pour étendre la compétence de la loi du for dans les cas où cette extension paraissait souhaitable. Le pouvoir d'appréciation du juge était susceptible ainsi, grâce au silence des parties, de corriger les conséquences estimées inopportunes de la règle de conflit.

Il reste que ce correctif, qui en dehors du domaine de l'ordre public jouait exclusivement au profit de la loi du for, altérait le caractère égalitaire de la règle bilatérale de conflit et consacrait le plus souvent un règlement internationalement inefficace.

On s'explique dès lors que la Cour de cassation en France, dans des décisions récentes²¹, ait manifesté une évolution dans le sens d'une obligation imposée au juge d'appliquer la loi étrangère, évolution que M. Batiffol a soulignée dans ses observations.

Certes cette évolution s'est accomplie à propos de règles de conflit spécifiques, les règles de conflit à coloration matérielle en matière de filiation, et celles unilatérales édictées à l'article 310 nouveau du Code civil en matière de divorce. Mais rien n'interdit de penser qu'elle puisse être étendue aux règles de conflit purement bilatérales.

¹⁹ Voir Civ., 12 mai 1959, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1960-62, note BATIFFOL et Civ., 2 mai 1960, *Rev. cr.*, 1960, p. 37, note H. B.

²⁰ Voir notamment Jean-Marc BISCHOFF, *Clunet*, 1984.874 et *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1988, p. 306 et suiv.

²¹ Voir notamment Cass. (1^{re} ch. civ.), 25 novembre 1986, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1987.383 note Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE et Cass. (1^{re} ch. civ.), 25 mai 1987, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1988, p. 60 note Yves LEQUETTE.

L'obligation du juge d'appliquer d'office la loi étrangère normalement compétente constitue en effet le rouage nécessaire du bilatéralisme, une condition essentielle de l'application du principe de l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère. Son étendue ne saurait être ainsi affectée par l'examen des possibilités de la preuve de la loi étrangère, cet examen ne devant être mené que postérieurement, une fois cette loi désignée.

18. On se demandera par contre si le domaine de cette obligation ne doit pas varier suivant le caractère impératif ou supplétif des dispositions réglementant les matières envisagées.

M. Batiffol remarque à cet égard que « l'intervention du juge est assurément beaucoup plus justifiable dans les matières où le droit du for édicte des dispositions impératives. On pourrait étendre cette intervention aux autres matières, si les parties ne se sont pas expressément prononcées à ce sujet. Une résolution de l'Institut en ce sens me paraîtrait la bienvenue ».

Ainsi, aux yeux de notre confrère, l'obligation du juge d'invoquer d'office la loi étrangère, davantage fondée dans les matières considérées comme impératives par le droit du for, pourrait être étendue aux autres matières, si les parties n'ont pas expressément écarté la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Cette conception est partagée par nos confrères Ferrer-Correia, Jayme, Parra Aranguren et von Overbeck.

Notre confrère Carillo Salcedo est plus restrictif et limite l'obligation du juge dans ce domaine aux matières où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits.

Cette attitude restrictive est encore plus prononcée chez notre confrère Philip qui, hostile d'une manière générale à l'obligation du juge d'appliquer d'office la loi étrangère, l'admet cependant " in cases where the parties are subject to internationally mandatory rules ".

Notre confrère a-t-il voulu viser par là les seules règles de conflit fondées sur les traités ? Cette thèse très limitative a été souvent soutenue. Elle réduit l'obligation du juge aux seuls cas où la règle de conflit a une source internationale. On se demandera pourquoi la brèche ainsi ouverte par le droit international des traités, ne devrait pas être étendue aux règles de conflit établies par les Etats,

qui, quoique d'origine nationale, poursuivent aussi des objectifs internationaux²². La résolution adoptée par l'Institut à Sienne a, d'une manière très significative, demandé aux Etats de s'inspirer du régime des règles de conflit établies par les traités pour établir celui de leurs propres règles de conflit. Ce parallélisme fait figure d'un critère qu'on ne saurait négliger.

Notre confrère Vischer s'interroge sur l'opportunité d'introduire une autre distinction. Favorable à l'application d'office de la loi étrangère, il se demande s'il ne convient pas de lui apporter « des exceptions dans des matières pécuniaires ».

L'obligation du juge se limiterait ainsi aux matières extra-patrimoniales, les parties devant invoquer la loi étrangère dans les autres. Cette distinction est établie par l'article 16 alinéa 1 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé dans le domaine de la preuve du droit étranger, et aussi quant à l'exercice du contrôle de l'interprétation du droit étranger par le Tribunal fédéral, limité aux matières ayant statué sur des droits de nature non pécuniaire²³ (art. 43 a de la loi fédérale d'organisation judiciaire).

Il ne fait pas de doute à cet égard que l'obligation du juge d'appliquer d'office la loi étrangère s'est surtout imposée dans les matières du statut personnel où le *forum shopping* inspiré par l'intention frauduleuse des parties a été fréquemment pratiqué. Elle apparaît alors ici d'autant plus fondée qu'elle s'accorde avec l'objectif de permanence que doit satisfaire la règle de conflit dans ces matières.

On rencontre cependant évidemment aussi en dehors des matières du statut personnel des réglementations impératives dont la préservation doit être assurée par le juge dans les domaines où la loi étrangère est normalement applicable. Et même quand il s'agit des réglementations supplétives, l'obligation du juge, comme l'observe M. Batiffol, paraît encore devoir être reconnue, lorsque les parties n'ont pas manifestement exprimé leur volonté d'écarter la loi étrangère.

²² En ce sens Paul LAGARDE, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1975-1977, p. 265.

²³ Voir à ce sujet les observations de notre confrère Von OVERBECK et aussi KNOEPFLER et SCHWEIZER, *op. cit.*, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1988, p. 233-234.

La distinction des réglementations impératives et des règles supplétives est enfin elle-même discutée et on s'est demandé si elle ne devait pas être effectuée par référence aux conceptions de la loi étrangère, plutôt qu'à celles de la loi du for²⁴.

Ces remarques manifestent la force des obstacles auxquels se heurte, en vue de la détermination de l'étendue de l'obligation du juge d'appliquer d'office la loi étrangère, le maniement de critères de différenciation fondés sur la nature et le caractère des dispositions qu'on envisage d'appliquer.

Ces difficultés expliquent sans doute que les textes des Codes qui imposent au juge d'appliquer la loi étrangère se limitent le plus souvent à énoncer d'une manière générale cette obligation, laissant à la jurisprudence le soin d'en fixer le régime et les contours.

Le rapporteur, tenant compte de l'ensemble des observations des membres de la Commission, a dès lors estimé prudent de proposer une recommandation de caractère général édictant l'obligation du juge d'invoquer d'office la loi étrangère dans les domaines où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Cette recommandation paraîtra peu précise, timide ou audacieuse, selon les conceptions adoptées. Mais il s'agit là, nous semble-t-il, d'un minimum indispensable si on veut donner au principe d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère sa signification concrète et conférer à la règle bilatérale de conflit quelques chances pour assurer l'harmonie internationale des solutions.

b) La preuve du droit étranger.

19. Cette preuve peut avoir pour objet soit les éléments d'extranéité dont dépend la désignation de la loi étrangère, soit la teneur de celle-ci.

S'agissant des éléments d'extranéité, plusieurs membres de la Commission favorables à ce que le juge soit tenu d'appliquer d'office la loi étrangère normalement compétente, estiment que cette obligation doit logiquement être étendue à la recherche des éléments dont

²⁴ Voir à ce sujet ANCEL et LEQUETTE, note sous Cass. civ., 25 novembre 1986, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1987, 383 et PONSARD, *Répertoire de droit international*, « Loi étrangère », n° 55.

cette application dépend : nationalité, domicile... (voir en ce sens les observations de nos confrères Jayme, von Overbeck, Parra Aranguren, Vischer).

M. Batiffol est plus réservé sur ce point : « l'initiative du juge sur les éléments d'extranéité s'impose moins dans la mesure où il doit statuer sur les faits allégués par les parties, à moins qu'un doute sérieux ne se dégage de ces allégations qui exerce une incidence sur l'un des éléments en question ».

Le problème demeure discuté de savoir si l'élément d'extranéité qui conditionne la désignation de la loi applicable, doit être assimilé aux simples faits du litige, ou au contraire être soumis à un traitement procédural particulier qui oblige le juge à le rechercher d'office, au moins dans les matières qui relèvent de règles impératives²⁵.

L'obligation de cette recherche permettra sans doute d'assurer l'application de la règle de conflit d'une meilleure efficacité. Elle pourrait cependant, comme cela a été observé, en élargissant considérablement la mission des tribunaux, présenter de sérieux inconvénients pratiques. Aussi s'est-on demandé s'il ne serait pas plus opportun de conférer aux juges seulement la faculté de prendre l'initiative de cette recherche, quand elle s'avère justifiée par les données du litige, sans leur en imposer l'obligation. Une pareille solution serait certes plus appropriée du point de vue de l'exercice de la fonction judiciaire. Mais le pouvoir d'appréciation ainsi conféré aux tribunaux, s'il est mal exercé, pourra affaiblir le caractère obligatoire de la règle de conflit que le droit procédural doit chercher à préserver.

20. Des problèmes similaires se posent dans le domaine de la preuve du droit étranger où les règles adoptées sont nécessairement spécifiques, doivent équilibrer la mission du juge avec le rôle des parties.

Le droit étranger n'étant pas supposé connu devra être établi et les procédés de son établissement se rapprocheront de ceux des faits litigieux.

²⁵ Voir à ce sujet Pierre MAYER, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *Travaux Comité français de droit international privé*, 1975-1977, p. 233, et *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 146.

Mais il ne peut s'agir que d'un rapprochement, le droit étranger constituant un corps de normes juridiques dont le caractère objectif rend la connaissance accessible à tous, notamment au juge.

Le pouvoir d'initiative reconnu au juge dans ce domaine reflètera la conception qu'on se fait de son rôle dans la désignation de la loi étrangère, sans que cette corrélation soit cependant complète.

Là où le juge ne peut de lui-même soulever l'application de la loi étrangère, on ne pourra évidemment admettre qu'il puisse prendre des initiatives sur le terrain de la preuve. Les observations de notre confrère Reese qui excluent un pareil pouvoir dans les deux domaines le confirment.

Là au contraire où l'obligation du juge d'invoquer d'office la loi étrangère est édictée, son initiative sur le terrain de la preuve sera acceptée, la discussion portant sur le point de savoir si cette initiative doit revêtir un caractère obligatoire²⁶. Les membres de la Commission ne partagent pas le même avis à ce sujet.

M. Batiffol estime « peu réaliste d'obliger le juge à rechercher la teneur du droit étranger : il est trop souvent, observe-t-il, dépourvu à cet effet de tout moyen, en tout cas rapide et fiable. Pensons aux lenteurs et aux aléas de la justice ».

M. Ferrer-Correia considère au contraire que le juge assume « ex officio » cette obligation qu'il peut exécuter en s'entourant de la collaboration des parties. Le droit étranger ne saurait en effet, observe-t-il, être assimilé à un fait, et sa connaissance se rattache à l'application de la règle de conflit que le juge doit assurer.

M. von Overbeck est porté à établir là aussi une distinction suivant les matières : « l'obligation du juge de rechercher le contenu du droit étranger est certainement plus importante dans les matières dont les parties ne peuvent pas disposer ; elle est souhaitable également dans d'autres domaines ». On rappellera à cet égard que l'article 16 de la nouvelle loi fédérale suisse permet au juge de faire peser la charge de la preuve sur les parties dans les matières patri-

²⁶ Voir cependant en sens contraire en Espagne, l'article 12 §6 du D.L., 31 mai 1974 qui, tout en édictant l'obligation du juge d'appliquer d'office la loi étrangère normalement compétente, fait peser sur les parties la charge de la preuve de sa teneur. *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1976, p. 387. Cette disposition est généralement critiquée par la doctrine espagnole.

moniales où leurs intérêts sont souvent prépondérants, mais non dans les domaines extra-patrimoniaux, notamment le statut personnel, qui relèvent le plus fréquemment de réglementations impératives et où la teneur de la loi étrangère normalement compétente doit être constatée d'office.

21. Il ne suffit pas cependant d'imposer au juge la recherche du droit étranger, encore faut-il s'assurer de l'efficacité des moyens dont il peut disposer à cet effet. Les membres de la Commission n'ont pas manqué de relever à cet égard l'insuffisance et souvent l'inadaptation des procédures de coopération établies entre les Etats dans ce domaine.

M. Jayme souligne ainsi que les autorités judiciaires allemandes prennent des initiatives pour l'information sur le contenu du droit étranger en recourant à la procédure prévue par la Convention européenne du 7 juin 1968 et aussi aux avis des Instituts de droit comparé qui s'avèrent bien plus efficaces. Ces instituts travaillent en effet sur la base des dossiers des affaires, alors que les autorités étrangères consultées ne connaissent pas le contexte dans lequel les questions qu'on leur pose sont soulevées.

Des remarques similaires sont également présentées par nos confrères Batiffol, Van Hecke, von Overbeck, Parra Aranguren, Reese. MM. Van Hecke et Reese soulignent d'une manière plus générale les inconvénients de toute procédure d'information sur le droit étranger effectuée par la voie d'une coopération administrative ou judiciaire entre les Etats dont ils mettent en relief la lenteur et souvent l'inadaptation. Une pareille procédure n'est habituellement pas utilisée aux Etats-Unis.

Dès lors, l'efficacité du rôle du juge, des initiatives qu'il pourra prendre, sur le terrain de la preuve, dépendra le plus souvent de la collaboration des parties. Il est significatif à cet égard de constater que dans certaines codifications, comme le Code suisse (art. 16), et le Code portugais (art. 348-1) où le contenu du droit étranger doit être établi d'office par le juge, le rôle des parties soit directement mentionné.

Cette collaboration pourra prendre diverses formes, les informations obtenues sur le droit étranger, quelle que soit leur provenance, devant toujours être soumises à la discussion contradic-

toire. Le refus des parties de coopérer à la production du droit étranger, leur mauvaise foi ou leur négligence manifeste dans les cas où elles doivent supporter la charge de la preuve, pourront être sanctionnés par le rejet de la demande, comme l'estiment M. Batiffol et le rapporteur²⁷.

22. Lorsque au contraire la production de la preuve se heurte à des obstacles trop difficiles qu'on ne peut normalement demander au juge et aux parties de surmonter, des solutions de remplacement doivent être envisagées et la relève de la loi étrangère assurée.

Ces solutions ont été décrites dans le rapport provisoire et examinées à nouveau ici à propos de l'établissement de la règle de conflit et de l'étendue de la vocation subsidiaire de la « *lex fori* » (pages 20 à 27 de ce rapport).

Cette vocation, si elle peut être réduite par l'introduction dans la règle de conflit de rattachements subsidiaires déterminés ou par le recours au procédé fondé sur la recherche des liens les plus étroits, ne saurait être complètement écartée.

La loi du for demeure après tout mieux connue du juge et comme l'observe M. Reese a plus de chances d'être correctement appliquée. Elle pourra dans certains cas satisfaire plus rapidement les impératifs de la justice concrète, et lorsque la loi étrangère normalement compétente n'a pu être découverte, son application, en l'absence de rattachement subsidiaire, est généralement adoptée en droit positif.

La connaissance et la preuve du droit étranger, malgré les progrès actuels de la science comparative, demeurent ainsi encore la pierre d'achoppement du principe d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère. Elles opposent souvent un obstacle non négligeable au fonctionnement satisfaisant du système bilatéraliste, à la réalisation de l'harmonie internationale des solutions qui en constitue l'un des objectifs, un objectif difficile, mais qui doit néanmoins toujours être poursuivi.

Pierre Gannagé

²⁷ Notre confrère Ferrer-Correia paraît être d'un avis opposé et suggère qu'un droit de remplacement soit recherché même dans cette hypothèse.

Projet de résolution

L'Institut de Droit international,

« Considérant que le mouvement des codifications nationales des règles de droit international privé connaît aujourd'hui un développement important ;

« que ce mouvement s'accroît en même temps que celui des traités, notamment ceux conclus par les Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé ;

« que l'harmonie des solutions constitue l'un des objectifs que les Etats doivent poursuivre dans l'établissement et l'application des règles de conflit de lois ;

« que l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère apparaît nécessaire à la réalisation de cet objectif ;

« se référant à la résolution qu'il a adoptée à Sienne le 25 avril 1952, qui recommandait aux Etats « d'utiliser généralement pour l'établissement des règles de conflit de lois des critères susceptibles d'internationalisation, c'est-à-dire notamment susceptibles d'être adoptés par des conventions internationales, de manière à éviter des solutions discordantes d'un même cas concret dans des pays différents » ;

« estime utile de préciser et compléter cette résolution dans les domaines suivants :

1) Etablissement de la règle de conflit.

1) Il est recommandé aux Etats :

a) d'adopter, dans leurs codifications nationales, lorsque leurs intérêts essentiels ne sont pas en jeu, des règles de conflits de lois fondées sur des rattachements uniformes qui puissent conduire, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for ;

b) d'éviter donc généralement l'adoption de règles de conflit formulées d'une manière inégalitaire, qui, par la voie de l'utilisation de plusieurs éléments de rattachement, élargissent le domaine d'application de la loi du for par rapport à celui de la loi étrangère ;

que de pareilles règles doivent notamment être exclues lorsqu'elles ont pour conséquence de consacrer une discrimination entre les parties fondée sur des privilèges de nationalité.

2) Il est recommandé aux Etats d'introduire dans les règles de conflits de lois des rattachements subsidiaires susceptibles de conduire à l'application de la loi étrangère comme à celle de la loi du for.

3) Il est recommandé aux Etats de fonder leurs règles de conflit de lois à finalité matérielle sur une politique législative qui s'inspire de celle qui s'est déjà exprimée par la voie des conventions et des traités.

II) Mise en œuvre de la règle de conflit :

a) Il est recommandé aux Etats de donner à la règle de conflit du for, lorsqu'elle désigne la loi étrangère, la force obligatoire qu'elle revêt quand elle désigne la loi du for, en imposant au juge d'en soulever l'application d'office dans les matières où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits.

b) Il est recommandé, dans le cas visé à l'alinéa précédent, que les autorités judiciaires soient en mesure, à l'aide des moyens que leur offrent les règles de procédure de leur pays, de prendre les initiatives nécessaires en vue de la recherche et de la constatation des dispositions des droits étrangers, en demandant notamment leur collaboration aux parties.

c) Il est nécessaire de voir se renforcer par la voie des traités et le recours aux Instituts spécialisés les divers modes de coopération publics et privés susceptibles, à l'occasion du règlement des litiges, de conduire à une connaissance rapide et adéquate des dispositions des droits étrangers.

d) Le juge du for est fondé à écarter la loi étrangère normalement compétente :

- si elle est manifestement contraire à l'ordre public,
- s'il s'avère qu'elle ne peut être appliquée sans être dénaturée,
- si son contenu ne peut être normalement établi.

Dans ces diverses hypothèses, en l'absence d'une règle subsidiaire de conflit, la loi fondée sur les liens les plus étroits (ou la loi du for) sera appliquée.

**La sauvegarde des droits de l'homme
et le principe de non-intervention
dans les affaires intérieures des États**

**Protection of human rights
and the principle of non-intervention
in the domestic concerns of States**

(Huitième Commission)

Rapport provisoire

Guisepe Sperduti

Avant-propos

La huitième Commission de l'Institut a été constituée suite à la session d'Oslo de 1977 et a pour tâche d'étudier « la sauvegarde des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ». Elle était ainsi composée : rapporteur, M. Sperduti ; membres, MM. Boutros-Ghali, Castañeda, Dupuy, J.F. Lalive, Mlle Marek, MM. do Nascimento e Silva, Pescatore, Sahovic, Ténékidès, Truyol y Serra, Tunkin, De Visscher.

En juillet 1981, le rapporteur a été en mesure de communiquer aux confrères de la Commission son exposé préliminaire, complété d'un questionnaire et abondant, tout au long de plus de 60 pages, des problèmes d'une grande complexité du droit international contemporain, à partir de la détermination de la notion d'intervention dans les affaires intérieures des Etats.

Suivit, peu après, un premier débat entre les membres de la Commission et ce fut lors d'une réunion de celle-ci convoquée à Dijon au cours de la session de l'Institut dans cette ville du 25 août au 3 septembre de l'année ci-dessus. Le rapporteur estime avoir pu beaucoup profiter de cet échange de vues, y compris les remarques

critiques des confrères et notamment l'avis selon lequel il ne convenait pas de s'attarder dans notre étude sur des problèmes qui, par leur ampleur, la dépassent et qui étaient, d'ailleurs, aussi délicats que difficiles : tels les problèmes ayant trait au recours à la force dans les relations internationales.

Pour rendre compte des différentes phases du travail accompli et en vue de faire ressortir certains progrès réalisés au cours de celui-ci, il semble utile de reproduire en annexe des documents pertinents, qui précèdent d'autres documents directement insérés dans le présent contexte. L'on mentionnera le document de travail établi par le rapporteur en 1982 dans le but de faire avancer le débat en formulant d'une manière aussi précise que concise les points qui, à son avis, étaient particulièrement dignes de retenir l'attention.

Les mêmes points avaient été, pour l'essentiel, déjà envisagés dans l'exposé préliminaire et dans le questionnaire qui l'accompagnait. Leur nouvelle formulation semble avoir facilité l'examen accompli par les autres membres de la Commission, qui se sont, en effet, exprimés en se basant notamment sur le document en question. Communiqué en date du 14 septembre 1982, les réponses sont promptement parvenues. Il s'agit des observations de Mlle Marek et de MM. Sahovic, Ténékidès et De Visscher.

Ces lettres offraient indubitablement matière à réflexion. Un plus large concours à l'examen des problèmes se rapportant à la tâche dont la Commission avait été chargée était, pourtant, souhaitable. C'est la raison pour laquelle le rapporteur envisagea de réunir la Commission lors de la Session suivante de l'Institut, qui allait se tenir à Cambridge en août 1983, et rédigea, en vue de cette réunion, un *avant-projet* d'articles pouvant servir de base à la réunion même. En voici le texte :

Article 1

Par le principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, le droit international interdit tout acte de contrainte à l'égard d'un Etat par rapport aux affaires ressortissant au domaine réservé de la compétence nationale de cet Etat, ce domaine étant celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international.

Cette interdiction résulte en tout premier lieu, en ce qui concerne la menace ou l'emploi de la force, de la règle générale de l'article 2 paragraphe 4 de la Charte. Elle s'étend en vertu dudit principe à tout autre acte de contrainte, politique, morale ou économique (blâmes, représentations diplomatiques, mesures de rétorsion, représailles non armées, etc.).

Article 2

Une situation se produisant dans un Etat et entraînant une menace contre la paix ou un acte d'agression ne se prête d'aucune manière à être ramenée sous la notion du domaine réservé à la compétence nationale d'un Etat. Il s'ensuit, ainsi que l'énonce dans sa dernière phrase l'article 2 paragraphe 7 de la Charte, que le principe de non-intervention dans ledit domaine « ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII ».

Article 3

Une contestation sur le point de savoir si une certaine question ou une certaine affaire relève ou ne relève pas du domaine réservé d'un Etat rentre parmi celles ayant nature juridique.

Au cas où une telle contestation s'élèverait à l'occasion d'un différend porté devant une juridiction internationale et que celle-ci en serait dûment saisie, la contestation devra être tranchée au préalable en raison de sa portée d'exception préliminaire de fond.

La même question, concernant la délimitation du domaine réservé d'un Etat, peut être, en l'occurrence, soulevée à titre de question principale devant une juridiction internationale, pourvu que les bases nécessaires de compétence existent en l'espèce.

Article 4

Les droits de l'homme ne relèvent pas du domaine réservé des Etats dans la mesure où la reconnaissance de ces droits est l'objet d'obligations internationales de ces mêmes Etats.

Il s'ensuit qu'on ne saurait qualifier d'intervention dans les affaires intérieures d'un Etat le recours à l'égard de cet Etat à des mesures de contrainte autres que la menace ou l'emploi de la force, lorsque ce recours, toute proportion gardée par rapport au but à

atteindre, est nécessaire pour obtenir dudit Etat qu'il observe ses obligations internationales en matière de droits de l'homme.

Article 5

Si, toutefois, un instrument international de sauvegarde des Droits de l'homme établit des procédures visant à garantir le respect effectif de ces droits et que ces procédures peuvent être intentées à l'égard d'une situation donnée, le recours par un Etat ou par un groupe d'Etats à des mesures de contrainte par rapport à cette situation doit se considérer comme non admis en principe, tout au moins si l'Etat, auquel une violation des Droits de l'homme est imputée eu égard à cette même situation, ne fait pas obstacle au déroulement régulier des procédures en question.

Article 6

Les Droits de l'homme se rattachant à la dignité inhérente à la personne humaine, certains de ces droits sont si étroitement liés à la reconnaissance de cette dignité qu'ils s'élèvent au niveau de droits fondamentaux de toute personne. Le respect de ces droits est de nos jours à considérer comme une obligation qui incombe à tous les membres de la famille des Nations, voire comme une obligation découlant du *jus cogens* international.

S'agissant d'une obligation de chaque Etat envers la communauté internationale dans son ensemble, chaque Etat a titre pour en exiger, dans les voies appropriées, l'observance.

Article 7

Les violations graves des Droits de l'homme, notamment les violations massives et systématiques des droits fondamentaux de la personne humaine, constituent des atteintes au patrimoine commun d'idéal de la famille des Nations et appellent des mesures de protection au niveau de cette famille elle-même.

Le renforcement et le développement de méthodes et procédures s'inspirant du modèle offert par la Résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social du 27 mai 1970 sont hautement souhaitables.

Article 8

L'autorité qui s'attache à la Déclaration universelle des Droits de l'homme a, parmi ses répercussions, la suivante : le rappel des Droits de l'homme dans des instruments internationaux, notamment dans des instruments dont l'objet est la sauvegarde de ces droits, est à entendre en principe, à défaut d'une définition directe, comme visant les Droits de l'homme tels que définis dans la Déclaration universelle.

D'autres textes pertinents en la matière peuvent, en l'occurrence, entrer en ligne de compte, notamment la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1960.

Article 9

Un lien est à remarquer entre le principe ci-dessus et la pratique des Nations Unies.

L'Assemblée générale, dont la compétence pour promouvoir le respect des Droits de l'homme se fonde sur les articles 1 paragraphe 3, 13 paragraphe 1 (c), 55 (c) et 56 de la Charte, exerce cette compétence, en plus de l'adoption de résolutions générales, en s'adressant, au besoin, à des Etats déterminés. A cette fin, elle applique régulièrement les dispositions de la Charte et la Déclaration universelle des Droits de l'homme indépendamment du fait que l'Etat, mis en cause par des allégations de violation des Droits de l'homme, ait ou n'ait pas ratifié des traités internationaux en la matière.

S'agissant d'une pratique bien établie, une action qu'entreprend l'Assemblée générale, notamment par voie de recommandation, afin d'obtenir le redressement d'une situation dans un pays qui ne serait pas conforme auxdites dispositions, ne saurait être qualifiée d'intervention, aux termes de l'article 2 paragraphe 7 de la Charte, « dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ».

Les membres suivants, plus le rapporteur, se réunirent à Cambridge le 27 août 1983 : Mlle Marek, M^{me} Pescatore, Sahovic, Ténékidès, Truylol y Serra, J.F. Lalive et P. De Visscher. A la prière du rapporteur, le procès-verbal de la réunion fut ensuite établi par M. De Visscher sur la base de ses notes et de celles du secrétaire de

la Commission, M. Fallon. On y lit, concernant le nombre limité de membres qui avaient jusqu'à ce jour fait part de leurs observations, « qu'il y a lieu de remédier à cette situation » puisque « le Bureau de l'Institut a décidé de ne plus porter à l'ordre du jour des sessions les rapports qui n'auraient pas obtenu l'appui de la majorité des membres de la Commission concernée ». Prenant en considération l'*avant-projet* d'articles rédigé par le rapporteur et adressé aux membres de la Commission au début du mois d'août, il était observé ce qui suit :

« 1. Le *préambule* faisant référence aux résolutions antérieures de l'Institut sera rédigé par M. De Visscher lorsque le projet d'articles, revu à la lumière des réponses au questionnaire visé ci-dessus, aura été établi.

2. Alors que le projet d'articles donne la priorité au principe de la non-intervention, il conviendrait de donner la *priorité* au principe du respect des Droits de l'homme. En conséquence, le principe énoncé dans l'article 6 devrait faire l'objet de l'article premier.

3. S'agissant du contenu matériel de la notion des Droits de l'homme, la Commission est unanimement d'avis qu'il n'y a pas lieu d'en dresser un catalogue et qu'il conviendrait de ne parler que des « droits fondamentaux » de la personne humaine, c'est-à-dire de ce « hard core » des droits de la personnalité dont la violation peut justifier une réaction de tout Etat contre un autre Etat, même lorsque la victime de la lésion n'est pas un national de l'Etat réclamant.

4. La notion de droits fondamentaux devra-t-elle faire référence à un instrument international déterminé en vue d'en préciser les contours ? La Commission n'est pas unanime sur ce point, certains souhaitant qu'il soit fait référence à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration universelle de 1948, d'autres souhaitant que toute référence à un ou à plusieurs textes des Nations Unies soit omise. Cette question devra figurer dans le questionnaire destiné aux membres de la Commission.

5. Il conviendra d'interroger les membres de la Commission sur le point de savoir si toute forme quelconque de violation des droits fondamentaux peut justifier une intervention ou si la violation reprochée doit être « grave », « grossière » ou « massive ». La Commission

est d'avis qu'il faut être en présence d'une violation grave ou grossière ; en revanche, elle n'est pas favorable à ce que soit exigée une violation « massive ».

6. Un débat s'institue au sujet de la *source* des droits fondamentaux de l'homme. S'agit-il d'une source conventionnelle (et laquelle ?) ou d'une coutume ou encore d'un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la C.I.J. ? Une majorité semble pencher en faveur de cette dernière réponse. Un membre (M. Pescatore) observe d'ailleurs que la multiplicité des textes constitutionnels consacrant les mêmes droits essentiels témoigne de l'existence d'un tel principe général.

Incidemment, un membre soulève la question de savoir si un traité international pourrait déroger « inter partes » au principe qui prohibe toute violation grave des droits fondamentaux. Pareille dérogation ne serait-elle pas contraire au « jus cogens » ? La question devra être posée.

7. Abordant la notion de *domaine réservé ou d'affaires intérieures*, la Commission est d'avis que lorsqu'il y a violation grave de droits fondamentaux, le principe de non-intervention ne peut être invoqué car il manquerait d'objet, les affaires intérieures étant nécessairement limitées par le droit international.

8. Dans la mesure où le droit international permet certaines *formes d'intervention* en cas de violation grave des droits fondamentaux de la personne humaine, quelles sont les formes d'intervention licites ? (Interventions d'humanité ? Self-help ? Démarches diplomatiques ? Blâmes ? Mesures de rétorsion ? etc...).

Le temps a fait défaut à la Commission pour examiner cette question avec toute l'attention qu'elle mérite. La Commission est cependant unanime à penser que le *principe de la proportionnalité* devra servir de base à la réponse mais que, sur base de ce principe, l'Etat réclamant ne saurait jamais violer les droits fondamentaux des nationaux de l'Etat coupable ni recourir à la force dans une mesure contraire à la Charte des Nations Unies (art. 51). Il va de soi que la substance de l'article 5 du projet d'articles doit être maintenue, dans la mesure où les mécanismes de protection des Droits de l'homme prévus par un traité fonctionnent de manière effective.

9. Le principe du respect des droits fondamentaux justifie non

seulement certaines interventions étatiques mais aussi des interventions de la part d'organisations internationales agissant dans les limites de leur spécialité ou en tant que groupements d'Etats.

Il conviendra, à cet égard, de pousser plus avant l'étude de la question en envisageant, d'une part, l'intervention des organisations universelles et, d'autre part, l'intervention des organisations régionales (à l'égard de leurs membres et à l'égard des Etats non membres) ».

Le rapporteur écrivit le 30 septembre à M. De Visscher pour le remercier de l'aide qu'il apportait par son document à la poursuite des travaux. La même lettre contenait le passage suivant :

« Sur un point je me dois dès maintenant de vous dire que j'hésiterais beaucoup à prendre strictement à la lettre, dans le « document » sous 3, la phrase exposant comme avis unanime de la Commission « qu'il conviendrait de ne parler que des droits fondamentaux de la personne humaine ». Certes, c'est bien sur la protection internationale de ces droits, notamment sur la tombée à leur égard de la barrière du domaine réservé, qu'on devra axer le projet de Résolution. Mais il ne s'ensuit pas que l'on doive garder plein silence sur les Droits de l'homme formant l'objet d'engagements internationaux sur une base conventionnelle. Que l'on songe, par exemple, aux Conventions de l'O.I.T. sur la liberté syndicale. On pourrait contester que la liberté syndicale rentre parmi les droits fondamentaux de la personne humaine, conçus en tant que droits dont la violation peut justifier une réaction de tout Etat contre un autre Etat ; mais on ne saurait douter de ce que les Etats liés par lesdites Conventions ne peuvent pas opposer l'exception du domaine réservé par rapport à toute question concernant l'interprétation ou l'application des engagements qu'ils auront ainsi assumés.

J'estime donc qu'une concordance de vues serait souhaitable sur ce que, conformément à la notion du domaine réservé telle qu'elle se dégage des principes généraux du droit international, les Droits de l'homme ne relèvent pas de ce domaine dans la mesure où ils sont l'objet d'obligations internationales incombant aux Etats en vertu même de leur appartenance à la communauté internationale ou en tant que parties à des instruments internationaux en la matière ».

Dans une autre lettre, adressée le 15 avril 1985 en la matière

aux membres de la Commission, le rapporteur revenait sur la rencontre de Cambridge en soulignant la haute qualité du débat, dont il espérait avoir tiré pleinement profit. Il convient de citer les passages suivants de cette même lettre :

« Un remerciement particulier va à M. Pescatore, qui a bien voulu m'indiquer certaines lignes du préambule, et à M. De Visscher, qui, avec le concours de notre secrétaire, M. Fallon, a établi une note précieuse pour la continuation des travaux. M. De Visscher aura aussi l'amabilité de réexaminer le préambule et de le compléter notamment par des références aux Résolutions pertinentes de l'Institut ainsi que, au besoin, à d'autres documents internationaux.

En ce qui concerne la démarche que j'ai suivie, j'ai pensé procéder directement à ce stade à des propositions de rédaction, plutôt que d'avoir recours, une deuxième fois, à un questionnaire. La raison en est d'une part d'alléger en quelque sorte la tâche de mes confrères et d'autre part d'accélérer vraisemblablement les travaux de la Commission ».

*
**

1. Les difficultés que soulève l'étude assignée à la huitième Commission de l'Institut concernant en tout premier lieu la détermination de la notion d'intervention dans les affaires intérieures des Etats et plus spécialement la détermination, aux fins de cette notion, de celle des *affaires intérieures*.

Dans un essai remarquable ayant pour titre « Droits de l'homme et non-intervention : Helsinki, Belgrade, Madrid »¹, notre confrère

¹ Publié dans *La Comunità Internazionale* 1980, n° 3, p. 453 et ss. Sur le même sujet l'auteur avait donné en 1977 un cours à l'Académie de Droit International de La Haye : *Human Rights and Non Intervention in the Helsinki Final Act*, dans *Recueil des Cours*, 1977-IV, p. 195 et suiv.

Parmi les analyses des thèses en conflit sur le sujet « droits de l'homme et intervention dans les affaires intérieures », voir dans le recueil édité par B. SIMMA et E. BLENK-KNOCKE, *Zwischen Intervention und Zusammenarbeit* ; U. BEYERLIN, *Menschenrechte und Intervention*, p. 157 et suiv. ; B. WILLMS, *Politische Selbsthauptung oder Völkerrechtliche Intervention ?*, p. 201 et suiv.

Toujours sur le sujet ci-dessus indiqué, on rappellera les écrits de J. ZOUREK,

M. Arangio-Ruiz cite des passages d'un Rapport soumis en 1977 à l'Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale par M. S. Segre, membre du Parlement italien, entre autres le passage suivant :

« Non seulement depuis Helsinki, mais depuis bien plus longtemps, on discute dans le monde entier pour déterminer où commencent effectivement les interventions dans les affaires intérieures d'un autre Etat. On n'a encore jamais trouvé de réponse précise »².

De même que votre rapporteur dans son Exposé préliminaire (§ 23), M. Arangio-Ruiz prête beaucoup d'attention aux vues répandues dans les pays de l'Europe orientale et écrit :

« D'après les gouvernements des pays du Pacte de Varsovie la matière des droits de l'homme relèverait de par sa nature — si nous avons bien compris les positions de ces gouvernements — de la « compétence nationale » de chaque Etat. Et puisque le droit international interdirait l'intervention des autres Etats ou des organes internationaux dans les matières de cette « compétence », tout acte d'un Etat (ou d'un organe international) réprouvant ou contestant des violations ou des prétendues violations des droits de l'homme constituerait non seulement un geste non amical mais aussi une violation du droit international. Les dispositions de l'Acte de Helsinki concernant les Droits de l'homme devraient notamment fléchir face à l'engagement des Etats consacré dans le même Acte sous le chiffre VI, de ne pas intervenir dans les affaires d'un autre Etat : cela en vertu du critère, énoncé également dans l'Acte, d'après lequel « Tous les principes... sont d'importance primordiale et, par conséquent, seront appliqués de manière égale, chacun d'entre eux étant interprété en tenant compte des autres ». Au principe VI on ajoute, dans le même but, le principe I, concernant l'égalité souveraine des Etats.

Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue-t-il une affaire intérieure de l'Etat, dans Estudios de derecho internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, vol. 1, 1979, p. 624 ss.; et de R.L. BINDSCHEDLER, Der Schutz der Menschenrechte und das Verbot der Einmischung, in Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht, Festschrift Schlochauer, 1981, p. 179 ss.

² Op. cit., p. 466.

En vertu de l'interdiction de l'intervention seraient donc illicites, soit les actes unilatéraux officiels de réprobation de la conduite d'autres Etats en matière de Droits de l'homme, soit les démarches diplomatiques qu'un ou plusieurs Etats effectueraient afin de se plaindre d'une telle conduite et d'exiger le respect des dispositions adoptées à Helsinki. Du principe de la non-intervention aurait notamment découlé une restriction automatique du « mandat » de ce que l'on appelle les « réunions de vérification » de la mise en œuvre de l'Acte Final. A la différence de ce qui devrait se passer au sujet de l'exécution des engagements pris à Helsinki sur d'autres sujets, aucune « vérification » unilatérale ne serait à envisager dans ces réunions en ce qui concerne le respect des Droits de l'homme. Les Etats qui, à la réunion de Belgrade de 1978, ont soulevé la question du respect des Droits de l'homme dans certains pays auraient été responsables d'une violation du principe de la non-intervention tel qu'il figure dans l'Acte Final (principe VI) et dans d'autres instruments internationaux »³.

2. Arrêtons-nous quelques instants sur l'Acte final de la Conférence d'Helsinki, qui prévoit dans sa dernière partie — « Suites de la Conférence » — que les Etats participants poursuivront « le processus multilatéral amorcé par la Conférence », en procédant « à un échange de vues approfondi » sur « la mise en œuvre des dispositions de l'Acte final et l'exécution des tâches définies par la Conférence ». On ne recherchera certainement pas dans le présent contexte la nature exacte de l'Acte d'Helsinki, Acte que Madame S. Bastid classe parmi ceux « sur lesquels on discute éternellement »⁴. Ce qu'il importe, toutefois, de retenir ici est que les 35 Etats participant à la Conférence ont entendu exprimer, voire solennellement confirmer, dans la « Déclaration sur les principes » formulée tout de suite après le préambule de l'Acte, leur détermination de « respecter » et « mettre en pratique » des principes de droit international d'une importance primordiale, au nombre desquels les principes VI et VII, à savoir ceux de la non-intervention, et du respect des Droits de l'homme et des libertés fondamentales.

³ *Op. cit.*, pp. 464-5.

⁴ *Annuaire de l'Institut*, Session de Cambridge, vol. 1, p. 358.

Or, la deuxième réunion de « vérification », qui s'est déroulée à Madrid pendant trois ans (11 novembre 1980 - 9 septembre 1983) a été marquée par le fait que plusieurs Etats participants se sont élevés avec fermeté contre des violations graves des Droits de l'homme⁵. Cela atteste que ces Etats étaient convaincus que les deux principes ci-dessus sont tout à fait compatibles, même si cette question avait soulevé une certaine perplexité auparavant⁶.

3. Il est peut-être opportun de faire clairement apparaître le point suivant : l'opinion selon laquelle la matière des Droits de l'homme relèverait de par sa nature de la « compétence nationale » de chaque Etat n'est pas en elle-même erronée ; elle le devient dès qu'on l'énonce en ne tenant pas compte que le droit international est un ordre juridique se singularisant en ce qu'il s'appuie sur d'autres ordres juridiques pour atteindre ses objectifs, les ordres juridiques internes des différents Etats. M. Anzilotti enseignait que « les normes internationales, à commencer par la norme fondamentale *pacta sunt servanda*, ne sont possibles que pour autant qu'elles s'appuient sur des normes internes »⁷. En ce sens, le droit international a été aussi qualifié d'« ordre juridique garanti par d'autres ordres juridiques »⁸.

C'est là un point de vue de base. Il aide à saisir dans son essence le droit international et fournit en même temps l'explication rationnelle du principe de l'épuisement préalable des voies de recours internes. On rappellera que dans une affaire portant sur différentes dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'affaire *Handyside*, la Cour européenne des Droits de l'homme s'est ainsi prononcée dans son arrêt du 7 décembre 1976, § 48 :

« La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par

⁵ Voir par exemple l'intervention faite le 10 novembre 1982 par le chef de la Délégation suisse, texte dans *Relazioni Internazionali*, 1982, n° 46, pp. 1107-8.

⁶ Il y a un certain intérêt à confronter entre eux les discours prononcés par le Ministre des Affaires Etrangères italien respectivement le 11 septembre 1980 (*Le Relazioni Internazionali*, 1980, n° 38, pp. 827-8) et le 9 février 1982 (*Le Relazioni Internazionali*, 1982, n° 8, pp. 126-7).

⁷ *Cours de droit international*, traduction par G. GIDEL, 1929, p. 51.

⁸ Voir mon cours : *Lezioni di diritto internazionale*, 1958, p. 87.

la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des Droits de l'homme (arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire « linguistique belge », série A n. 6, p. 35, § 10 *in fine*). La Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse... »⁹.

On rappellera aussi que dans l'une de ses premières décisions de recevabilité, rendue le 9 juin 1958 dans l'affaire *De Becker*, la Commission européenne des Droits de l'homme a déclaré que « selon les principes généraux du droit international, corroborés par l'esprit de la Convention ainsi que par les travaux préparatoires, les parties contractantes ont l'obligation, sous réserve bien entendu de l'article 64 de la Convention, de veiller à ce que leur législation interne cadre avec la Convention et, le cas échéant, de prendre les mesures d'adaptation qui se révéleraient nécessaires à cette fin, la Convention s'imposant à toutes les autorités de ces parties, y compris le pouvoir législatif »¹⁰.

4. L'on arrive ainsi à une conclusion qui est à considérer comme correcte. Il est exact de dire qu'il revient aux Etats de prendre, dans l'exercice de leur compétence nationale, les mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance et la jouissance effectives des Droits de l'homme aux personnes relevant de leur juridiction. On n'exprime par ces termes qu'une conséquence qui découle d'une situation factuelle, qui est qu'au présent stade de l'organisation de l'humanité, les individus demeurent sous l'empire direct des Etats.

En revanche, on ne saurait admettre que la compétence nationale en matière de Droit de l'homme — ainsi que, d'ailleurs, dans n'importe quelle autre matière appelant des mesures internes — soit conçue de telle sorte qu'on aboutirait à la négation même du droit international en tant qu'ordre juridique.

Que l'on se place sur un plan élémentaire de logique juridique :

⁹ Cour eur. D.H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A, n° 24, p. 22.

¹⁰ *Répertoire de la jurisprudence relative à la Convention européenne des Droits de l'Homme* (1955-1967), 1970, p. 3.

si l'on accepte que le droit international est véritablement « droit », il est foncièrement contradictoire qu'un Etat se considère comme lié par le droit international dans le domaine des Droits de l'homme et que cet Etat se prétende en même temps seul juge de ses propres comportements dans ce domaine.

5. Dans un discours qu'il a prononcé le 27 avril 1983 devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à Strasbourg, le Président de la République italienne, M. Sandro Pertini, déclarait ceci :

« ...je me suis plusieurs fois dressé pour défendre les citoyens d'autres pays, privés des droits civils et des droits de l'homme, victimes du pouvoir. Il m'a été répondu qu'il s'agissait là d'une affaire de stricte politique interne. J'ai répliqué en disant que mon intervention était légitime parce qu'elle s'inspirait du droit des gens et parce que quiconque avait signé l'Accord d'Helsinki devait rendre compte de ses violations à tous les co-signataires de l'Accord »¹¹.

Plus récemment, au cours d'une allocution qu'il a prononcée le jeudi 28 février 1985 devant la Commission des Droits de l'homme des Nations Unies à Genève, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, M. Marcellino Oreja, a affirmé sa conviction que « la protection et la promotion des Droits de l'homme sont un devoir de la Communauté internationale et que le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats ne s'applique pas lorsque les Droits de l'homme sont en cause »¹².

Parmi d'autres éléments susceptibles d'éclairer les problèmes qui nous occupent, il faut signaler les procédures de l'Organisation internationale du Travail (O.I.T.) visant, par voie de rapports et d'enquêtes, à examiner la question de l'application des conventions ratifiées par les différents Etats membres de cette organisation. Il en ressort notamment que cette organisation a été créée en vue d'améliorer les conditions de travail à l'intérieur des différents pays et que les procédures établies à cette fin ne sauraient être consi-

¹¹ Citation tirée de la préface du Juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme, M. L.-E. Pettiti à l'œuvre de M. V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 1984, p. X.

¹² Doc. B(856), 1.3.85, de la Direction de la Presse et de l'Information du Conseil de l'Europe.

dérées comme une intervention indue dans les affaires intérieures puisqu'elles rentrent dans le cadre du mandat que l'O.I.T. a reçu de ses membres en vue d'atteindre les objectifs qui lui ont été assignés.

6. Il est pourtant vrai qu'il y a des normes internationales sur les Droits de l'homme, notamment des normes consacrant des libertés appelées « fondamentales », qui laissent aux autorités internes une marge d'appréciation en ce qui concerne la délimitation de la portée concrète qu'assument dans l'Etat les droits dont il s'agit. Je vais revenir ultérieurement sur le sujet (*infra*, § 18). Voici pour l'instant un exemple de telles normes, tiré de l'article 19, paragraphes 2 et 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« 2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;

b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

L'arrêt déjà cité de la Cour européenne des Droits de l'homme dans l'affaire *Handyside* porte sur le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne, article dont les dispositions correspondent dans une large mesure à celles ci-dessus rapportées. Il contient le passage suivant :

« 49. L'article 10 § 2 n'attribue pas pour autant aux Etats contractants un pouvoir d'appréciation illimitée. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19), la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une « restriction » ou « sanction » se concilie avec la

liberté d'expression telle que la protège l'article 10. La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa nécessité. Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante ».

Il apparaît ainsi combien souhaitable est l'établissement de procédures internationales de nature à permettre un examen objectif et impartial des allégations de violation des Droits de l'homme, qui soient réglementées au niveau international de la manière qu'on vient d'indiquer. A défaut de telles procédures, on conçoit mal que de telles allégations de violation fassent l'objet de démarches entre gouvernements, si ce n'est dans des cas de violation graves et manifestes.

7. Tout en gardant dans la formulation du projet de résolution la structure convenue lors de la session de Cambridge de l'Institut, votre rapporteur a estimé devoir d'abord concentrer l'attention sur l'étendue de la notion des *affaires intérieures* ou *domaine réservé à la compétence nationale*.

Les confrères de la Commission, qui avaient fait parvenir des observations écrites sur l'exposé préliminaire et sur le document de travail du 14 septembre 1982, avaient, en effet, manifesté leur hésitation quant à la pertinence du critère suivi par le rapporteur aux fins de la délimitation de la notion ci-dessus indiquée. Il s'agissait donc de redoubler d'efforts d'analyse et de réflexion.

Peut-être est-il utile de revenir brièvement sur la situation.

8. Avant même d'être désigné en tant que rapporteur, j'étais arrivé sur le problème susdit à une conclusion qui me semblait appropriée eu égard aux différentes opinions de la doctrine au sujet de l'interprétation de l'article 2 § 7 de la Charte¹³. D'une part, cette conclusion était en harmonie avec les nouvelles tendances du droit international contemporain, telles que je les avais comprises dès les années 1950, en écrivant entre autres : un aspect remarquable de la réorganisation des relations internationales après la seconde guerre mondiale vient de l'intensification et de l'extension d'un mouvement visant à transférer sur le plan international le soin

¹³ Voir mon essai *Il dominio riservato*, Milano, 1970.

d'intérêts d'une haute valeur humaine ; on constate même la tendance à donner comme directive fondamentale à la société internationale dans son ensemble l'obtention pour le genre humain de conditions de stabilité, de bien-être et de progrès¹⁴. D'autre part, il s'agissait d'une conclusion se dégageant de la pratique des Nations Unies, notamment de celle de l'Assemblée générale.

Mon point de vue peut se résumer comme suit. Assurément, les Droits de l'homme ne relèvent pas du domaine réservé à la compétence nationale des Etats si leur reconnaissance est l'objet d'obligations internationales de ces mêmes Etats. Un effet équivalent, toujours donc une restriction plus ou moins grande de ce domaine, peut, toutefois, également se produire pour une autre cause : l'inscription dans la conscience publique de principes par essence moraux, attestée par des manifestations aptes à justifier de leur qualification comme principes d'éthique sociale positivement reconnus. C'est le cas notamment des principes de la Déclaration universelle des Droits de l'homme. La pratique de l'Assemblée générale fait ressortir que l'Assemblée générale a compétence pour promouvoir le respect des Droits de l'homme par les Etats qui ne les observeraient pas. Cette compétence résulte du jeu de deux facteurs : les dispositions statutaires concernant le respect desdits droits, notamment les dispositions des articles 1 § 3, 13 § 1 (b), 55 (c) et 56 de la Charte ; la définition des Droits de l'homme par l'Assemblée générale elle-même moyennant la Déclaration universelle qu'elle a proclamée le 10 décembre 1948. Aussi faut-il estimer qu'une action qu'entreprend l'Assemblée générale, notamment par voie de recommandations, afin d'obtenir le redressement d'une situation, dans un pays, qui ne serait pas conforme aux principes de la Déclaration universelle, ne saurait être qualifiée d'intervention, prohibée par l'article 2 § 7 de la Charte, « dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ».

Repris et ultérieurement développé dans l'exposé préliminaire (§§ 19-28), mon point de vue originaire garde, semble-t-il, sa valeur pour autant qu'il s'agit d'interpréter l'article 2 § 7 de la Charte. Voici un passage d'une lettre que le Directeur des Droits de l'homme

¹⁴ *L'individu et le droit international*, dans *Recueil des cours*, 1956-II, p. 825.

à l'Office des Nations Unies à Genève, M. Herndl, a eu l'amabilité de m'adresser le 3 septembre 1982 :

"United Nations human rights organs, including the General Assembly and the Commission on Human Rights, have regularly applied the provision of the Charter and of the Universal Declaration of Human Rights in determining allegations of violations of human rights by States, irrespective of whether or not the States concerned have ratified other relevant treaties, such as the International Covenants on Human Rights or the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Thus, in recent resolutions which it adopted on the situations of human rights in Chile, Nicaragua, El Salvador and Bolivia, the General Assembly of the United Nations based itself primarily on the Charter and the Universal Declaration of Human Rights. In cases where the State concerned had also ratified international human rights treaties (as was the case of Chile), the Assembly has also made reference to the duty of the State to implement its obligations under those treaties".

9. Venons-en maintenant à une nouvelle réflexion. Elle s'impose, à mon avis.

Il y avait, en effet, dans le raisonnement antérieur une faille, dans la mesure où une conclusion à laquelle on parvient dans le cadre des Nations Unies — voire même dans le cadre d'autres organisations internationales — était transposée au plan du droit international général. Reconnaître cette faille, à savoir une généralisation injustifiée, équivaut à admettre que la notion pertinente du domaine réservé demeure, dans une perspective générale, celle formulée par l'Institut dans la résolution qu'il a adoptée le 29 avril 1954 à Aix-en-Provence et qui constitue l'aboutissement d'un travail de longue haleine. On rappellera qu'une étape importante de ce travail a été marquée par la session de l'Institut de Lausanne, en 1947. On dira donc selon les termes de l'article premier de la résolution d'Aix-en-Provence :

« Le domaine réservé est celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international ».

L'article continue :

« L'étendue de ce domaine dépend du droit international et varie selon son développement ».

10. Pour ce qui est de la notion retenue dans le système de la Charte, il n'est guère nécessaire d'ajouter qu'elle se rattache à l'orientation suivie à la Conférence de San Francisco d'élargir à maints égards la sphère d'action de la nouvelle organisation internationale qu'on était en train d'établir.

Il importe d'observer ceci : en inscrivant au nombre des objectifs à poursuivre par les Nations Unies le développement et l'encouragement du respect universel des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Conférence s'est en même temps préoccupée que l'action des Nations Unies ne bute pas sur les entraves susceptibles de résulter de l'adoption d'une formule sur le domaine réservé, s'inspirant du modèle offert par l'article 15 § 8 du *Covenant*. On a pris soin d'éliminer la référence au droit international et les termes de cet article qui évoquent la compétence nationale exclusive ont été remplacés par les termes « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale ».

11. De plus amples renseignements sur la Conférence de San Francisco ont déjà été donnés dans l'exposé préliminaire (§ 24). Ici on s'arrêtera quelques instants encore sur la distinction que l'on vient d'ébaucher entre la notion du domaine réservé qui se dégage des principes généraux du droit international et lie les Etats dans leurs relations mutuelles et la notion du domaine réservé qu'appliquent dans l'exercice de leurs fonctions les organes de l'Organisation. Deux corollaires se rattachent à cette distinction :

a) Si le seul lien qui existe dans une certaine matière entre deux Etats membres des Nations Unies découle des règles de conduite énoncées par l'Assemblée générale — au moyen de déclarations de principes et autres résolutions d'une portée générale¹⁵ — dans

¹⁵ Deux volumes publiés par les soins du Secrétaire Général des Nations Unies contiennent respectivement un recueil de textes généraux ayant trait aux droits de l'homme et un exposé des activités de l'O.N.U. et de ses Institutions spécialisées dans ce même domaine : *Droits de l'homme. Recueil d'instruments internationaux*, édition 1983 ; *Activités de l'O.N.U. dans le domaine des droits de l'homme*, édition 1982.

l'accomplissement de sa mission de promouvoir la réalisation des objectifs de la Charte, et que l'un de ces Etats estime que l'autre n'observe pas de telles règles, la méthode pertinente qui lui est ouverte pour chercher remède à la situation est de saisir de la question les organes compétents de l'organisation.

b) En revanche, puisque l'emploi légitime de moyens de contrainte par un Etat suppose qu'il faut chercher remède à l'infraction d'un devoir juridique, le recours à de tels moyens demeure en toute circonstance interdit lorsque le manquement, qu'on croit pouvoir être imputé à un Etat, vise des règles de conduite qui n'ont pas le statut de règles de droit. Un tel recours, s'il était tout de même effectué, risquerait d'être assimilé à une violation du principe de la non-intervention dans les affaires intérieures des Etats.

12. Bien sûr, les droits énoncés dans la Déclaration universelle ont pour la plupart été repris, précisés et même élargis dans des instruments ayant force juridique obligatoire, tels, au niveau universel, les deux Pactes adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 1966. Pourtant, la Déclaration garde toute sa valeur originaire d'acte exprimant « l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations ». Elle témoigne de la conception que la famille des nations a, à notre époque, de la dignité et de la valeur de la personne humaine.

13. Ce n'est pas le propos du présent rapport d'approfondir les liens entre le droit et la morale sociale. L'on ne saurait cependant se borner strictement à relever les deux phénomènes qu'on vient d'envisager : d'une part, des règles juridiques, qui font notamment partie du statut d'organisations internationales, se réfèrent à des principes moraux dans le but d'en promouvoir l'observation dans le milieu social en raison même de la valeur qu'on leur attache dans ce milieu ; d'autre part, on assiste à l'intégration formelle dans le système du droit international, par voie de traités, de principes en soi moraux, comme cela s'est produit pour la plupart des principes énoncés dans la Déclaration universelle.

Un autre phénomène, dont l'importance est prééminente aux fins du présent rapport, peut se décrire ainsi : des principes qui relèvent de l'éthique sociale internationale s'inscrivent dans la conscience publique avec la force contraignante qui est le propre

des exigences essentielles de l'humanité et acquièrent à travers leur reconnaissance par l'ensemble ou la plus grande partie des Etats la valeur des normes de *jus cogens* international.

Parmi les confrères qui ont récemment souligné ce phénomène, on citera le Juge Lachs¹⁶ et M. Dupuy¹⁷. Si l'on remonte dans le passé, on peut mentionner que l'auteur même de ces pages a qualifié il y a longtemps ledit phénomène de « reconnaissance normative d'exigences de la conscience publique »¹⁸ et le groupe restreint des normes juridiques qui en résultent, de normes « invalidantes », c'est-à-dire de normes enlevant toute valeur à tout accord international contraire¹⁹.

Or, dans la mesure où des normes de *jus cogens* international prescrivent aux Etats d'assurer la reconnaissance et la jouissance des Droits de l'homme à toute personne relevant de leur juridiction, l'appartenance de ces normes à la catégorie de celles qui créent des liens juridiques entre tous les Etats membres de la communauté internationale — on peut même dire : avec la communauté dans son ensemble — a pour conséquence que chaque Etat est tenu envers chacun des autres Etats au respect desdits droits. Rappelons le passage bien connu de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd.*, où la Cour affirme l'existence d'obligations internationales *erga omnes*²⁰. Cette même notion se trouve développée dans le commentaire à l'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, adoptée provisoirement par la Commission du droit international dans sa session de 1980 et liée à l'œuvre éclairée du rapporteur spécial, notre confrère le Juge Ago²¹. On parle aussi de normes

¹⁶ *The Development and General Trends of International Law in Our Time*, dans *Recueil des Cours*, 1980-IV, p. 204.

¹⁷ *Communauté Internationale et Disparités du Développement*, dans *Recueil des Cours*, 1979-IV, p. 198 et suiv.

¹⁸ *L'individuo nel diritto internazionale*, 1950, p. 160.

¹⁹ *Lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 66.

²⁰ C.I.J. *Recueil* 1970, p. 32.

²¹ *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, dans *Recueil des Cours*, 1971-III, p. 324, en note.

internationales qui créent des « obligations solidaires » et dont la violation s'analyse en une atteinte à l'ordre public international²².

L'on dira à ce stade : par les considérations et références qui précèdent, les prémisses ont été vraisemblablement posées afin de permettre d'aboutir à la notion technique des Droits de l'homme *fondamentaux*. Ces termes sont souvent employés sans se soucier de leur donner un sens précis. Il semble que la notion technique couvre les Droits de l'homme dont l'importance est telle qu'ils découlent directement de la communauté internationale dans son ensemble s'exprimant par des règles de *jus cogens*.

Il convient de citer encore une fois M. Ago, qui en donnant des exemples de règles de *jus cogens*, se réfère entre autres aux règles de droit international sur la « protection des droits essentiels de la personne humaine en temps de paix et en temps de guerre »²³.

14. Des liens solidaires dans le domaine des Droits de l'homme peuvent être aussi établis par la conclusion d'accords internationaux, qu'il s'agisse d'accords sur base régionale ou d'accords ouverts à l'ensemble des Etats. On citera ici le préambule de la Convention européenne des Droits de l'homme, où il est dit que les Gouvernements signataires sont résolus « à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

Il est toutefois à préciser que la source conventionnelle n'est pas, de par sa nature, apte à donner elle-même naissance à des droits fondamentaux tels qu'entendus ci-dessus, à savoir à des droits qui remontent dans leur origine à des normes de *jus cogens* international. Des accords internationaux peuvent, en revanche, donner une aide précieuse en ce qui concerne ces droits, entre autres en les formulant convenablement dans les dispositions que ces accords contiennent. Ils peuvent notamment aider à découvrir des règles de *jus cogens* parmi celles qu'ils formulent, et ce par leurs clauses sur les dérogations admises : clauses qui, tout en reconnaissant aux Etats Parties le droit de dérogation à leurs obligations dans des

²² Voir G. SPERDUTI, *Les obligations solidaires en droit international*, dans *Mélanges Manfred Lachs*, 1984, p. 271 et suiv.

²³ *Op. loc. cit.*

conditions graves de calamité publique nationale, soustraient à leur applicabilité certains des droits sur lesquels l'accord porte²⁴. On se référera dans le projet annexé de résolution à l'article 4 du Pacte international de 1966 sur les droits civils et politiques. Autres clauses à rappeler : article 15 de la Convention européenne sur les Droits de l'homme ; article 27 de la Convention américaine des Droits de l'homme, désigné aussi comme Pacte de San José de Costa Rica.

Au sujet du rapport entre accords internationaux sur les Droits de l'homme et normes de *jus cogens* élevant de tels droits à des droits fondamentaux, il est utile d'avoir présent à l'esprit ce qu'a dit la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, à savoir que « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligatoires pour tous les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel »²⁵.

15. De même que des liens solidaires peuvent accompagner et caractériser dès leur naissance des obligations des Etats dans le domaine des Droits de l'homme, de tels liens peuvent également constituer un élément essentiel de certains droits de la personne humaine. On parlera des droits solidaires lorsque deux conditions sont satisfaites : l'appartenance simultanée d'un droit à tous et à chacun des membres d'une collectivité humaine ; le fait que le droit porte sur le même objet en ce sens qu'un seul bien, commun, se trouve protégé, de sorte que le respect ou la violation de ce droit atteignent à la fois tous et chacun des êtres humains qui forment la collectivité.

Un exemple marquant est donné par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou droit à l'autodétermination. Droit fondamental, il appartient à tous et à chacun des êtres humains formant un peuple qui ne jouit pas, en fait, d'un statut politique librement choisi. Le devoir correspondant au droit incombe à l'Etat qui exerce sa domination sur le peuple. En raison de la complexité des problèmes que soulève le sujet du droit d'autodétermination, on n'en

²⁴ Voir R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, dans *British Yearbook of International Law*, 1976-77, p. 231 et suiv.

²⁵ I.C.J. Recueil 1951, p. 23.

dira pas ici davantage sur ce sujet, sauf à rappeler que, selon l'article 19 § 3 b) de la première partie, précédemment citée, du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, la violation dudit droit peut constituer un crime international ²⁶.

16. Le *Rapport annuel du Secrétaire général sur l'activité de l'O.N.U.*, paru en septembre 1984, contient des pages éloquentes, mais aussi frappantes en matière de Droits de l'homme. Après avoir rappelé les instruments adoptés dans cette matière par l'organisation depuis sa naissance et constituant « l'étalon qui permet de mesurer le respect ou le mépris des Droits de l'homme », le Secrétaire général continue en écrivant entre autres :

« Je consacre une grande partie de mon temps — parfois avec des résultats encourageants — aux Droits de l'homme et aux problèmes humanitaires, que je juge exceptionnellement importants. En dépit de l'existence de normes définitives élaborées dans le cadre des Nations Unies, les perceptions diffèrent considérablement. Celui qui est un combattant de la liberté pour les uns est un terroriste pour les autres ; celui qui est un champion des Droits de l'homme pour les uns est un élément de subversion pour les autres ; celui qui est un plaignant pour les uns est un criminel pour les autres. Le fait est que beaucoup de gens sont dépossédés de leurs biens, beaucoup sont emprisonnés, beaucoup sont torturés et beaucoup meurent de faim. C'est là le monde auquel nous avons affaire.

Dans le domaine des Droits de l'homme, les violations flagrantes, telles que le système de l'*apartheid*, sont, à l'évidence, la première priorité de l'organisation. En outre, j'ai le souci d'aider les individus dont les droits fondamentaux ont pu être violés. Je cherche, en particulier, à faciliter la libération de ceux qui ont pu être emprisonnés ou condamnés pour des raisons politiques. Pour juger de ces

²⁶ Sur ledit sujet, voir parmi les ouvrages récents de juristes italiens : G. ARANGIO-RUIZ, *L'autodétermination dans l'Acte final d'Helsinki - Droits des personnes et droits des peuples*, 1983 ; F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo*, 1983 ; *passim* ; A. CASSESE, *Il diritto internazionale del mondo contemporaneo*, 1984, p. 154 et suiv. ; G. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, 1984.

efforts, le critère est de savoir s'ils contribuent à promouvoir la cause des Droits de l'homme et non s'ils servent les intérêts politiques des uns ou des autres.

Dans ce domaine important, la responsabilité incombe avant tout, bien entendu, aux gouvernements, car ils ont pris les uns envers les autres et vis-à-vis de leurs peuples le ferme engagement de respecter les normes internationalement reconnues proclamées par l'Organisation. Nous devons pour notre part essayer de créer les conditions qui encourageraient tous les gouvernements à assurer le respect de Droits de l'homme en conformité avec ces normes. En même temps, nous devrions examiner les pratiques actuelles de l'O.N.U. et chercher les moyens de les rendre plus efficaces pour faire face aux violations flagrantes des Droits de l'homme, où qu'elles se produisent »²⁷.

Et il termine ainsi son analyse :

« Je tiens enfin à mentionner l'accroissement constant sous des formes variées du nombre d'actes de violence à caractère politique : détournements, enlèvements, automobiles piégées, assassinats. Notre société en vient à ressembler, dans certains secteurs du moins, à un camp fortifié. Une lourde menace pèse sur l'ordre, la civilité et même la vie publique dans bien des régions du monde et comme à l'accoutumée, le nombre des victimes innocentes est consternant. Déplorer, condamner ou essayer d'endiguer ces actes de violence ne suffit pas. Il faut aussi chercher comment s'attaquer aux causes profondes de ces phénomènes »²⁸.

Le tableau brossé par le Secrétaire général est de nature à susciter d'amples commentaires. Ainsi, faudrait-il réfléchir sur l'importance que l'on doit attacher à l'éducation des jeunes gens. Le Congrès international sur l'enseignement des Droits de l'homme, convoqué en septembre 1978 à Vienne par l'U.N.E.S.C.O., inséra le point 4 suivant dans la première partie du document final :

« Si l'éducation doit rendre l'individu conscient de ses droits,

²⁷ *Rapport cit.*, pp. 14-15.

²⁸ *Rapport cit.*, p. 16.

elle doit en même temps lui enseigner le respect des droits d'autrui »²⁹.

Il faudrait également réfléchir sur un développement assez récent de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'homme, dont il se dégage qu'il incombe aux Etats Parties à la Convention européenne de veiller par des mesures appropriées à ce que des violations des Droits de l'homme ne soient pas entraînées par les agissements d'individus, groupes et organisations.

Dans le présent contexte, on ne saurait, certes, passer sous silence que nombre d'événements et de situations dans le monde sont d'autant plus déplorables qu'elles se produisent dans l'ère de revendication de la dignité de la personne humaine. Cependant, il importe de remarquer ceci : l'engagement pris par les Etats et par la communauté internationale le jour de la proclamation de la Déclaration universelle des Droits de l'homme n'a pas été vain, et il ne fait pas de doute que le grain semé ne cessera pas, malgré tout, de fructifier.

On ajoutera : les déshérités, qu'ils soient des individus ou qu'ils soient des peuples, doivent pouvoir être assurés que leur sort changera. Et il est certain que, s'il appartient à tous et à chacun de remplir un devoir social, c'est-à-dire de se conformer à l'article 29 § 1 de la Déclaration universelle, ce devoir doit pouvoir s'accomplir dans des conditions d'élévation morale. Il revient aussi bien à l'Etat qu'à la communauté internationale de faire face aux responsabilités qui leur incombent³⁰.

Tout récemment, dans un discours prononcé le 13 mai 1985 à La Haye devant la Cour internationale de Justice, Sa Sainteté le Pape Jean-Paul II s'est exprimé dans ces termes sur les besoins de l'humanité aujourd'hui : « ...ce qui est absolument nécessaire, c'est

²⁹ Texte du document final dans la publication de l'U.N.E.S.C.O., *L'enseignement des droits de l'homme*, 1980, p. 29 et suiv.

³⁰ L'auteur de ces pages prend la liberté de renvoyer à son discours d'ouverture du Colloque international qui a eu lieu à Rome les 29-31 octobre 1984 sur « La conception du droit et de l'Etat dans l'ère de revendications de la dignité de la personne humaine » (Les Actes sont en cours de publication).

la recherche du bien commun sur la base de la justice, conformément aux normes d'un véritable système juridique mondial »³¹.

17. A ce stade, compte tenu du différent degré d'importance des Droits de l'homme que reconnaît et vise à protéger le droit international et compte tenu plus en général du différent degré de gravité que les violations des Droits de l'homme peuvent atteindre selon les cas, la question se pose de savoir quelle incidence est à reconnaître à un tel état de choses, envisagé par rapport au principe de la non-intervention dans les affaires intérieures des Etats.

Cette question a déjà retenu l'attention lors de l'exposé préliminaire. Elle a été plus spécialement examinée à cette occasion par rapport à une tendance qui peut ainsi être décrite : pour ne pas empiéter sur les affaires intérieures d'un Etat, des mesures en défense des Droits de l'homme ne devraient être prises par d'autres Etats que dans les seuls cas de violations graves de ces droits, voire même de violations « massives et flagrantes ». L'on sait que ces derniers termes reviennent souvent dans des résolutions des Nations Unies. On citera parmi les exemples des dernières années, la résolution 1983/36 du Conseil économique et social : *Question de la violation des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, où qu'elles se produisent dans le monde, en particulier dans les pays et territoires coloniaux et dépendants — Exécutions sommaires ou arbitraires*.

Le rapporteur se doit de rappeler : que les termes « violations systématiques et flagrantes des Droits de l'homme » furent utilisés pour la première fois par la Commission des Droits de l'homme des Nations Unies en 1967 dans sa résolution 8 (XXIII) ; et qu'en vertu de cette résolution et des résolutions 1235 (XLII) de 1967 et 1503 (XLVIII) de 1970 du Conseil économique et social, cette Commission et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sont habilitées à examiner toute situation qui révèle l'existence d'un « ensemble de violations flagrantes et systématiques, dont on a des preuves dignes de foi, des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de prendre des mesures en la matière », c'est-à-dire soit effectuer une

³¹ Communiqué de presse du Greffier de la Cour n° 85/9, Annexe 2, p. 5.

étude approfondie, soit entreprendre une enquête avec le consentement de l'Etat concerné³².

Ainsi faut-il réitérer la distinction faite dans l'exposé préliminaire (§ 25) entre les critères délimitant la compétence d'un organe international — ou délimitant l'applicabilité de telle ou telle autre procédure qui se déroule devant cet organe — et les critères qui servent à déterminer l'appartenance ou non d'une question au domaine international. On ne peut renverser l'ordre logique et faire dépendre l'appartenance d'une question audit domaine des caractères qu'elle doit présenter pour tomber dans la sphère de compétence conférée à une instance internationale. Le contraire donc est vrai : l'appartenance d'une question au domaine international est la prémisse nécessaire pour que l'instance internationale désignée puisse se prononcer quant au fond sur cette question.

On ajoutera, pour une plus grande clarté, une seule considération. Si un différend sur l'interprétation et l'application d'un traité est déféré à la Cour internationale de Justice, la Cour restera privée de compétence si l'Etat contre lequel la demande est introduite n'a pas reconnu et n'en reconnaît pas la juridiction. Toutefois, cela ne touchera en aucune façon le caractère international du différend.

La construction conceptuelle exposée ci-dessus trouve une confirmation dans la décision prise le 28 avril 1978 par le Conseil exécutif de l'U.N.E.S.C.O. au sujet de la sauvegarde des Droits de l'homme dans des domaines relevant de la compétence de l'organisation. Référence est ici faite notamment au point 10 de la décision, selon lequel, dans l'exercice de ses compétences, l'U.N.E.S.C.O. est appelée à examiner :

« (a) des cas relatifs à des violations des Droits de l'homme qui sont des cas individuels et spécifiques ;

(b) des questions relatives à des violations massives, systématiques ou flagrantes des Droits de l'homme qui sont la conséquence soit d'une politique contraire aux Droits de l'homme, pratiquée en

³² Voir l'étude de M. A. Cassese, rapporteur de la Sous-Commission, sur « les répercussions de l'aide et de l'assistance économiques étrangères sur le respect des droits de l'homme au Chili », Doc. E/CN./Sub. 2/412 (vol. I), 20 juillet 1978, p. 7.

droit ou en fait par un Etat, soit d'une accumulation de cas individuels qui constituent un ensemble concordant »³³.

Certes, eu égard à la réalité des relations entre les Etats, la distinction entre violations graves des Droits de l'homme et violations mineures et encore plus la distinction entre violations massives et systématiques et violations qui sont des cas individuels, ont, en fait, une très grande importance. Pour ce qui est des cas individuels, des initiatives en défense des Droits de l'homme à l'étranger sont, réserve faite de la protection diplomatique des nationaux, très rares, voire exceptionnelles (cas Sakharov). Et alors même que des procédures sont ouvertes aux Etats dans le cadre d'organisations internationales et qu'il s'agit de procédures qui ont été réglementées de manière à favoriser la dépolitisation des différends et à assurer l'examen objectif de l'affaire, l'on constate que le recours à de telles procédures n'a lieu, en principe, que par rapport à des situations extrêmement graves (par rapport, par exemple, à des situations amenant à alléguer des pratiques de torture)³⁴.

S'agissant toutefois des principes, le principe à retenir peut être résumé en disant que, dans la mesure où un Etat est tenu envers d'autres Etats à assurer la reconnaissance et la jouissance effectives des Droits de l'homme dans la sphère où s'exerce sa juridiction, cet Etat est par là-même responsable vis-à-vis de ces autres Etats de toute violation qui lui serait imputable dans la matière concernée.

18. D'autres points restent à examiner à l'égard des actions en défense des Droits de l'homme dans les relations internationales. Il conviendra aussi de noter un moyen dont un Etat peut, en revanche, se pourvoir en vue de défendre son propre domaine réservé.

D'abord, quelques remarques préliminaires.

a) L'on observera que lesdites actions et plus généralement des initiatives en faveur des Droits de l'homme par rapport à des situations se présentant dans des pays étrangers peuvent être prises soit

³³ Doc. 104 EX/3, Paris, 3 mars 1978, p. 3.

³⁴ On signalera que plus de 11 000 requêtes individuelles ont été présentées à la Commission européenne des droits de l'homme depuis son institution, tandis que la Commission n'a été saisie dans la même période que de dix-huit affaires intergouvernementales. Voir *Stock-Taking on the European Commission on Human Rights*, 1984, p. 6 et suiv.

individuellement, soit de concert entre plusieurs Etats. En parcourant, par exemple, les « conclusions » du Conseil européen, qui rassemble les Chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres des Communautés européennes et se réunit chaque année à différentes périodes, on trouve fréquemment exprimées les préoccupations communes de ces Etats à l'égard de telles situations³⁵.

b) Une autre remarque préliminaire est que la manifestation de « préoccupations » ne constitue pas, nécessairement, un véritable moyen de pression. Le ton modéré de la représentation, publique ou par voie diplomatique, peut être le commencement d'un dialogue aboutissant à des éclaircissements satisfaisants.

Au pôle opposé se situe le recours à des mesures répressives ou « sanctions » proprement dites³⁶. De telles mesures se justifient lorsque la violation de Droits de l'homme s'analyse comme une perpétration d'un crime international³⁷ : tel le crime consistant dans

³⁵ Un recueil des « conclusions » du Conseil Européen figure dans le volume *Il Consiglio europeo*, de la série *Dossier* de la Délégation italienne du Groupe P.E.E. (D.I.) du Parlement européen. Une édition mise à jour au mois de mars 1984 est parue à Luxembourg. Les citations peuvent être très nombreuses, il semble préférable de se borner à l'indication dudit volume.

On citera dans la doctrine : E. STEIN, *European Political Cooperation as a Component of the European Foreign Affairs System*, dans *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht*, 1983, p. 49 et suiv.

En ce qui concerne plus généralement la pratique des Communautés Européennes à l'égard de situations soulevant des problèmes quant au respect des droits de l'homme dans des pays tiers, voir B. CONFORTI, *Competenza comunitaria e competenza degli Stati membri in tema di sanzioni economiche contro Stati terzi*, dans *Mélanges Sperduti*, 1984, p. 785 et suiv. ; J. VERHOEVEN, *Sanctions internationales et Communautés Européennes*, dans *Cahiers de droit européen*, 1984, p. 259 et suiv.

³⁶ Il est superflu de souligner combien controversée est la notion de « sanction » en droit international. Il convient de citer parmi les œuvres remarquables sur le sujet le volume de Mme L. FORLATI PICCHIO, *La sanzione nel diritto internazionale*, 1974. Voir aussi F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, cit. p. 544 et suiv.

³⁷ Voir, aussi pour des amples références bibliographiques, le commentaire de la Commission du droit international à l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, *Annuaire de la Commission*, 1976, vol. II, 2^e partie, p. 89 et suiv., commentaire reflétant fondamentalement la doctrine de M. Ago.

Le présent auteur a exposé sa propre théorie des crimes internationaux dans le cours donné en 1956 à l'Académie de droit international de La Haye, *L'individu et le droit international*, cité, chap. III, § 2, p. 766 et suiv.

l'application de la politique d'*apartheid*³⁸. L'on sort dès lors, malgré toute connexité, du domaine pertinent de la présente étude, pour passer à la théorie des crimes internationaux.

c) Il ne semble pas nécessaire de revenir avec insistance sur la question, examinée assez largement dans l'exposé préliminaire (§§ 9-12), de la légitime défense des individus par un Etat dans des situations d'extrême danger pour la vie même de ces individus dans un autre Etat. Il est vrai que, dans les cas évoqués dans le paragraphe 10 dudit exposé, le Conseil de sécurité n'a pas été capable de parvenir à des conclusions. Il est, d'autre part, connu qu'à l'occasion de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran)*, la Cour internationale de Justice, tout en exprimant dans le paragraphe 94 de son arrêt du 24 avril 1980 le souci que lui inspire l'incursion en territoire iranien d'unités militaires des Etats-Unis les 24-25 avril 1980, se déclare, en l'absence d'un *counterclaim* de l'Iran, incompétente pour se prononcer sur les allégations iraniennes à cet égard³⁹. La doctrine reste partagée sur le sujet⁴⁰. L'ouvrage le plus récent en la matière, quoiqu'élaboré en s'appuyant à une documentation remarquable, ne semble pas fournir des éléments propres à priver de validité l'avis énoncé dans l'exposé préliminaire⁴¹.

Peut-être faudrait-il s'en tenir à un langage assez prudent en formulant la disposition du projet de résolution qui traite de la limitation des mesures en défense des Droits de l'homme dans les relations internationales et restreindre ces mesures à celles qui n'entraînent pas le recours à la force (article 5 lettre c). Le libellé de cette disposition pourrait, par exemple, commencer par les termes : « Sous réserve de situations dans lesquelles un Etat serait fondé à se réclamer de la légitime défense,... ».

³⁸ Voir G. TENEKIDES, *L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale*, dans *Recueil des Cours*, 1980-III, chap. VI, *Sanctions à l'encontre des Etats ayant institutionnalisé la discrimination raciale*, p. 437 et suiv.

³⁹ Voir G. GAJA, *Jus cogens beyond the Vienna Convention*, dans *Recueil des Cours*, 1981-III, p. 292.

⁴⁰ Voir Th. OPPERMAN, *Intervention*, dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982, p. 233 et suiv.

⁴¹ Voir N. RONZITTI, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention of Humanity*, 1955.

19. Les mesures auxquelles on a recours dans les relations internationales pour s'opposer à la violation des Droits de l'homme donnent lieu à certaines distinctions, dont la suivante retient notamment l'attention. Il s'agit parfois de mesures qui, spécifiquement prohibées en vue de la sauvegarde du domaine réservé, cessent de l'être dans une situation donnée, du fait de la violation des Droits de l'homme et, par là-même, d'un comportement étatique se situant en dehors de ce domaine. C'est notamment le cas des mesures de rétorsion, dans les différentes formes que celle-ci peut revêtir. Il s'agit d'autres fois de mesures relevant du droit commun de la responsabilité internationale en ce sens qu'elles sont applicables, en général, en réaction à des faits internationalement illicites. C'est notamment le cas des représailles. Les représailles non armées étant désormais les seules admises et ce comme conséquence des dispositions de l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies, il n'en reste pas moins que ces mesures peuvent infliger des dommages sérieux⁴². Plusieurs principes et règles de la résolution sur le « régime des représailles en temps de paix », que l'Institut a adoptée le 19 octobre 1934, session de Paris, sur rapport de notre ancien et éminent confrère N. Politis, gardent leur valeur à l'égard desdites mesures.

20. Ajoutons ceci : la résolution de Paris fournit des indications importantes par rapport, en général, aux mesures de contrainte dans le domaine qui nous occupe.

Que l'on considère, par exemple, la règle 2 de l'article 6, énonçant que dans l'exercice des représailles, un Etat doit limiter, dans toute la mesure du possible, ses effets de manière à respecter « les droits des particuliers ». La règle appartient dès son origine au droit humanitaire⁴³. De nos jours, lorsque sont adoptées des mesures de contrainte contre un Etat par suite de la violation de Droits de l'homme qui lui serait imputable, le respect des droits des personnes relevant de la juridiction de ce même Etat s'impose avec rigueur.

⁴² Vient de paraître sur le sujet un livre dont la lecture est fructueuse : A. DE GUTTRY, *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, 1985.

⁴³ Voir D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. III, partie première, 1915, p. 160.

L'on rappellera aussi que l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout en accueillant le principe « inadimplenti non est adimplendum » en ce qui concerne l'exécution des traités, précise dans son paragraphe 5, que les dispositions de traités « relatives à la protection de la personne humaine » ne s'en trouvent pas affectées.

21. Voici encore des éléments qui se dégagent de la résolution ci-dessus de l'Institut et dont l'importance est manifeste aux fins d'une application correcte des mesures de contrainte.

Dans l'exercice de leurs actions de contrainte les Etats sont, en principe, tenus de « mettre au préalable l'Etat auteur de l'acte illite en demeure de le faire cesser » (article 6, règle 1).

Ces actions sont à considérer comme « interdites quand le respect du droit peut être effectivement assuré par des procédures de règlement pacifique » (article 5).

Les Etats doivent « proportionner la contrainte employée à la gravité de l'acte dénoncé et à l'importance du dommage » (article 6, règle 2).

22. Le principe de proportionnalité est formulé dans le projet de résolution en des termes très généraux en vue d'une interprétation qui s'adapte le mieux aux cas concrets. L'on se borne à faire ressortir la nécessité de l'observation rigoureuse de la proportionnalité « entre les moyens à employer et le but légitime à atteindre » (article 6, lettre e).

Peut-être est-il utile de préciser que le principe de proportionnalité est susceptible de diverses applications en droit international et ce dans le domaine même des Droits de l'homme. En effet, dans ce domaine, il concerne d'abord l'interprétation de certaines normes sur la reconnaissance et la jouissance de ces droits. Il s'agit notamment des normes sur les libertés dites « fondamentales ». Ces normes se caractérisent en ce qu'elles laissent aux autorités internes une marge d'appréciation en ce qui concerne la portée qu'on donne dans l'Etat aux droits dont il s'agit, si bien que la portée concrète de certains droits résultent d'éléments internationaux et d'éléments de droit interne. D'ordinaire, les dispositions concernées des textes internationaux comprennent deux paragraphes, dont le premier énonce le droit et le deuxième vise à sa détermination concrète. Un

exemple a été déjà donné en citant l'article 19 du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques (*supra*, § 6), article qui, après avoir affirmé dans son paragraphe 2 le droit à la liberté d'expression, continue ainsi dans le paragraphe suivant :

« 3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;

b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

Or, un Etat Partie s'acquittera de l'obligation qui lui incombe d'assurer la jouissance dudit droit pour autant que les restrictions qu'il impose à la portée qu'on donne dans son ordre juridique interne à ce même droit soient justement proportionnées à tel ou à tel autre but légitime à atteindre selon le cas ⁴⁴.

23. L'allusion faite dans le paragraphe 18 à un moyen de défense par un Etat de son propre domaine réservé visait notamment le cas d'un Etat qui, mis en cause devant une instance internationale du chef d'un comportement qui lui est imputable, conteste *in limine litis* toute possibilité d'un examen au fond du litige même, en faisant valoir qu'il s'agit d'un comportement à l'égard duquel l'Etat n'est pas lié par le droit international, tout au moins envers l'Etat demandeur.

Il est manifeste que, si par sa décision sur la question préliminaire ainsi soulevée l'instance saisie se prononçait en faveur de l'Etat défendeur, cette décision entraînerait également le rejet de la requête introduite par la partie demanderesse. En d'autres termes, c'est un raisonnement extrêmement simple que de dire que, si la conclusion à laquelle arrive une instance internationale saisie d'une requête est que celle-ci a trait au domaine réservé à l'ordre juridique interne

⁴⁴ Voir M. DE SALVIA, *La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, dans *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, n° 3, p. 463 et suiv.

de l'Etat mis en cause, cette conclusion ne signifie ni plus ni moins que, pour cette instance, cette requête est sans fondement.

L'auteur de ces pages vient de tracer ici un rappel sommaire de la théorie des exceptions préliminaires de fond qu'il a exposée il y a quelques années ⁴⁵. La raison à la base de cette théorie a été de faire face aux difficultés logiques et aux inconvénients pratiques auxquels donnait lieu la conviction très ferme et largement partagée selon laquelle les exceptions préliminaires qui peuvent être soulevées dans le procès international sont strictement des exceptions formelles, dites aussi exceptions de procédure ou *prozesshindernde Einreden*, à savoir les exceptions d'irrecevabilité et d'incompétence. En adoptant le 14 avril 1978 son règlement révisé, la Cour internationale de Justice a privé cette conviction de toute apparence de justification. En effet, l'article 79 § 1 du règlement envisage désormais expressément « toute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité ou toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive » ⁴⁶.

24. S'exprimant dans le *Livre du Centenaire* avec son autorité de juriste illustre et l'attachement à la cause des Droits de l'homme qu'il avait témoigné au sein même de l'Institut, notre regretté confrère M. Charles De Visscher disait :

« Il faut considérer comme l'une des contributions majeures de l'Institut à l'affermissement aussi bien qu'au développement du droit international, les travaux qu'il a voués à la sauvegarde des Droits de l'homme » ⁴⁷.

⁴⁵ *La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international*, dans René Cassin, *Amicorum discipulorumque liber*, III, 1971, p. 121 et suiv. (référence bibliographique, p. 123, note 2).

⁴⁶ Voir sur le nouvel article 79 le commentaire de S. ROSENNE, *Procedure in the International Court*, 1983, p. 158 et suiv.

⁴⁷ *Livre du centenaire*, 1973, p. 131. Dans cette partie de son « Rapport spécial », *La contribution de l'Institut de droit international au développement du droit international*, M. De Visscher rappelle les différentes étapes de cette contribution. Il écrit entre autre :

« ...ce fut au lendemain du deuxième conflit mondial qu'en pleine lumière désormais devait se dégager la signification vraiment fondamentale des valeurs humaines dans l'ordre international. Plus que

Il n'est pas douteux que cette sauvegarde se verra consacrer des travaux, et même accrus, par l'Institut car les exigences qui restent à satisfaire dans ce domaine et qui appellent un développement ultérieur du droit international, sont profondément ressenties par l'humanité.

Il nous est donné de vivre à une époque certes mouvementée, mais qui est aussi l'ère de la revendication de la dignité de la personne humaine, et il en résulte un engagement nouveau, dans la recherche de la vérité dans le domaine du droit. Ainsi, faudra-t-il se demander dans quelle mesure la conception traditionnelle de la souveraineté, qui laisse en principe sous l'empire de la puissance publique les personnes placées sous la juridiction de l'Etat, ne devrait pas être considérée comme dépassée et donner lieu à des adaptations s'harmonisant avec « la naissance d'un nouvel humanisme pour lequel l'homme se définit avant tout par sa responsabilité envers ses frères et envers l'histoire »⁴⁸.

L'un des éléments frappants résultant de la présente étude est que les individus comme tels ne bénéficient que très rarement d'une action internationale de protection de leurs droits, si ce n'est dans le cadre d'instruments établissant des organismes internationaux de contrôle et pour autant que les Etats Parties aient accepté les clauses de ces instruments envisageant les recours individuels. Des considérations sensées, ainsi qu'on l'a déjà signalé dans l'exposé préliminaire (§ 26), furent faites à la dixième session de la Commission des Droits de l'homme des Nations Unies, lorsqu'on élaborait — suivant le dessein primitif — un Pacte international unique sur les Droits de l'homme. L'une de ces considérations était que :

« Si l'on reconnaît que les Droits de l'homme découlent de la dignité inhérente à la personne humaine et que, en conséquence, les

jamais fidèle à sa mission de 'répondre à la conscience juridique du monde civilisé' l'Institut, dans sa session de Lausanne de 1947, vote une résolution dont le titre est tout un programme : *Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international* ».

Comme on le sait, le Rapport servant de base aux débats qui aboutirent à l'adoption de la résolution avait été établi par M. De Visscher lui-même (voir *Annuaire de l'Institut*, Session de Lausanne, 1947, pp. 1-13, 152-190, 258-260).

⁴⁸ Voir la Constitution pastorale *Gaudium et spes* du Concile Vatican II, § 55.

Etats ont l'obligation d'en promouvoir le respect universel et effectif, il s'ensuit qu'en dernière analyse c'est la personne humaine que le pacte vise à protéger et l'on doit donc lui reconnaître le droit fondamental de protester lorsqu'il est porté atteinte à sa dignité ».

D'ailleurs, on ne peut manquer de trouver matière à réflexion dans le fait que l'on doive avoir recours à des mesures de contrainte en défense des Droits de l'homme dans les relations internationales, de même que dans le fait que la plupart du temps le recours à de telles mesures donne lieu à des querelles au sujet du principe de la non-intervention dans les affaires intérieures. On se trouve ainsi ramené à la réflexion qu'avait énoncée l'Institut dans le préambule de la résolution de la session de Paris de 1934 sur les représailles, qu'il rattachait « à l'imperfection de l'état actuel du Droit des Gens et de l'organisation internationale ».

Dans un monde qui change et dont les aspirations peuvent s'exprimer par les mots mêmes de l'Institut « *Justitia et Pace* », il devient de plus en plus nécessaire que l'on parvienne à des formes de garantie internationale du respect des Droits de l'homme, propres à assurer un contrôle objectif, efficace et équitable de ce respect. Les liens s'établissant entre les Etats Parties au système de garantie réduiraient, semble-t-il, de beaucoup l'importance, dans les relations entre ces Etats, du principe de la non-intervention dans les affaires intérieures ⁴⁹.

⁴⁹ Des signes positifs ne font pas défaut, tels : la décision des Ministres participant à la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme, 19-20 mars 1985, d'apporter leur appui et de collaborer activement au travail d'établissement de normes mené par les Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme en vue, notamment, d'assurer l'unité et l'universalité de normes internationales en matière de droits de l'homme, ainsi que d'en favoriser l'application effective (Préambule de la Déclaration sur les Droits de l'homme dans le monde) ; l'adoption de documents importants en matière de droits de l'homme par des érudits et juristes de certaines parties du monde (voir, par exemple, sur l'un de ces documents, Z. HAQUANI, *La Déclaration Islamique Universelle des Droits de l'Homme*, dans *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, volume par les soins de R.J. DUPUY sur le Colloque qui a eu lieu à La Haye du 17 au 19 novembre 1983, p. 163 et suiv.) ; une invitation en vue de promouvoir la création à un niveau sub-régional d'une Commission de droits de l'homme s'inspirant de la Commission européenne a été récemment adressée au Secrétariat de celle-ci par une organisation professionnelle de praticiens du droit (LAWASIA), dont le siège est à Sydney, lors d'une conférence qui s'est tenue à Suva (Fidji) du 12 au 14 avril 1985.

25. Suit le texte du

PROJET DE RÉSOLUTION

L'Institut de droit international,

Considérant que la protection des Droits de l'homme, comme garantie de son existence physique et morale et de ses libertés essentielles, a trouvé expression tant dans l'ordre constitutionnel de tous les Etats civilisés que dans les traités internationaux et dans les chartes et actes des organisations internationales et, spécialement, des Nations Unies ;

Considérant que la question se pose de savoir dans quelles conditions les atteintes à ces droits dans divers Etats peuvent être évoquées au niveau international et donner lieu à des actions appropriées en vue de défendre les personnes et les groupes concernés ;

Conscient des difficultés qui s'élèvent à cet égard à cause des divergences se manifestant entre les gouvernements et dans la doctrine elle-même quant à la portée du principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ;

Conscient aussi de la nécessité de renouveler les efforts en vue d'atteindre dans le sujet envisagé des résultats de nature à mieux satisfaire aux exigences de clarté et de précision,

Adopte la suivante résolution :

Article 1

Les droits fondamentaux de l'homme se conçoivent comme étant étroitement liés à la dignité inhérente à la personne humaine, si bien que leur reconnaissance est entraînée par la reconnaissance même de cette dignité.

Le préambule de la Charte des Nations Unies et celui de la Déclaration universelle des Droits de l'homme témoignent du caractère universel de cette reconnaissance.

On aboutit dès lors à la conclusion que le principe du respect des droits fondamentaux de l'homme trouve sa place parmi les principes généraux de l'ordre juridique international ayant, à tout effet, qualité de principes de *jus cogens* international.

Article 2

Ce respect incombe à chaque membre de la famille des Nations vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble. Il s'ensuit, selon les termes employés par la Cour internationale de Justice, que « tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 32).

Article 3

La notion, dans sa spécificité, des droits fondamentaux se dégage notamment des clauses d'exclusion des dérogations, que contiennent plusieurs instruments internationaux sur les Droits de l'homme. Le Pacte international sur les droits civils et politiques, approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, contient une telle clause dans son article 4 paragraphe 2. Celui-ci énonce que dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation, aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions d'un certain nombre d'autres articles, parmi lesquels les suivants : art. 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), 8 paragraphes 1 et 2 (défense de tenir des personnes en esclavage ou en servitude), 15 (non-rétroactivité de la loi pénale), 18 (droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion).

Il convient, toutefois, de réserver comme tâche ultérieure l'établissement d'un catalogue énonçant les droits fondamentaux ainsi que, d'ailleurs, celle de la détermination de la portée précise de certains de ces droits. Ce sont des tâches à accomplir en tenant dûment compte d'éléments évolutifs de la jurisprudence internationale et en fonction du développement des rapports internationaux.

Article 4

Par le principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, le droit international vise à sauvegarder dans son exercice la souveraineté de l'Etat par rapport aux affaires ressortissant au domaine réservé à sa compétence nationale, ce domaine étant celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international.

Dans ce domaine, l'Etat est placé par l'ordre juridique international à l'abri de formes d'ingérence d'autres Etats ainsi que de celles provenant d'organisations internationales. Cela implique que le recours à des mesures envers l'Etat entraînant exercice de contrainte, qu'il s'agisse de contrainte morale, politique ou économique, est interdit.

Article 5

Envisagé en relation avec les principes et règles de la responsabilité internationale, le principe de non-intervention dans les affaires intérieures ne saurait être valablement invoquée par un Etat pour se soustraire aux conséquences d'activités qui lui seraient imputables et constitueraient violation du droit international. Un Etat ne saurait, donc, faire valoir ce principe dans le cas où il manque à son devoir d'assurer, conformément au droit international, la jouissance des Droits de l'homme dans la sphère où s'exerce sa juridiction.

Certains points sont à retenir dans le présent contexte :

a) Tout Etat ayant titre pour exiger d'autres Etats l'observation de leurs devoirs en matière de Droits de l'homme a, par là-même, qualité pour adopter des mesures à l'égard de ces Etats aux fins de cette observation, qu'il s'agisse de réclamations par voie diplomatique ou de toute autre mesure légitime et adéquate à la situation.

b) Il découle du principe énoncé dans l'article 1 que lorsque des droits fondamentaux de la personne humaine sont méconnus dans un Etat, il revient à tout autre Etat membre de la communauté internationale d'exiger le respect de ces droits.

c) Sauf dans des cas de légitime défense, le recours aux mesures ci-dessus ne peut pas se concrétiser dans la menace ou dans l'emploi de la force. En effet, le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales est et demeure interdit dans les conditions résultant de l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies.

d) Les mesures de contrainte susceptibles d'être considérées comme légitimes en fonction du but poursuivi incluent, en particulier, des blâmes publics, des actions de rétorsion, des représailles non armées.

e) Le principe de la proportionnalité entre les moyens à employer et le but légitime à atteindre sera observé avec rigueur et on prendra aussi scrupuleusement soin que, en agissant en défense des Droits de l'homme, il ne soit pas porté atteinte aux droits fondamentaux des nationaux de l'Etat visé.

Article 6

Les violations graves des Droits de l'homme, notamment les violations massives et systématiques des droits fondamentaux de la personne humaine, constituent des atteintes au patrimoine commun de la famille des Nations et sont dès lors de nature à perturber l'ordre public international.

Le développement de méthodes et procédures par rapport à de telles violations répond à une nécessité historique. La Commission des Droits de l'homme des Nations Unies inscrit à l'ordre du jour de chacune de ses sessions un point sous le titre : « Etude des situations qui semblent révéler des violations flagrantes et systématiques des Droits de l'homme, conformément à la Résolution 8 (XXII) de la Commission des Droits de l'homme et à la Résolution 1503 (XLIII) du Conseil économique et social ».

Le renforcement desdites méthodes et procédures est hautement souhaitable.

Article 7

D'un point de vue plus général, il convient de noter ce qui suit.

Pour ce qui est des modes de protection internationale des Droits de l'homme, il faut tenir compte des traités et conventions, conclus sur des bases universelles ou régionales, qui ne se bornent pas à engager les Etats Parties au respect desdits droits, mais instituent des mécanismes de contrôle et de garantie de ce respect.

Pourvu qu'un tel mécanisme soit applicable dans une situation qui amène un Etat ou plusieurs Etats à attribuer une violation des Droits de l'homme à l'Etat qui est à l'origine de cette situation, le recours à des mesures de contrainte à l'égard de cet Etat doit être considéré comme non admis en principe, tout au moins si l'Etat mis en cause ne fait pas obstacle au déroulement régulier de la procédure.

Lorsqu'un manquement aux obligations découlant d'un traité ou

d'une convention du type ci-dessus est reproché à un Etat et que cet Etat fait valoir, devant l'instance internationale saisie de l'affaire, que ledit reproche porte sur des activités étatiques qui relèvent du domaine réservé à sa compétence nationale, cette contestation devrait, en principe, être tranchée avant examen au fond de l'affaire.

Article 8

Le fait que le principe de non-intervention dans les affaires intérieures cesse d'être applicable s'agissant d'activités étatiques qui entraînent violation des Droits de l'homme a, parmi ses répercussions, qu'il incombe aux Etats ayant qualité pour prendre part et cause en défense de ces droits, d'avoir dûment égard, en déterminant leur ligne d'action, aux principes de la Charte des Nations Unies sur le règlement pacifique des différends internationaux.

Article 9

Le domaine réservé à la compétence nationale des Etats peut devoir se définir, en fonction d'exigences qui se font jour dans le cadre d'organisations internationales, d'une manière qui se différencie, à certains égards, de la notion générale de ce domaine. Il en est ainsi, notamment, en ce qui concerne la notion qui se dégage du système de la Charte des Nations Unies.

L'Assemblée générale, dont la compétence pour promouvoir le respect des Droits de l'homme se fonde sur les articles 1 paragraphe 3, 13 paragraphe 1 (c), 55 (c) et 56 de la Charte, exerce cette compétence non seulement par l'adoption de résolutions générales, mais aussi en s'adressant, au besoin, à des Etats déterminés. A cette fin, elle applique régulièrement les dispositions de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, indépendamment du fait que l'Etat mis en cause par des allégations de violation de ces droits ait ou n'ait pas ratifié des traités internationaux en la matière. En effet, l'Assemblée générale se reconnaît la tâche de promouvoir le respect des Droits de l'homme tels que conçus et proclamés solennellement dans cette Déclaration.

S'agissant d'une pratique bien établie, une action qu'entreprend l'Assemblée générale par voie de recommandations afin d'obtenir le redressement d'une situation qui ne serait pas conforme auxdites

dispositions, ne saurait être qualifiée d'intervention, aux termes de l'article 2 paragraphe 7 de la Charte, « dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ».

Article 10

Le principe de non-intervention dans les affaires intérieures ne concerne, en soi, que la conduite à observer dans le déroulement des relations internationales. Il ne concerne donc pas la conduite des personnes privées.

En effet, la liberté de pensée, d'opinion et d'expression peut, en tant que droit de l'homme, s'exercer aussi à l'égard d'Etats étrangers, pourvu cependant qu'on ne porte pas atteinte à l'honneur desdits Etats par des attaques calomnieuses ou diffamatoires, qui doivent de ce fait être prohibées par la loi.

Rome, le 15 avril 1985.

Annexe I

*Questionnaire faisant partie (partie V) de l'exposé préliminaire **

1. Un problème aussi complexe et controversé que celui qui fait l'objet du présent exposé, et qui est parmi les plus importants de notre temps, est-il, à votre avis, mûr pour un plein engagement de clarification scientifique ?

2. L'exigence d'une réserve d'activités étatiques spécialement protégées dans les relations internationales, en d'autres termes l'exigence que les Etats se respectent les uns les autres dans la gestion des « affaires intérieures » respectives, précèdent l'instauration des formes modernes d'organisation politique internationale. Etes-vous d'accord toutefois que la notion d'« affaires intérieures » — ou affaires appartenant à la « domestic jurisdiction » ou « relevant de la compétence nationale » — est restée largement indéterminée dans le passé ? Est-il exact que l'on doit reconnaître une importance décisive pour la définition du concept à la pratique de l'O.N.U. dans ces trente-cinq ans sur l'article 2(7) de la Charte ?

3. Quel est votre avis sur les éléments qui concourent à la définition de la notion des « affaires intérieures » ? Est-il exact d'affirmer que par « affaires intérieures » d'un Etat, il faut entendre les affaires que l'Etat est libre de gérer à sa propre discrétion vu l'absence, en certaines matières, non seulement de liens provenant de règles de droit international, mais aussi de liens de moralité positive, à savoir de liens provenant de principes d'éthique sociale qui s'inscrivent à présent dans la conscience publique ? Est-il exact d'affirmer que la Déclaration Universelle des droits de l'homme et d'autres Déclarations successives, telle que la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, ont eu pour effet, avant de se transformer en règle de droit

* Il semble convenable de se borner à reproduire la partie V (*Questionnaire*) de l'*Exposé préliminaire*, communiqué par le rapporteur vers la fin du mois de juin 1981, compte tenu, d'une part, de l'étendue même de l'*Exposé* ainsi que l'orientation qu'adopta la Commission à Dijon quant à la poursuite des travaux (*supra*, p. 309 de l'*Avant-propos*) et, d'autre part, de la reprise ultérieure des plusieurs éléments dudit document (*Document de travail*, daté du 14 septembre 1982 ; *Rapport provisoire*).

positif, de soustraire à la sphère de liberté des Etats protégée par le droit international les activités étatiques contraires à ces déclarations ?

4. Est-il fondé de distinguer la notion de juridiction domestique, en tant que notion valable devant les tribunaux statuant sur les différends juridiques internationaux et une notion plus étendue, valable dans les rapports entre Etats et entre ceux-ci et l'organisation politique internationale ? Peut-on parler de notions qui s'harmonisent entre elles, donc avec exclusion d'un conflit entre l'une et l'autre nation ? Etes-vous de l'avis que le nouvel article 67 du Règlement de la Cour Internationale de justice oblige la Cour à considérer recevable une exception tirée de la notion de juridiction domestique même sans qu'une réserve, sur la base de cette notion, soit insérée dans la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour ?

5. En ce qui concerne le principe de non-intervention considéré à l'égard soit des rapports des Etats entre eux, soit de rapports avec l'organisation politique internationale, quelles sont les actions à considérer interdites en vertu de ce principe ? Convient-il de spécifier ultérieurement ou éventuellement de restreindre l'exposé fait à cet égard ?

6. Il faut retenir que des doutes ne se justifieraient pas sur le point suivant : les agissements d'un Etat portant à des attentats graves aux droits de l'homme ne sont pas couverts par le principe qui protège la juridiction domestique si bien que ces agissements légitiment des réactions de l'extérieur sous réserve de l'observance d'un degré raisonnable de proportionnalité et du principe de la bonne foi. Mais il est aussi hors de doute que l'on se place sur la voie de progrès si on conçoit la protection des droits de l'homme comme devant s'exercer à travers des structures et selon des règles préordonnées de commune entente pour la poursuite d'idéals communs. Est-il utile, à votre avis, de spécifier, en une forme plus concrète, des propositions et des suggestions ?

7. Y a-t-il d'autres points à affronter dans le rapport ? Convient-il, au contraire, d'éliminer ou restreindre l'exposé de certains points ? Y a-t-il des questions de méthode qui demandent à être reconsidérées ?

Annexe II

Document de travail établi par le rapporteur à l'intention des membres de la huitième Commission.

1. Dans l'accomplissement de ses tâches, tout Etat se doit d'assurer aux personnes relevant de sa juridiction la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales tels qu'ils se dégagent de la Déclaration Universelle proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 octobre 1948 et de tout autre instrument international pertinent, notamment des Pactes internationaux respectivement sur les droits économiques, sociaux et culturels et sur les droits civils et politiques, adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 1966.

2. Les droits de l'homme se rattachant à la notion même de dignité de la personne humaine, leur jouissance doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

3. Pour que la jouissance des droits de l'homme soit dûment assurée, les Etats doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées en tant que membres des Nations Unies, notamment l'obligation de régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger. L'emploi de la force en violation de ces obligations peut engager la responsabilité des Etats pour violation des droits de l'homme, notamment pour violation du droit à la vie et du droit à l'intégrité physique des personnes.

4. Au niveau international, la promotion et la protection des droits de l'homme relèvent essentiellement de la communauté internationale elle-même. L'organisation des Nations Unies devrait pouvoir disposer des moyens, structures et mécanismes appropriés pour pouvoir s'acquitter de sa tâche dans ces domaines. Des organisations régionales pour la sauvegarde des droits de l'homme devraient être établies dans les régions du monde où elles n'existent pas encore.

5. En principe, lorsque, de l'avis d'un Etat, un manquement aux dispositions des instruments internationaux régissant les droits de l'homme est impu-

table à un autre Etat, le premier Etat devrait saisir l'instance internationale compétente. Toutefois, à défaut de bases suffisantes de compétence internationale, ou si les procédures qui peuvent être entamées ne sont pas de nature à aboutir dans des délais raisonnables à des résultats utiles, toute action par un Etat ou par plusieurs Etats relativement à la situation existante dans un autre Etat et qu'ils estiment contraire à l'assurance des droits de l'homme, ne saurait s'exercer que dans le respect strict de la Charte des Nations Unies.

6. On soulignera que la pratique des Nations Unies, notamment de l'Assemblée générale, s'est développée dès les premiers temps et avec continuité suivant une orientation bien arrêtée : ont été considérées comme recevables et à ce titre comme susceptibles d'un examen au fond les allégations de violation des droits de l'homme, quand bien même ces allégations mettraient en cause un Etat qui n'était pas lié, en la matière, par les obligations de traités.

Cette donnée est à retenir pour saisir la portée juridique du principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat ou affaires, selon le langage de la Charte dans son article 2 § 7, « qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ». En effet, tandis que le principe de non-intervention vise à mettre un Etat à l'abri de toute forme de contrainte ou pression par rapport à ses activités dans la gestion desdites affaires, il en va différemment dans le cas d'activités d'un Etat portant préjudice à la jouissance des droits de l'homme dans la sphère de sa juridiction.

7. En réfléchissant sur cette pratique de l'Assemblée générale, on s'aperçoit d'un phénomène qui, tout en n'étant pas nouveau en son genre, se concrétise d'une manière caractéristique avec la création des Nations Unies. Le genre de phénomène en question est celui du renvoi par une règle de droit à des règles qui n'appartiennent pas, ou n'appartiennent pas encore, à la sphère juridique. La concrétisation historique dont il s'agit consiste en ce que le principe de non-intervention, qui auparavant n'avait pas vraiment pénétré depuis la sphère politique dans la sphère juridique faute d'un critère général d'identification des affaires dites internes, atteint maintenant, par voie de renvoi, un contenu qui rend possible et en fait réalise l'élévation de ce même principe au rang de principe juridique. En effet, la pratique de l'Assemblée générale fait ressortir que pour établir ce qui relève et ce qui ne relève pas de la compétence exclusive d'un Etat, il convient d'apprécier les activités de cet Etat à la lumière des principes de moralité internationale positivement reconnus : fondamentalement, à la lumière des principes inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. On dira de ces principes qu'ils ont été conçus par la famille des nations comme se rattachant à la dignité inhérente à la personne humaine. La reconnaissance de ces principes par voie de consentement général en atteste le haut degré de positivité.

8. Il appert ainsi qu'on ne saurait s'en tenir de nos jours, par rapport à la notion d'affaires intérieures, à la simple notion de liberté juridique d'un Etat, c'est-à-dire de liberté résultant pour un Etat de l'absence de liens établis par le droit international. C'est bien à cette sphère d'activités que s'est référée

la Cour permanente de Justice internationale, s'agissant de définir dans un avis consultatif bien connu — l'avis au sujet des décrets de nationalisation promulgués par le Gouvernement français en Tunisie et au Maroc — le domaine réservé à la compétence nationale de chaque Etat selon l'article 15 § 8 du Pacte de la Société des Nations. La même orientation a, par la suite, été adoptée par l'Institut de droit international dans sa session d'Aix-en-Provence de 1954, bien que la référence au droit international, qui se trouvait dans l'article 15 § 8, eût été éliminée de la rédaction de l'article 2 § 7 de la Charte.

Mais une précision s'impose.

Abstraction faite du libellé du Pacte de la Société des Nations, l'orientation suivie tant par la Cour que par l'Institut est, pourtant, bien celle que doit retenir la juridiction internationale en ce qui concerne l'exercice de sa fonction de dire le droit. En effet, une notion spécifique de domaine réservé, impliquant aussi une protection spécifique de ce domaine, est valable pour la juridiction internationale. On dira à cet égard : un tribunal international appelé à dire le droit doit se dessaisir de l'affaire portée devant lui, si, avant même que la procédure sur le fond ait débuté, le tribunal reconnaît que la requête vise, en réalité, la sphère de liberté juridique de l'Etat mis en cause.

9. En revenant au principe de non-intervention en tant que principe général de droit international, sa genèse, d'un point de vue rationnel, peut être décrite en appelant l'attention sur certains facteurs historiques.

Le premier facteur est le besoin depuis longtemps ressenti par les Etats, d'être convenablement assurés, au moyen d'une règle de droit, contre toute interférence indue de l'extérieur dans l'exercice de leur souveraineté.

A notre époque, on a aussi largement ressenti le besoin d'une plus grande solidarité entre les Etats. La famille des nations a notamment été amenée à envisager comme une cause commune la promotion et la sauvegarde des droits de l'homme. L'incidence de ce deuxième facteur a été déterminante dans le processus qui a abouti à élever le principe de non-intervention en véritable principe juridique.

10. Pour bien marquer un point auquel on a fait allusion il y a un instant, on dira que le principe de non-intervention se caractérise, entre autres, en ce qu'il couvre un domaine d'activités étatiques plus restreint que celui des activités non liées par des obligations juridiques. La sphère de liberté spécialement protégée est une sphère qu'on pourrait dire « qualifiée ». Bien sûr, pour autant qu'on ne peut imputer à un Etat la violation d'obligations qu'il a prises en devenant partie à des instruments juridiques internationaux, cet Etat demeure sous la protection du droit international en général. Cette protection est pourtant accrue si la conduite de l'Etat n'est pas non plus critiquable sous l'angle des principes de moralité positive internationale. En effet, tandis que toute mesure à l'encontre de cet Etat, qui ne serait même pas admise si on pouvait lui imputer la violation d'obligations juridiques, reste strictement interdite, il se produit en plus ceci : il devient maintenant également interdit de recourir à des moyens de pression normalement non interdits, c'est-à-dire

à des activités que d'autres normes de droit international ne prohibent pas : telles l'expression de jugements critiques, l'interruption de relations commerciales librement établies, le retrait de bénéfices également accordés en toute liberté.

C'est le but illicite poursuivi qui rabaisse à des comportements illicites, du chef d'intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, des comportements qu'on pourrait, en principe, librement adopter.

11. L'essentiel des notions envisagées se résume comme suit :

Le domaine réservé à la compétence nationale, ou domaine des affaires internes, est celui des activités étatiques par rapport auxquelles ou bien l'Etat n'est pas lié par le droit international et n'est pas lié non plus par des principes reconnus de moralité internationale*, ou bien l'Etat, tout en étant lié par de telles règles ou de tels principes, n'encourt pas le reproche d'y porter atteinte.

Tout Etat doit être respecté par rapport à son domaine réservé. Cela entraîne l'obligation de tout autre Etat de ne pas intervenir dans ce domaine. Aux fins de cette obligation, le terme « intervention » s'entend de toute forme de pression exercée de l'extérieur, quand bien même il s'agirait d'activités qui, prises en elles-mêmes, ne se heurteraient pas à des prohibitions du droit international.

Ces mêmes activités demeurent légitimes dans la mesure où un Etat y recourt en vue d'atteindre, de bonne foi et dans les conditions susvisées, la sauvegarde des droits de l'homme.

12. Tout recours à la menace ou à l'emploi de la force, qu'on désigne dans la pratique par le terme « intervention », et qui serait contraire aux principes précités ou serait de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies, est et demeure interdit.

Rome, le 14 septembre 1982.

* Le rapporteur a ensuite donné sa préférence à la désignation de ces principes par les termes : principes s'imposant par leur force morale et reconnaissance effective aux Nations Unies.

Annexe III

Observations des membres de la huitième Commission.

1. Observations de Mlle Krystyna Marek.

Laupen, Suisse,
le 25 novembre 1982.

Monsieur le Professeur et cher Confrère,

Je tiens en premier lieu à vous remercier de votre aimable lettre du 14 septembre ainsi que du document joint que j'ai lu avec grand intérêt.

Conformément à vos désirs, je me permets de vous faire parvenir aujourd'hui mes observations sur le sujet dont j'envoie copie au Secrétaire général de l'Institut.

Je partage entièrement votre opinion concernant le libellé actuel de la question.

.....

1. Une discussion utile du sujet me semble impossible sans une définition préalable des notions en question, définition qui seule peut permettre d'en déterminer les contours de façon à tenir compte de tout ce qui se rapporte au sujet examiné et d'écarter tout ce qui ne s'y rapporte pas. Plus particulièrement, selon le libellé de la question, il ne s'agit pas d'un examen des droits de l'homme et de leur protection en général, mais uniquement de l'intervention — ou non-intervention — en rapport avec ces droits.

a) La notion d'intervention demande à être à la fois délimitée à l'égard des autres notions avec lesquelles on a souvent tendance à la confondre — agression, recours à la force, conflit armé, etc. — et définie avec suffisamment de rigueur pour ne pas devenir un terme caoutchouc, englobant "anything from a speech of Lord Palmerston in the House of Commons to the partition of Poland". — Winfield, BY 1922/23, p. 130 —. Mes préférences vont aux définitions classiques, fermes et claires, du type de celles de Rougier — RG DIP 1910 — ou de Oppenheim-Lauterpacht. Il s'agirait donc d'un acte coercitif unilatéral, visant les affaires intérieures d'un Etat, généralement considéré comme illicite, avec cependant des exceptions admises.

b) La notion des « droits de l'homme » peut se concevoir soit par rapport aux textes du droit international positif existants, soit comme une notion autonome, indépendante des textes, notion qui, dans le passé, a servi de fondement à l'intervention humanitaire sans base conventionnelle. La distinction revêt une importance certaine tant pour la question des Etats visés — les textes ne liant que les parties contractantes, la notion autonome s'appliquant à tous —, que pour celle du domaine réservé — le débat sur ce point devenant sans objet dans le cas des obligations conventionnelles —. Il semble donc nécessaire de clarifier ce point. — Dans les deux cas se pose la question de la hiérarchie des droits de l'homme, hiérarchie reconnue expressément par les textes existants — article 15 de la Convention européenne, article 4 du Pacte de l'O.N.U. sur les droits civils et politiques —. Un examen de l'intervention en la matière pourrait déboucher sur des conclusions différentes selon le rang hiérarchique des droits en question.

2. Il paraît également nécessaire de spécifier si l'examen porte uniquement sur l'intervention d'un Etat ou d'un groupe d'Etats ou bien s'il englobe aussi l'intervention d'une organisation internationale. En tout cas, les deux devraient être clairement distingués.

3. Une discussion des mécanismes et des procédures en matière de la protection des droits de l'homme semble en dehors du sujet. Le recours à de tels mécanismes et procédures exclut par définition toute notion d'intervention.

4. Rien ne s'oppose à ce que l'examen débouche sur des propositions *de lege ferenda*. De telles propositions devraient cependant être formulées tout à la fin, à partir de la situation telle qu'elle existe *de lege lata*.

Krystyna Marek

P.S. — Je partage entièrement votre opinion concernant le libellé actuel de la question.

2. Observations de M. Paul De Visscher.

Bruxelles, le 4 décembre 1982.

Mon cher Confrère,

Votre communication du 14 septembre 1982 a retenu mon attention par la richesse des points de vue qu'elle comporte et par l'originalité des conceptions qui l'ont inspirée.

Dans les observations qui suivent, je me propose d'examiner de quelle manière concrète les travaux de la huitième Commission pourraient être poursuivis en vue d'une heureuse conclusion.

Au point de vue méthodologique et compte tenu des positions doctrinales très variées qui règnent au sein de l'Institut quant au fondement du caractère obligatoire de droit international et quant à la nature de ses sources, je crains que nous n'aboutirons pas si le débat doit être engagé sur le terrain mouvant des « principes de moralité internationale ». Si, par de tels principes, vous entendez les principes généraux de droit visés à l'article 38 c du Statut de la C.I.J. ou, encore, certains principes généraux du droit international, il vaudrait mieux, me semble-t-il, rester sur ce terrain connu plutôt que d'utiliser une terminologie dont la consonnance jusnaturaliste, même sécularisée, risque d'inquiéter bon nombre de confrères.

La tâche de notre Commission consiste à rechercher, sur base d'une interprétation évolutive du droit international général et de la Charte des Nations Unies, comment il y a lieu de concevoir le point d'équilibre entre le respect effectif des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats. Cette tâche implique d'abord que soient clairement dégagés les deux concepts d'intervention et de droits de l'homme.

Quant à la notion d'intervention et quant à la distinction entre interventions illicites et interventions ou contre-mesures licites, la huitième Commission me semblerait bien inspirée si elle prenait appui sur la Résolution que l'Institut a consacrée, en 1934, au « régime des représailles en temps de paix », à la suite du rapport de Monsieur Politis ; dans une large mesure, cette résolution conserve en effet tout son intérêt. Les travaux et les conclusions de la Commission du Droit international sur le thème de la responsabilité des Etats et, plus particulièrement, les parties consacrées aux « contre-mesures » et aux « circonstances excluant l'illicéité » devront également retenir toute l'attention de notre Commission. On y joindra, outre les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, l'ensemble des résolutions consacrées au thème de la non-intervention et, notamment la Résolution 2625 du 24 octobre 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, ainsi que la définition de l'agression contenue dans la Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974.

A l'étude des textes, il faudra ajouter celle de la pratique internationale de manière à apprécier :

- dans quelle mesure et par quels procédés (abstention, silences complices, blâmes, représentations diplomatiques, mesures de rétorsion, représailles non armées, etc.), les Etats réagissent face aux violations des droits de l'homme par un autre Etat ;
- comment réagissent les Etats qui font l'objet de telles critiques ou de telles mesures ;
- quel est le comportement des institutions internationales en la matière ;
- quel est l'état de la jurisprudence internationale (Affaire de Corfou, Affaire du personnel diplomatique et consulaire américain à Téhéran...).

Je pense que l'examen des données qui précèdent sera de nature à dissiper

certains abus de langage, quant à l'utilisation du mot « sanction » par exemple, et permettra d'établir une distinction, au moins provisoire, entre interventions illicites et contre-mesures et réactions licites.

Quant à la notion de Droits de l'Homme, notre Commission ne doit l'envisager que dans ses rapports avec la notion d'intervention. Quels sont les Droits de l'homme dont la violation justifie une contre-mesure ou une forme licite d'intervention ? D'une manière générale et sauf texte conventionnel plus précis, on parlera des *droits fondamentaux* de l'homme dont la violation *massive, systématique* et *grossière* sera de nature à justifier des réactions de désapprobation ou des contre-mesures, dans le respect du principe de la proportionnalité. Je pense que la huitième Commission rencontrera le problème de la définition de ce « noyau dur » des Droits de l'homme et pourra difficilement s'abstenir d'en énoncer le concept. Je ne crois pas qu'il serait sage de tenter d'en énoncer le contenu matériel. On peut appliquer au concept des droits fondamentaux de l'homme la résolution que l'Institut a consacrée au concept de compétence exclusive en relevant que les limites de celle-ci sont « essentiellement relatives ; elles dépendent du développement des rapports internationaux » (Session d'Oslo, 1932. Ann. vol. 37, pp. 565-566).

Dans la mesure où les résolutions en projet se placeront sur le terrain du droit international général, aucune distinction ne devra être faite entre les droits individuels (civils et politiques) et les droits collectifs (économiques et sociaux). S'agissant de violations graves de droits fondamentaux, il n'est pas besoin d'établir une hiérarchie entre les deux types de droits.

Après analyse des concepts de base qui constituent ses thèmes de référence, la huitième Commission se devra d'énoncer avec plus de précision le régime juridique des interventions licites que je préférerais, pour ma part, qualifier de « contre-mesures ». Ce sera la partie la plus délicate de sa mission et, sur ce point, je me bornerai à vous suggérer quelques pistes de réflexion qui, jointes aux observations des autres membres de la huitième Commission, pourraient peut-être vous inciter à rédiger un questionnaire propre à alimenter les débats de la Commission lors de notre prochaine session.

1. Les résolutions en projet devront être prudentes, de manière à bénéficier d'un large consensus, mais elles se doivent d'être fermes pour être crédibles. A cet égard, j'insiste pour que rien, ni dans la forme ni dans le fond, ne vienne contredire ou mettre en doute les principes énoncés dans la Résolution de Lausanne adoptée à l'unanimité et une seule abstention au lendemain de la seconde guerre mondiale sur rapport de Charles De Visscher (Ann. 1947, pp. 258 et suiv. Résolution du 9 août 1947 intitulée : Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international). Cette résolution devrait être rappelée dans le préambule. Une place devra cependant être faite aux droits collectifs et à ses aspects récents : droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de leurs ressources naturelles, droits économiques et sociaux...

2. Dans la mesure où certains Droits de l'homme sont consacrés par des textes de nature conventionnelle, précis et non équivoques, l'Institut se doit

de rappeler que toute violation de tels droits justifie le recours, par tout Etat co-contractant, à toutes les procédures prévues par le traité lui-même ou par le droit des traités, aujourd'hui codifié par la Convention de Vienne en son article 60. On exclura toutefois le recours à des mesures de représailles susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux, individuels ou collectifs, des personnes humaines relevant de la juridiction de l'Etat mis en cause.

3. En l'absence de traité, je souhaite que notre Commission puisse déterminer l'Institut à affirmer que les violations massives et grossières des droits fondamentaux de l'homme justifient de la part de *tout Etat* le recours aux procédures ordinaires de règlement des différends internationaux et, au cas où l'autre Etat refuse de s'y prêter, le recours aux mesures de rétorsion et de représailles non armées ne comportant, par elles-mêmes, aucune violation des droits fondamentaux, individuels ou collectifs, des personnes humaines placées sous la juridiction de l'Etat mis en cause. Dans ce cas, en effet, il faut admettre qu'il y a violation d'une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, au sens où cette expression a été utilisée par la Cour Internationale de Justice et consacrée conventionnellement par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

4. J'estime personnellement qu'il y a lieu d'exclure du domaine des interventions licites tout recours à la force armée et, notamment, l'intervention dite d'humanité que la Cour Internationale de Justice a déjà condamnée incidemment dans l'affaire de Corfou (Rec. 1949, p. 35) et qu'elle a prudemment évoquée dans l'affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Rec. 1980, n° 93, p. 43). L'intervention d'humanité ne répond pas aux critères de la légitime défense, tels qu'ils sont énoncés dans l'article 51 de la Charte des Nations Unies et telle qu'elle est visée par la définition de l'agression du 14 décembre 1974 qui écarte, quant à l'intervention armée, toute cause de justification.

On observera cependant que tout acte illicite peut bénéficier de circonstances atténuantes. La réparation symbolique ou satisfaction que la Cour a accordée à l'Albanie dans l'affaire de Corfou, suite à l'opération « Retail », de même que la compréhension dont la Cour a fait preuve à l'égard de l'opération aéroportée américaine en Iran sont significatives à cet égard.

5. A mon sens, l'Institut devrait condamner le recours aux mesures de représailles non armées lorsque l'affaire qui pourrait normalement les justifier est *sub judice* et, *a fortiori*, lorsque le juge a ordonné des mesures provisoires. Il me paraît douteux que cette solution s'impose si la partie contre laquelle les mesures de représailles sont entreprises a déjà refusé de se conformer aux dites mesures provisoires.

6. On peut s'interroger sur l'opportunité de citer, à titre d'exemples, certaines formes de réactions qui ne relèvent manifestement pas de la catégorie des contre-mesures : motions de regrets ou de blâme par un Parlement, requête

en vue d'obtenir la grâce d'opposants politiques condamnés, offre d'aide alimentaire aux victimes, etc...

7. Une importance particulière devra être donnée au problème de l'action préventive, de contrôle et d'intervention des organisations internationales, gouvernementales et non-gouvernementales, vouées à la protection des droits de l'homme. Une interprétation téléologique et dynamique des instruments statutaires et réglementaires d'institutions telles que le C.I.C.R., l'O.N.U., l'O.I.T., l'O.M.S., la F.A.O... doit être recommandée.

Il est clair que la protection des Droits de l'homme par les procédés de rétorsion et de représailles n'est qu'un pis-aller dont la mise en œuvre risque d'engendrer la spirale des contre-mesures et ainsi de menacer la paix et la sécurité internationales. Ce n'est que par une institutionnalisation sans cesse plus poussée des mesures de contrôle des faits, de critique des rapports fournis par les Etats et de sanctions collectives que les procédés de justice privée, dont relèvent les interventions d'Etats, pourront progressivement être résorbés. Des progrès sensibles dans ce sens ont déjà été réalisés au niveau de la Commission des Droits de l'homme de l'O.N.U. ainsi qu'au sein de l'O.I.T. L'Institut pourrait utilement souligner l'importance de ces réalisations.

J'ai conscience, mon cher Confrère, d'avoir soulevé beaucoup de problèmes et de n'en avoir résolu aucun. Je veux cependant espérer que mes observations, si fragmentaires qu'elles soient, pourront vous aider à préparer une fructueuse réunion de notre Commission au cours de la session de Cambridge où je me réjouis déjà de vous revoir.

Votre bien dévoué,

P. De Visscher

3. Observations de M. Georges Ténékidès.

Athènes, le 31 décembre 1982.

Mon cher Confrère,

C'est avec un vif intérêt que je me suis penché sur votre projet de rapport concernant « la sauvegarde des Droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ».

Par leur variété et par les problèmes qu'elles suscitent, les matières auxquelles vous vous référez sont d'une grande richesse. Toutefois, en raison de leur complexité, de l'incertitude, voire des flottements qu'accuse en cette matière la doctrine, elles demanderont, j'en suis persuadé, un long effort de réflexion, suivi d'un débat qui s'annonce fort nourri au sein de la huitième Commission, si tant est que notre objectif final, au point de vue de la procédure à suivre, est d'aboutir à des solutions susceptibles d'obtenir un large consensus au sein de l'Institut.

Cela étant, je me propose, sans prétendre être exhaustif, de me référer à un certain nombre de points qui ressortent de votre projet de rapport et qui ont particulièrement retenu mon attention.

Quitte à m'exposer à des critiques, je dirai qu'une analyse, au départ parallèle, des deux concepts figurant dans le titre (principe de non-intervention et devoir de sauvegarde) ne me semble pas inopportune. N'ayant point pris part à la décision concernant le libellé du sujet, vous comprendrez aisément que ma préoccupation majeure se résume au départ en une quête de clarté et de lucidité.

Je suppose d'entrée de jeu que le problème central qui s'offre à nos réflexions se résume ainsi : dans quelle mesure la faculté ou le devoir conventionnel d'un Etat de saisir un organe international afin de l'inviter à statuer sur la réalité des violations commises par un Etat tiers des droits de l'homme, se heurte-t-il au principe de non-intervention dans les affaires intérieures de cet Etat ? Dans quelle mesure, le fait pour un Etat de prendre des contre-mesures (actes de représailles, embargo, blocus économique, etc.) contre un Etat qui est censé violer de façon continue, massive et brutale les droits de l'homme, sur le territoire où il exerce sa juridiction, se heurte-t-il au principe de non-intervention dans les affaires intérieures de cet Etat ? Autrement dit : une telle intervention, dans le but indiqué, est-elle nécessairement illicite ou bien y a-t-il des cas où, juridiquement parlant, sa licéité est incontestable ?

J'entends bien, qu'en ce qui concerne la notion de droits de l'homme, notre huitième Commission est tenue à ne l'envisager que dans ses rapports et en étroite connexion avec le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats.

Mais avant d'aboutir à cette synthèse, ne serait-il pas opportun, en vue de clarifier des notions remises constamment en question, de commencer par un travail d'analyse ? Je le pense et, dans ce but, j'essaierai de déterminer et de clarifier successivement :

c) le lien dialectique qui existe entre non-intervention et protection interne de l'Etat ;

b) les différentes catégories de droits de l'homme (assorties ou non de sanctions) telles qu'elles sont déterminées par le droit international conventionnel ou quasi réglementaire (celui qui se concrétise, par exemple, dans des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies) ;

c) le lien dialectique qui existe entre non-intervention et protection internationale des droits de l'homme : dans quelle mesure l'existence du premier de ces concepts rend-elle illicite l'action unilatérale de l'Etat qui prétend jouer le rôle de « justicier » dans le domaine des droits de l'homme.

A. Contenu du principe de non-intervention.

En droit international, le terme « intervenir » est employé « pour désigner l'action impérative d'un ou de plusieurs Etats qui, par pression diplomatique, usage de force ou menace d'en user, imposent ou cherchent à imposer leurs

vues à un autre Etat dans une affaire relevant de la compétence [exclusive] de celui-ci » (*Dictionnaire de la terminologie du droit international*, publié sous le patronage de l'Union académique internationale, Paris, Sirey, 1960, p. 347). Plus éclairante me semble être la définition proposée par Karl Strupp, une définition fort ancienne au demeurant, mais qui, à mon sens, ne garde pas moins sa valeur : « L'intervention est le fait d'un Etat qui accomplit un acte d'ingérence dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat, pour exiger l'exécution ou la non-exécution de telle ou telle chose, sans pouvoir invoquer un titre juridique basé soit sur la coutume internationale, soit sur un traité spécial liant les parties en cause et dont deux ou plusieurs Etats sont signataires » (*Eléments du Droit International Public universel européen et américain*, Paris, Rousseau et Co, 1927, pp. 72 etc.). Le membre de phrase concernant le « titre juridique » qui pourrait être invoqué par l'Etat intervenant est à retenir. C'est sur ce titre ou sur l'absence de titre que se fonde en dernière analyse le critère de la licéité ou de l'illicéité de l'intervention. Sous cette réserve cependant que le « titre juridique » n'est pas nécessairement valable du fait seul qu'il existe. Encore faut-il qu'il ne contrevienne pas aux normes de droit international de caractère impératif, telles, par exemple, les règles de base contenues dans la Charte des Nations Unies. Ainsi, un traité spécial conclu entre deux Etats qui autorise l'intervention armée dans le territoire de l'autre n'est pas valable car manifestement contraire à la règle fondamentale de l'interdiction de l'usage de la force armée dans les rapports internationaux. (référence à l'article 53 du Traité de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités).

B. Les normes de droit international portant création des droits de l'homme classées sur la base de leur importance et de leur vigueur juridique.

Il existe en effet entre les droits et libertés reconnus par les différents instruments internationaux une gradation selon leur force de s'imposer au droit interne et de lier les pouvoirs normatif et exécutif des Etats. En effet, la pratique en notre matière fait le départ entre les *droits fondamentaux de l'homme* (d'aucuns emploient le terme de « droits élémentaires » de l'homme) et ceux qui, relativement, sont d'une moindre importance. Il existe donc une échelle de droits de l'homme selon qu'ils sont fondamentaux et intéressent l'ordre public international et ceux face auxquels la communauté interétatique réagit avec moins de vigueur en cas de violation.

Ne pouvant, dans l'espace restreint qui m'est imparti, épuiser la liste des droits de l'homme sur la base de leur vigueur juridique, selon qu'ils se trouvent au haut ou au bas de l'échelle de l'effectivité, je me contenterai d'un simple rappel.

Fort explicite est sur ce point la Cour internationale de justice, laquelle dans son *obiter dictum* de l'arrêt du 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Conformément au concept d'ordre public, la Cour annonce la possibilité d'une *actio popularis* lorsque les normes violées sont des normes de *jus cogens*. Ce faisant, elle amorce, me semble-t-il, une distinction entre les diffé-

rentes normes de responsabilité internationale ; le non-respect des normes de *jus cogens* correspondrait non à un délit, mais à un crime international : le génocide, les atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, notamment l'esclavage et la discrimination raciale (v. I. BROWNLEE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 417). Sans prendre partie pour ou contre cette distinction entre délit et crime international, on pourrait ajouter que relèvent également du *jus cogens* le droit à la vie, à l'intégrité physique, le droit de ne pas être détenu arbitrairement ou persécuté pour ses opinions, le droit d'être prémuni contre le terrorisme d'Etat, contre la condition de « personne disparue », contre le secret des séquestrations arbitraires, des années durant, dans des geôles ou des centres hospitaliers, etc... Cette distinction entre différentes catégories de droits de l'homme, fondée sur la nature du droit considéré et, par voie de conséquence, sur la gravité de la violation commise est illustrée et confirmée par la lettre même de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aux termes de cette disposition « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », l'Etat en cause peut prendre des mesures dérogeant aux obligations qui le lient selon la Convention, sauf dans le cas des articles 2 (droit à la vie), 3 (torture, traitements inhumains et dégradants), 4 § 1 (prohibition de l'esclavage et de la servitude) et 7 (non-rétroactivité des lois pénales).

Contrairement à cette catégorie particulière de droits, il en est d'autres, au bas de l'échelle de l'effectivité, dont la transgression n'est pas de nature à provoquer une perturbation d'ordre social ou international particulièrement grave. On rappellera, à titre d'exemple, la catégorie incluse dans la Convention européenne qui comprend les droits auxquels chaque Etat contractant peut apporter des limitations ou restrictions, à condition qu'elles soient nécessaires à l'intérêt public, comme l'ordre ou la moralité publics, à condition toutefois que ces limitations soient en harmonie avec l'esprit général qui doit régir une « société démocratique ».

Un raisonnement analogue peut être utilisé dans l'analyse du Pacte international relatif aux droits civils et politiques entré en vigueur le 23 mai 1976. On constate là aussi une gradation des droits selon leur importance et, partant, selon leur force d'application. Ceci apparaît notamment à la simple lecture de l'article 4 § 2 du Pacte, disposition analogue à celle de l'article 15 de la Convention européenne.

Grosso modo, des distinctions peuvent s'établir sur la base du genre de procédures dont sont assorties les différentes catégories de droits de l'homme. Sans entrer dans le détail, on rappellera que sont assortis de procédures juridictionnelles (sous certaines conditions) les droits prévus par la Convention européenne ; que sont assortis de procédures *sui generis* les droits établis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 40 § 1 : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte et les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits... ») ou bien les droits reconnus par la Convention internationale sur l'élimination

de toutes les formes de discrimination raciale (article 5 notamment). La procédure est similaire à celle qui vient d'être indiquée dans le cas du Pacte international (article 9 : « Les Etats parties s'engagent à présenter au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, pour examen par le Comité, un rapport sur les mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autre qu'ils ont arrêtées et qui donnent effet aux dispositions de la présente Convention... »). D'une grande efficacité pratique — comme le révèlent les travaux de notre secrétaire général Nicolas Valticos — s'affirment de plus en plus les procédures non-judiciaires de contrôle, dans le cadre des Conventions internationales du travail, en ce qui concerne notamment la protection de la liberté syndicale par le truchement notamment de la Commission d'investigation et de conciliation ou bien le cas de la non-discrimination raciale dans le domaine de l'emploi et de la profession.

Sans entrer dans le détail des différentes catégories de droits de l'homme, selon qu'ils sont ou non accompagnés de sanctions, on peut noter qu'au bas de l'échelle de l'effectivité se situent les droits énoncés par certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et qui sont des droits imparfaits, la victime de ces droits ne disposant d'aucune voie de recours. A cette nuance près, toutefois, que parmi les résolutions au caractère généralement théorique, se détache la *Déclaration universelle*, non point qu'elle ait revêtu progressivement un caractère positif, mais parce qu'elle dispose d'un prestige qui va croissant. Elle est de plus en plus prise en considération en tant que source d'inspiration des législateurs nationaux ; des juridictions internes en font application, à quoi conviendrait-il d'ajouter que, citée expressément dans le préambule de la Convention européenne, elle sert à en éclairer les dispositions particulières. Son article 28 — en traçant une ligne de conduite à l'adresse des gouvernements tenus de prendre conscience de leur rôle dans le mécanisme de sauvegarde collective — devrait être à la base de tout système — qui se voudrait crédible de protection des droits de l'homme : « toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ».

C. Hypothèses dans lesquelles peut apparaître un lien dialectique entre le principe de sauvegarde des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats.

Le nœud du problème soumis à nos réflexions réside en effet, essentiellement, dans la jointure, dans le point d'articulation pouvant exister entre les deux concepts qui viennent d'être énoncés.

a) Intervention dans les affaires intérieures d'un Etat et droit de saisine d'un organe international chargé de veiller à la sauvegarde des Droits de l'homme.

Il existe une hypothèse où le lien dialectique entre les deux concepts auxquels on vient de se référer n'entre pas en ligne de compte. Il s'efface et

disparaît, car l'action de l'Etat ne peut en aucun cas être qualifiée dans ce cas d'« intervention », la licéité ou l'illicéité de l'action étatique étant ici hors de cause. L'hypothèse se rattache au système de *garantie collective* des Droits de l'homme, laquelle peut être considérée comme l'innovation fondamentale dans l'évolution historique en notre matière. Faculté ou devoir d'agir, l'intervention des Etats liés par le traité de garantie se limite à une simple *saisine* de l'organe international de contrôle juridictionnel, quasi juridictionnel ou de simple enquête. Ici, la question de la licéité ou de l'illicéité ne se pose point, car il n'y a pas dans une telle hypothèse matière à compétence nationale exclusive susceptible d'être indûment touchée ou entamée. Notre confrère Charles Rousseau a très clairement indiqué les limites de la compétence nationale dans l'hypothèse où elle est intouchable : « Le domaine réservé est celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international » (*Annuaire*, vol. 45 (1954), t. II, p. 292). Or, du fait qu'un Etat souscrit à une Convention internationale prévoyant un système de protection des Droits de l'homme flanqué d'un mécanisme sanctionnateur, l'Etat mis en cause pour violation de ces droits et qui a lui aussi souscrit à cette Convention n'a aucun titre à se plaindre du fait que la procédure de protection ait été mise en marche. Il n'y a donc pas lieu de parler, dans ce cas, d'ingérence. Car, à proprement parler, ce n'est pas l'Etat qui, mû par un intérêt égoïste et exclusivement national, agit en s'ingérant dans un domaine qui ne relève pas de sa juridiction. Exerçant une fonction de caractère international, il se borne à mettre en branle la procédure de protection de droits internationalement affirmés et internationalement sanctionnés et c'est l'organe saisi qui assume la responsabilité de son verdict concernant la violation alléguée de telle ou telle disposition conventionnelle.

b) Intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat dans un but de sauvegarde des Droits de l'homme en l'absence d'un titre conventionnel quelconque autorisant cette intervention.

Le problème n'est pas nouveau. Grotius l'avait posé en termes très clairs : « Si un Busiris, un Phalaris ou quelque Diomède de Thrace infligeait à ses sujets de mauvais traitements qui révolteraient tout le monde, le droit d'action de la société humaine serait-il paralysé ? » (*De jure belli ac pacis*, Livre II, Chap. XXV, § 2). Théoriquement, on a toujours envisagé la possibilité juridique et pratique de mettre fin, par voie d'intervention aux violations répétées et massives des Droits de l'homme perpétrées par tel ou tel souverain territorial. Une telle action était connue autrefois sous le nom d'« intervention d'humanité » (l'étude de base en la matière demeure l'étude de Rougier, « *Théorie de l'intervention d'humanité* », R.G.D.I.P., t. XVIII, 1910, pp. 489 sqq.). Cette pratique qui n'avait point d'objectifs désintéressés, mais était généralement inspirée par la raison d'Etat, avait donné lieu à des abus et semble avoir disparu. Condamnée tant par la doctrine, semble-t-il, que par la jurisprudence, elle n'est guère admise de nos jours. En effet, le recours à la force n'est admis à l'heure actuelle que dans le cas de légitime défense qui seule peut fonder une intervention militaire en application de l'article 51 de

la Charte. Or, l'Etat qui se prévaut de la légitime défense est tenu de prouver qu'il est victime d'une agression.

Dans ces limites restreintes du pouvoir d'action de l'Etat quand est-ce, au point de vue du droit positif actuel, que se justifie le droit d'intervention de l'Etat ou d'un groupe d'Etats dans un but de sauvegarde des Droits de l'homme, mais en l'absence d'un titre conventionnel quelconque autorisant cette intervention ?

Il semble que, dans le cadre mondial, on doive tenir compte, sans trop y insister, d'une notion qui a fait timidement son apparition avec la mise en vigueur de la Charte. Malgré des reculs occasionnels et des hésitations dues notamment à l'état de crise latent issu des rivalités mondiales, ce concept a tendance à revêtir un aspect juridique : il s'agit du *concept de légitimité démocratique*. Or, la reconnaissance et la mise en œuvre de la conception démocratique de l'Etat peut avoir des conséquences dans l'ordre juridique international et, notamment, au point de vue des interventions possibles de l'Organisation dans les affaires intérieures de l'Etat. Car, si l'on s'attache à l'idée que l'Etat tend essentiellement à faire fonctionner ses services publics dans leur forme la plus évoluée afin de « favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande » (Préambule de la Charte) ; et que, par contre (tel Etat se montrant incapable de faire fonctionner ses services dans le sens indiqué car il manque « de foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine »), il se produit des carences dans le fonctionnement de la machine étatique visant à la satisfaction des besoins individuels — on se trouve, par un retour des choses, conduit à l'idée que, sans doute, à première vue et conformément au droit positif (article 2 § 7 de la Charte), l'organisation internationale, en l'espèce l'O.N.U., n'est pas autorisée « à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale de l'Etat » ; mais que tout de même, l'impératif de respecter cette compétence, qu'on a appelé jusqu'ici « le domaine réservé » ou « la compétence exclusive de l'Etat », s'atténue, que, peut-être même, le devoir de maintenir ce respect s'efface, et que, finalement, l'intervention de la Communauté internationale, par le truchement de son organe principal : l'O.N.U., devient légitime, lorsque l'Etat considéré se laisse aller à des défaillances excessives, voire inacceptables de ses services publics en ce qui touche essentiellement la garantie des Droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'attachement à la légitimité démocratique implique ainsi, par la logique de son essence, que l'Etat lié conventionnellement par cette notion intervienne à l'intérieur d'un Etat étranger, si le chef de cet Etat, par l'action de ses agents, viole la justice fondamentale (concrétisée dans des règles de droit) dans ses rapports avec son peuple : elle l'implique d'autant plus, que celui qui bafoue les Droits de l'homme à l'intérieur n'a pas de raison de s'en abstenir à l'extérieur.

Bien évidemment, la licéité de l'intervention de l'Etat ou des Etats considérée sous l'angle que l'on vient d'indiquer est fonction de plusieurs facteurs que l'Institut se devra d'indiquer avec soin. Tout dépendra en effet :

1) de l'importance des droits qui ont été transgressés (s'ils relèvent ou non du *jus cogens*) ;

2) de l'ampleur, de la gravité de la violation commise : s'il s'agit de violations continues, massives et brutales ;

3) de l'effectivité de cette condition qui vaut pour le cas des représailles, à savoir une sommation (laquelle peut revêtir des formes variées) restée infructueuse ;

4) de la preuve que l'Etat intervenant a scrupuleusement observé le principe de la *proportionnalité* : que l'action coercitive ne soit pas hors de proportion avec l'acte illicite auquel les mesures ont pour but de répondre. Si l'Etat excède les limites de la norme fondamentale de la proportionnalité, comme ce fut le cas du troisième Reich dans l'affaire des Sudètes (1^{er}-10 octobre 1938), ou de l'action militaire turque à Chypre (juillet-août 1974), sous prétexte de prêter main-forte à une minorité prétendument opprimée, ce sera au Conseil de sécurité que reviendra impérativement le devoir de mettre en œuvre les prescriptions de la Charte en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agression.

La compétence du Conseil de sécurité réapparaît dans le cas de violations particulièrement graves des Droits de l'homme. Ce fut notamment le cas des sanctions décrétées par le Conseil de sécurité contre le gouvernement de Pretoria en raison de sa politique d'*apartheid* (v. G. TÉNÉKIDÈS, « L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale », *R.C.A.D.I.*, 1980, t. 168, pp. 437 etc.). En aucun cas, le principe de la non-intervention ne peut faire obstacle à l'application de ces mesures. L'article 2 § 7 de la Charte des Nations Unies est à cet égard formel : le principe de non-intervention dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat « ne porte en rien atteinte à l'application des mesures coercitives prévues au chapitre VII ».

D. Quelques conclusions provisoires.

Primo : En pratique, l'idée de l'action coercitive unilatérale d'un Etat « justicier » contre un Etat responsable de violations massives, continues et brutales des droits fondamentaux de l'homme s'estompe ; elle s'efface progressivement au profit de l'idée de sauvegarde collective matérialisée institutionnalisée, sur le plan européen, par les mécanismes juridictionnels de Strasbourg et, sur le plan mondial, par l'action de l'organe qui se veut le plus efficace, à savoir le Conseil de sécurité lequel, par rapport à l'Etat isolé, offre plus de garanties de désintéressement et d'attachement au bien commun de la Communauté internationale.

Secundo : Il se peut qu'en marge de la compétence des organes de la Convention européenne ou hors du champ d'action du Conseil de sécurité resté par hypothèse inactif, se dessine l'action unilatérale d'un Etat qui, ayant des raisons de se plaindre de violations particulièrement graves perpétrées contre les Droits de l'homme par un autre Etat, justifie les « contre-mesures »

dont il prend l'initiative en invoquant la carence des organes internationaux. Cet Etat qui en intervenant joue le rôle de puissance « vengeresse » (si le mot n'est pas trop fort ou impropre) doit, en tout état de cause, satisfaire aux conditions qui ont été évoquées plus haut et, notamment, aux exigences de la norme impérative de la *proportionnalité*. Il reste que la conformité de l'action unilatérale de l'Etat à ces conditions et à cette norme peut être prouvée sans difficulté car elle se fonde sur des circonstances bien concrètes, des situations de fait. Il n'en est pas de même, semble-t-il, de la « bonne foi » de l'Etat intervenant à laquelle vous vous référez. Essentiellement subjective, puisqu'elle se ramène en fin de compte à une question d'intention, la bonne foi est difficilement décelable dans l'hypothèse envisagée*.

Tertio : Dans ses différentes résolutions, l'Institut avait coutume de s'inspirer, avec toute la circonspection qui s'impose, du sens de l'évolution marquée en l'espèce par le rétrécissement progressif du domaine réservé des Etats en matière de Droits de l'homme. Alors qu'autrefois le « noyau dur » pour ainsi dire de la compétence exclusive de l'Etat se condensait dans sa prérogative souveraine de tracer les limites entre les libertés individuelles et le pouvoir étatique, entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, de nos jours, si l'on observe l'activité conventionnelle des Etats ou l'activité qui se concrétise par le vote, au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, de résolutions de caractère pré-normatif ou normatif, on est amené à considérer que c'est dans le sens opposé que se dessine et s'affirme cette évolution : à savoir dans le sens de l'élargissement de la compétence des organes internationaux — régionaux ou universels — chargés de veiller à la sauvegarde des Droits de l'homme, droits dont la liste accuse une réelle tendance à proliférer.

Quarto : Bien que je reconnaisse que nos raisonnements doivent avoir pour point de départ le droit positif : sa mise au point et son interprétation, il reste que notre tâche ne se limite point à un simple enregistrement de ce qui existe. En effet, au-delà d'une analyse rigoureuse du droit conventionnel et de la pratique juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle, dans le domaine des droits internationaux de l'homme, il nous appartient d'indiquer, avec toute la prudence qui s'impose, les perfectionnements possibles des institutions existantes. L'Institut faillirait à sa mission si, entre autres tâches, il ne s'employait pas à baliser les voies de l'avenir.

* Autre remarque si vous le permettez, celle-là d'ordre mineur : il me semble difficile d'ajouter aux sources du droit international telles qu'elles sont énumérées dans l'article 38 du Statut de la C.I.J., celle à laquelle vous vous référez dans votre projet de rapport, à savoir « les principes reconnus de la moralité internationale » dont le contenu est fort difficile sinon impossible à déterminer. Bien que personne ne soit opposé à une moralisation progressive des rapports interétatiques, bien que la notion de droit de l'homme relève de l'impératif moral d'une plus grande justice dans les rapports entre l'homme et le pouvoir, il serait, à mon avis, hasardeux d'introduire dans le droit international de nouveaux éléments d'incertitude.

Dans cet ordre d'idées, qu'il me soit permis d'indiquer trois pistes de recherche qui pourraient, en fin de compte, se révéler utiles et fertiles en résultats concrets :

1) Le principe de non-intervention dans le domaine réservé des Etats a été envisagé dans les pages qui précèdent comme un obstacle à l'action des Etats contre un de leurs homologues qui viole délibérément, de façon continue et massive, les Droits de l'homme. Il ne s'agit pas cependant du seul cas qu'enregistre la pratique. Il se peut qu'un Etat puissant, un Etat hégémonique — qui cherche à s'octroyer ou qui bénéficie déjà d'une sphère d'influence — intervienne dans les affaires intérieures de tel ou tel Etat afin de hisser au pouvoir ou pour soutenir un gouvernement dévoué à sa cause, bien que ce gouvernement ait tendance, de par sa nature même, à supprimer les droits fondamentaux de l'homme. Dans cette hypothèse, l'invocation du principe de non-intervention dans les affaires qui relèvent exclusivement de la compétence nationale des Etats — principe qui a été consacré tant par la Charte que par les accords d'Helsinki — peut se révéler bénéfique.

2) Afin de rendre l'intervention de l'Etat qui saisit un organe international *ad hoc* plus efficace, notre Compagnie serait bien inspirée si par ses résolutions elle montre le chemin à parcourir vers une *juridictionnalisation progressive* des organes internationaux chargés de veiller à la sauvegarde des Droits de l'homme internationalement consacrés. Le cas du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui en tant que corps politique, omet de se référer à la théorie scellienne du « dédoublement fonctionnel » est révélatrice et, à certains égards, fort décevante. En effet, cet organe n'a pas pris conscience de son rôle d'organe juridictionnel lorsqu'aux termes de l'article 32 de la Convention européenne, il statue à titre définitif sur le point de savoir si, à l'occasion d'une requête dirigée contre tel ou tel Etat, il y a eu ou non violation de la Convention. Mais il arrive aussi — et c'est le revers de la médaille — que certains organes, chargés de veiller à la sauvegarde des Droits de l'homme, versent dans un juridisme procédurier qui leur fait perdre de vue l'essence des vrais problèmes : l'être humain s'efface derrière la trame des jongleries juridiques.

3) La saisine d'un organe international chargé d'assurer le respect des Droits de l'homme (article 24 de la Convention européenne) est-elle une simple faculté ou un véritable *devoir* pour l'Etat intervenant ? Il semble que l'idée de devoir corresponde mieux au système de *garantie collective* des Droits de l'homme instauré par les traités.



J'espère, mon cher confrère, que vous ne me tiendrez pas rigueur d'avoir été aussi prolixe. Je n'avais nullement l'intention de présenter une sorte de « contre-projet » de rapport car, d'un autre côté, je suis loin d'avoir épuisé les questions que si judicieusement vous avez évoquées dans votre texte. Bien que le thème qui s'offre à nos réflexions puisse être rangé parmi les plus

ardus du droit international, j'ai bon espoir que nos futurs travaux, ceux qui se dérouleront notamment en août-septembre prochain à Cambridge, sur la base d'un questionnaire que vous prendrez sans doute soin de rédiger, nous permettront de donner un sens plus concret aux propositions qui, l'accord des membres de la huitième Commission une fois obtenu, seront discutées en séance plénière.

Je me permets de vous dire dès à présent le plaisir que j'aurai à vous rencontrer sur le sol britannique et d'engager avec vous — de concert avec nos collègues — un dialogue qui ne manquera pas d'être à la fois enrichissant et fructueux. Ayant à l'esprit cette agréable perspective, je vous prie, mon cher confrère, de bien vouloir agréer l'expression de mes sentiments très amicalement dévoués.

Georges Ténékidès

4. Observations de M. Milan Sahovic.

Belgrade, le 17 janvier 1983.

Mon cher confrère,

En m'excusant pour le retard de ma réponse, je tiens à vous féliciter pour le travail que vous avez effectué en préparant le document concernant la question de la « sauvegarde des Droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ». C'est un document utile qui explique la situation dans laquelle se trouve ce sujet en ce moment.

Avant de passer au commentaire du texte que vous avez soumis, je vous informe que je suis d'accord avec vous qu'il ne serait pas opportun de changer le titre actuel du sujet. Le titre possible nouveau : « L'inapplicabilité de la notion d'affaires internes par rapport à la protection des Droits de l'homme » me paraît trop restreint en comparaison du titre actuel qui est plus neutre et ouvre la voie à une analyse plus large ne préjugant pas les conclusions auxquelles la Commission pourrait arriver.

Je profite de cette occasion pour poser la question de la détermination du but de notre étude. Les suggestions du rapporteur seraient bien utiles pour la suite des travaux de la huitième Commission.

Je passe maintenant au texte du document :

Les paragraphes 1, 2 et 3 sont acceptables selon moi.

En ce qui concerne le paragraphe 4, j'ai une remarque à propos de la première phrase qui se lit : « Au niveau international, la promotion et la protection des Droits de l'homme relèvent essentiellement de la communauté internationale elle-même ». Je me demande si l'on devrait insister aussi explicitement sur le rôle de la communauté internationale même par rapport au niveau international. Etant donné que la communauté internationale est

composée par les Etats, au fond, de même qu'au niveau interne dans le cadre duquel se réalisent les Droits de l'homme, l'adoption de mesures internationales qui visent leur protection au niveau international dépend avant tout de leurs volonté et besoins. J'approuve en principe les deux autres phrases de ce paragraphe. Elles expriment un vœu dont la réalisation dans la pratique peut être le résultat uniquement de l'action des Etats membres des Nations Unies et des organisations régionales.

Le libellé du paragraphe 5 n'est pas complètement clair pour moi. Dans la première phrase, la question de savoir s'il s'agit des Etats parties ou non des instruments internationaux est restée ouverte. J'estime que cet aspect devrait être explicitement précisé, tout particulièrement à cause du membre de la deuxième phrase qui parle du « défaut de bases suffisantes de compétence internationale » qui présuppose l'existence d'un conflit d'opinions ou d'interprétation sur ce point.

Le paragraphe 6 donne une réponse à cette question dans sa première phrase en insistant sur l'importance de la pratique de l'Assemblée générale et des Nations Unies concernant le comportement d'un Etat qui n'est pas lié par les obligations des traités relatifs aux Droits de l'homme. Ayant en vue cette pratique, on pourrait peut-être reformuler la première phrase du paragraphe 5. En ce qui concerne sa deuxième phrase, on peut aussi élaborer plus concrètement les mots « le respect strict de la Charte des Nations Unies » par lesquels se termine cette phrase. Il s'agit sans doute des principes et des buts de la Charte et de ses dispositions qui règlent la protection des Droits de l'homme. Enfin, il est mentionné dans ce paragraphe : « des instruments régissant les Droits de l'homme ». Cependant, il faudrait peut-être dire quelque part quels sont ces « instruments internationaux » sur la base desquels on est arrivé à la conclusion qu'il faut parler, dans la deuxième phrase, des procédures qui « ne sont pas de nature à aboutir dans des délais raisonnables à des résultats utiles ». Qu'a-t-on en vue en parlant de « délais raisonnables » ou de « résultats utiles » ?

De la deuxième phrase du paragraphe 6 jusqu'au paragraphe 12, on parle du principe de non-intervention. Dans l'ensemble, cette analyse est trop abstraite et ne peut être approuvée que comme un cadre général de la détermination du rapport entre le principe de non-intervention et la sauvegarde des Droits de l'homme.

Les paragraphes 8 à 11 qui traitent des questions de la liberté juridique de l'Etat, du domaine réservé et de la portée du principe de non-intervention ouvrent la possibilité de faire une analyse plus poussée sur ce point. J'ai cependant des difficultés à propos de l'approche historique du principe de non-intervention. Pour moi, ce principe appartient aujourd'hui sans aucune réserve au droit international. Son respect représente une obligation internationale universelle qui appartient aux règles fondamentales du droit international. Je ne vois pas pourquoi on le lie encore pour « des principes de moralité internationale positivement reconnus » en demandant d'apprécier les activités d'un Etat à la lumière de ces principes pour « établir ce qui relève et ce qui ne

relève pas de la compétence exclusive d'un Etat ». Laissons de côté l'évolution du principe de non-intervention. C'est le passé. Je ne pense pas que toutes ces réflexions sont indispensables dans le paragraphe 7. A propos de l'évolution du principe de non-intervention, il faudrait élaborer plus largement la deuxième phrase du troisième alinéa du paragraphe 9 qui parle de l'influence de la protection des Droits de l'homme sur l'évolution du principe de non-intervention comme principe juridique. Cette interprétation demande une clarification.

En résumé, je dirais seulement que les paragraphes qui traitent du principe de non-intervention demandent une étude plus concrète.

Veillez croire, mon cher confrère, à l'assurance de mes meilleurs vœux et de mes sentiments distingués et très cordiaux.

Milan Sahovic

Rapport définitif

I

1. Le nombre de projets sur lesquels s'est penchée la huitième Commission tout au long de ses travaux — à partir de l'avant-projet d'articles élaboré par le rapporteur en vue de la session de l'Institut qui allait se tenir à Cambridge en août 1983 jusqu'au dernier projet de résolution révisé n° 5 — témoigne de la complexité des problèmes qui ont retenu l'attention de la Commission ainsi que de l'engagement soutenu de ses membres dans la recherche et la mise au point de conclusions se justifient en raison de l'état actuel de développement du droit des gens dans les domaines envisagés.

Dans son avant-propos, le rapport provisoire du 15 avril 1985 donne un aperçu des démarches faites et des activités entreprises en vue d'assurer que la huitième Commission soit en mesure de s'acquitter de la tâche, certes difficile, qui lui avait été confiée. Ce même rapport étant assorti d'un projet de résolution, celui-ci fut l'objet d'un examen fouillé au sein de la Commission à Helsinki lors de la session de l'Institut de la même année dans cette belle ville. Prirent part, avec le rapporteur, le 23 août, les confrères : MM. Boutros-Ghali, Carillo Salcedo, De Visscher, Dupuy, Mbaye, Sahovic, Tunkin. Un bref résumé de ce débat fut établi par les soins du secrétaire de la Commission, M. Perruchoud, et communiqué par la suite à tous les membres, anciens et nouveaux, de celle-ci. La séance du samedi 24 août fut consacrée à l'analyse, article par article, du projet de résolution. Le texte arrêté sur la base de cette analyse et indiqué comme « projet de résolution révisé n° 2 », fut transmis le 26 août, accompagné d'une lettre du rapporteur, à tous les membres de la Commission.

Voici le texte :

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

Helsinki, le 26 août 1985.

« L'Institut de droit international,

Rappelant sa résolution de Lausanne (1947) sur « les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international », ainsi que ses résolutions d'Oslo (1932) et d'Aix-en-Provence (1954) sur « la détermination du domaine réservé et ses effets » ;

Revu sa résolution de Paris (1934) sur « le régime des représailles en temps de paix » ;

Considérant que la protection des Droits de l'homme, comme garantie de son existence physique et morale et de ses libertés essentielles, a trouvé expression tant dans l'ordre constitutionnel des Etats que dans les traités internationaux et dans les chartes et actes des organisations internationales et, spécialement, des Nations Unies ;

Considérant que la fréquence des violations graves des Droits de l'homme en de nombreux pays suscite la légitime indignation croissante de l'opinion publique et détermine certains Etats et organisations internationales à intervenir, de diverses manières, pour assurer le respect des droits de la personne humaine ;

Considérant que ces pratiques témoignent, au même titre que la doctrine et la jurisprudence internationales, du fait que, dans la mesure où les Droits de l'homme bénéficient d'une protection internationale, ils cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats ;

Considérant qu'il importe toutefois, autant dans l'intérêt du maintien de la paix et de la coexistence pacifique que dans l'intérêt de la protection des Droits de l'homme, de définir avec plus de précision les conditions et les limites que le droit international impose aux interventions des Etats et des organisations internationales décidées en réponse aux violations des droits de la personne humaine ;

Adopte la résolution suivante :

Article 1

Les droits fondamentaux de l'homme se conçoivent comme étant étroitement liés à la dignité inhérente à la personne humaine, si bien que leur reconnaissance est entraînée par la reconnaissance même de cette dignité.

Le préambule de la Charte des Nations Unies et celui de la Déclaration universelle des Droits de l'homme témoignent du caractère universel de cette reconnaissance.

On aboutit, dès lors, à la conclusion que l'obligation de respecter les droits fondamentaux incombe, en vertu du droit international en vigueur, à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble. Il s'ensuit, selon les termes employés par la Cour internationale de Justice, que tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés.

Article 2

La présente résolution n'a pas pour objet d'établir un catalogue précis des droits fondamentaux. Toutefois, la notion de droits fondamentaux se dégage notamment des clauses relatives aux dérogations prohibées contenues dans plusieurs instruments internationaux relatifs aux Droits de l'homme.

Article 3

Par le principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, le droit international vise à sauvegarder l'exercice de la souveraineté de l'Etat par rapport aux affaires ressortissant du domaine réservé à sa compétence nationale. Ce domaine est celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international.

Article 4

Le principe de non-intervention dans les affaires intérieures ne saurait être valablement invoqué par un Etat pour se soustraire aux conséquences d'activités qui lui seraient imputables et constitueraient une violation du droit international. Un Etat ne saurait donc faire valoir ce principe dans le cas où il manque à son devoir

d'assurer, conformément au droit international, la jouissance des Droits de l'homme dans la sphère où s'exerce sa juridiction. Tout Etat ayant qualité pour exiger d'autres Etats l'observation de leurs devoirs en matière de Droits de l'homme a, par là-même, qualité pour adopter des mesures à l'égard de ces Etats aux fins de cette observation.

Article 5

Lorsque des droits fondamentaux sont méconnus dans un Etat, tout autre Etat membre de la communauté internationale est en droit d'en exiger le respect par voie de réclamation diplomatique ou par toute autre mesure légitime et adéquate à la situation.

Article 6

Les mesures de contrainte susceptibles d'être considérées comme légitimes en fonction du but poursuivi incluent notamment, après démarche diplomatique, des blâmes publics, des actions de rétorsion, des représailles non armées.

Article 7

Le principe de la proportionnalité entre les moyens à employer et la gravité de la violation sera observé avec rigueur et on prendra aussi scrupuleusement soin que, en agissant en défense des Droits de l'homme, il ne soit pas porté atteinte aux droits fondamentaux des habitants de l'Etat visé.

Article 8

Sauf dans des cas de légitime défense, le recours aux mesures ci-dessus ne peut pas se concrétiser dans la menace ou dans l'emploi de la force. En effet, le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales est, et demeure, interdit dans les conditions résultant de l'article 2, alinéa 4, de la Charte des Nations Unies.

Article 9

Lorsque des traités ou conventions conclus sur des bases universelles ou régionales ont institué des mécanismes de contrôle et de garantie du respect des Droits de l'homme, le recours à des

mesures de contrainte à l'égard de l'Etat auquel est imputée une violation de ces droits doit être considéré comme non admis en principe, tout au moins si l'Etat mis en cause ne fait pas obstacle au déroulement régulier de la procédure prévue.

Article 10

Les violations massives et systématiques des Droits de l'homme constituent des atteintes au patrimoine commun de l'humanité et sont dès lors de nature à perturber l'ordre public international.

Article 11.

Lorsqu'un organe d'une institution du système des Nations Unies, investi de la fonction de promouvoir les Droits de l'homme, exerce cette fonction dans les limites de sa compétence afin de redresser une situation, notamment en application de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, son action ne saurait être qualifiée d'intervention, aux termes de l'article 2, alinéa 7, de la Charte, « dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ».

Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* dans le cadre d'organisations de systèmes régionaux.

Article 12

Le renforcement des méthodes et procédures internationales visant à prévenir et éliminer les violations des Droits de l'homme est hautement souhaitable.

2. Dans la lettre ci-dessus, le rapporteur suggérerait de remplacer dans l'article 2 « notamment » par « en tout premier lieu », pour les raisons suivantes :

« 1. Les droits auxquels se réfèrent les clauses en question sont d'une importance prééminente, si bien qu'il convient de les envisager en tenant dûment compte de cette circonstance.

2. D'autres droits fondamentaux sont évoqués dans le premier *considérant* du Préambule, par les termes « libertés essentielles ». Il n'est pas douteux qu'il s'agit de droits fondamentaux, même si susceptibles de certaines restrictions légitimes ».

Cette suggestion — on va le voir sous peu — fut, dans le déve-

loppement ultérieur des travaux, à l'origine d'une orientation en quelque sorte nouvelle.

3. Depuis Helsinki, les travaux de la huitième Commission prennent, d'une façon semble-t-il même plus marquante, le caractère de travaux de longue haleine : ce en raison de l'engagement des membres qui continue dans la recherche de solutions bien pesées. Plusieurs membres font tenir leurs commentaires et observations au rapporteur, qui demeure quant à lui perplexe et inquiet au sujet de la notion des Droits de l'homme fondamentaux, compte tenu des résultats incomplets, et par là-même peu sûrs, atteints jusqu'alors. Ainsi, l'idée d'une révision ultérieure se fait-elle jour, pour se concrétiser ensuite dans le projet révisé n° 3. Daté du 10 août 1987, il est transmis aux membres à cette même date, accompagné d'un « memorandum explicatif » ainsi que des lettres adressées au rapporteur, à la suite de la session d'Helsinki.

Il convient d'indiquer ici le chemin parcouru, tel qu'il résulte dudit *memorandum*¹.

4. Dans le courant de 1986, en sortant d'une situation de trouble qui l'avait amené à se consulter avec M. Ténékidès lors de leurs rencontres à Strasbourg, le rapporteur a pris sa décision sur un point de la plus grande importance : la notion même des droits fondamentaux.

La distinction entre Droits de l'homme fondamentaux et autres Droits de l'homme est évoquée bien souvent, mais l'on ne saurait dire qu'une ligne de démarcation nette entre les deux catégories ait été tracée sur le plan international.

Dans le projet de résolution précédemment soumis à la Commission, il a été indiqué que la notion, dans sa spécificité, de droits fondamentaux se dégage notamment des clauses d'exclusion des dérogations, qui contiennent plusieurs instruments internationaux sur les Droits de l'homme. L'on a ajouté, prudemment, qu'il convenait de réserver comme tâche ultérieure l'établissement d'un catalogue énonçant lesdits droits (voir article 3 du projet annexé au

¹ Sauf quelques brèves modifications pour des raisons essentiellement de style, on s'en tiendra dans le paragraphe numéroté suivant, au texte du *memorandum*.

rapport provisoire). D'ailleurs, en répondant dans un bref délai à la lettre envoyée d'Helsinki aux membres de la huitième Commission le 26 août 1985, M. De Visscher observait ce qui suit au sujet d'une suggestion faite dans cette lettre par le rapporteur sur le libellé de l'article 2 de la version du projet de résolution, arrêtée lors de deux réunions de la Commission dans cette ville :

« Votre suggestion de remplacer le mot « notamment » par les mots « en tout premier lieu » aurait pour conséquence de conférer une importance primordiale, sinon décisive, aux clauses relatives aux dérogations prohibées qui figurent dans certains traités. Songeant aux traités relatifs aux Droits de l'homme qui pourraient être conclus dans l'avenir, notamment au niveau régional ou sub-régional, je ne crois pas pouvoir me rallier à votre proposition. A mon avis, certaines dérogations aux Droits de l'homme doivent être considérées comme illicites par nature et dans leur principe, quand bien même elles seraient autorisées par un traité particulier ».

Le rapporteur remercie M. De Visscher de ces remarques ainsi que, plus généralement, de l'aide suivie qu'il a assurée au rapporteur par des suggestions et propositions éclairées. Le nouveau texte du projet se ressent manifestement de cette aide. Pour ne citer que l'une des autres suggestions retenues, référence est faite à la formulation élargie de l'article 6, qui puise davantage dans les principes établis dans la résolution de Paris de 1934 de l'Institut, citée dans le préambule.

La nouvelle orientation du rapporteur au sujet des « Droits de l'homme fondamentaux » résulte du quatrième *Considérant* du préambule et des articles 2 et 3. Il y a été amené par un travail accru de recherche et de réflexion et après s'être demandé, entre autres, comment apprécier au juste les sagaces considérations des confrères M. Dinstein et M. Henkin, préconisant des formes de protection des Droits de l'homme autres que ceux qualifiés ou susceptibles d'être qualifiés de droits fondamentaux.

L'attention a été retenue par un réexamen d'instruments internationaux en matière de Droits de l'homme, notamment d'instruments qui ont ouvert le chemin à l'action protectrice dans les relations entre les Etats ou marquant à d'autres égards des étapes importantes par rapport à cette action. C'est ainsi que le rapporteur a acquis sa conviction, qui s'est répercutée dans les dispositions précitées du projet de résolution. Telles qu'employées dans la Charte

des Nations Unies (Préambule, articles 13, paragraphes 1 et 55 c), dans le préambule de la Déclaration universelle et des Pactes internationaux de 1966, les expressions « droits fondamentaux de l'homme », « droits de l'homme et libertés fondamentales », simplement « droits de l'homme », ont la même portée de signification : elles désignent les droits conçus comme fondamentaux en ce sens qu'ils se rattachent — voir notamment le préambule de la Déclaration universelle — à « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » et découlent de la reconnaissance même de cette dignité.

Que l'on ajoute ceci : toujours dans ledit préambule, l'accent est mis sur l'importance d'une « conception commune de ces droits et libertés » pour que les membres des Nations Unies puissent « remplir pleinement » l'engagement qu'ils ont pris d'« assurer, en coopération avec l'Organisation [...], le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'unité des droits de l'homme sous l'aspect de droits se rattachant tous à la dignité inhérente à tous les êtres humains et à ce titre désignés comme fondamentaux est aussi confirmée, si bien qu'il faut se rendre à l'évidence même *des choses*.

Bien sûr, ce premier résultat de la reconsidération des problèmes auxquels la huitième Commission est appelée à faire face doit s'entendre comme ne préjugant nullement de la question d'une plus grande force à reconnaître, par rapport à d'autres normes internationales sur les Droits de l'homme, à certains principes et prescriptions du droit des gens en la matière.

Le rapporteur a légèrement modifié le libellé du troisième paragraphe du préambule du projet de résolution et ce afin de : coordonner la référence aux organisations internationales en réservant au paragraphe suivant la mention, d'une manière appropriée, du système des Nations Unies ; laisser ouverte la question des sources en général du droit des gens venant en ligne de compte en matière de Droits de l'homme, quitte à indiquer une source ou des sources là où cela est souhaitable et bien fondé. Si l'on devait garder dans ledit paragraphe l'ample référence aux traités internationaux, le rapporteur serait enclin à partager l'avis des confrères qui ont manifesté une préférence pour la mention, en même temps, de la coutume.

Il importe d'ajouter ceci : l'on ne saurait douter que l'on doit désormais voir dans le principe du respect universel et effectif des Droits de l'homme un principe général du droit des gens.

En ce qui concerne la détermination de ces droits, le principe s'appuie sur la conception commune de ces droits mêmes, selon la Déclaration universelle. En ce qui concerne le processus historique de formation et d'affermissement du principe, l'on retiendra parmi les facteurs influents l'insistance dans les instruments internationaux sur l'interprétation de la Charte comme engageant les Etats à promouvoir ledit respect. Voici, par exemple, les termes du quatrième des *considérant* dans lesquels s'articule le préambule du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels :

« *Considérant* que la Charte des Nations Unies impose aux Etats l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'homme ».

Le rapporteur s'en réfère, quant à lui, à sa propre théorie de la reconnaissance normative des exigences de la conscience publique². Il rappelle, en tout cas, la position prise par M. Dupuy lors de la séance de la huitième Commission à Helsinki le 23 août 1985 en soulignant — selon les notes recueillies par les soins du Secrétariat de la Commission — que

« des traités généraux expriment l'*opinio juris* de la communauté internationale et lient même les Etats qui ne les ont pas ratifiés ».

Il sied de revenir pour quelques instants sur des notions exposées dans le rapport provisoire.

L'on rappellera le principe selon lequel les normes faisant partie de l'ordre juridique international doivent pouvoir s'appuyer, pour atteindre leurs buts, sur l'ordre juridique interne des Etats concernés (Rapport, § 3) ; et de même, le principe de la marge d'appréciation, plus ou moins grande selon les cas, revenant aux Etats dans l'accomplissement de leur tâche d'assurer la jouissance des Droits de l'homme à toute personne qui relève de leur juridiction (Rapport, § 6).

L'attention a été aussi retenue par cette donnée de l'expérience : ce n'est qu'exceptionnellement qu'un Etat prend fait et cause pour

² Rapport provisoire, § 12.

un particulier relevant de la juridiction d'un autre Etat, quand bien même des procédures de garantie collectives des Droits de l'homme seraient ouvertes à cette fin (Rapport, § 18). Cela amène, certes, à souhaiter le renforcement de telles procédures, ce qui trouve expression dans le présent projet de résolution dans le dernier article. Toujours le rapport provisoire souligne la nécessité d'une reconnaissance élargie du droit de recours individuel.

Des prémisses ont été ainsi posées pour conclure sur la situation juridique d'un Etat n'ayant pas qualité de partie à des instruments de garantie collective des Droits de l'homme, mais lié pourtant, quant à l'assurance du respect de ces droits, par le principe général ci-dessus, principe, on l'a vu, se rattachant à la conception commune de ces mêmes droits.

Relisons l'article 8 de la Déclaration universelle :

« Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ».

Cette référence aux procédés normatifs de l'Etat s'explique aisément.

D'abord, encore un rappel au sujet des instruments internationaux relatifs aux Droits de l'homme. Vus par rapport aux énoncés de la conception commune, ces instruments accomplissent, de même que la tâche d'établir une garantie collective des droits envisagés, celle de préciser, si besoin est, la portée des droits que les hautes Parties contractantes sont tenues d'accorder dans leurs ordres juridiques internes.

En revanche, s'agissant du principe général, c'est au droit interne de pourvoir directement, par la Constitution ou par la loi, à la traduction en règles juridiques de la conception commune. L'Etat est alors censé disposer d'une marge remarquable d'appréciation en ce qui concerne l'élaboration de textes normatifs répondant aux exigences de la réglementation concrète. Qu'il suffise de citer dans ce contexte l'article 12 de la Déclaration universelle :

« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

Dans son effort de reconsidération de problèmes, le rapporteur s'est penché attentivement sur la lettre que M. Tunkin lui a écrite de Moscou le 23 janvier 1986. Le rapporteur remercie son éminent confrère de cette lettre bien courtoise et aussi critique. En même temps, il doit observer que le dissentiment de M. Tunkin à l'égard de l'ordre conceptuel développé dans le projet de résolution révisé n° 2 semble être dû, somme toute et en tout premier lieu, à une différente manière de concevoir les Droits de l'homme pour ce qui est de leur essence sous l'angle du fondement normatif.

Personne ne saurait contester l'importance, soulignée dans la lettre, du nombre de traités conclus sous l'égide des Nations Unies en vue de la protection des Droits de l'homme. Mais l'on ne saurait non plus admettre que ce serait se livrer à la spéculation que de fonder l'obligation des Etats d'assurer le respect des Droits de l'homme, dans le développement progressif du droit international moderne, également sur une base autre que celle s'analysant en leur consentement à assumer cette obligation.

Peut-être est-il approprié de se tourner, plus en général, vers la conception fonctionnelle de l'Etat comme Pouvoir, Pouvoir — ainsi qu'affirmé par l'Institut dans sa résolution précitée de Lausanne de 1947 — qui puise son titre dans son aptitude à réaliser les fins individuelles et sociales de la personne humaine. Et l'Institut de continuer :

« Dans l'ordre international, la conception fonctionnelle et modératrice du Pouvoir reste obscurcie par l'emprise d'une tradition qui voit dans l'Etat souverain, organisme de sécurité et instrument de puissance, la forme la plus haute de l'ordre juridique ».

Pour l'aide donnée au rapporteur, des remerciements sont aussi dus à Mlle Marek, qui, pour des raisons personnelles a, au regret des confrères, récemment démissionné de l'Institut. Ses conseils et autres remarques ont été soigneusement considérés et l'on peut dire, semble-t-il, que le présent projet révisé de résolution est, dans une certaine mesure, davantage en harmonie avec ses vues.

Au demeurant, quelques éléments d'opposition ne concernent pas la substance des idées, mais la manière de les exprimer. C'est notamment le cas du reproche fait au rapporteur d'évoquer à tort la légitime défense dans des situations de secours d'urgence pour

sauver des vies humaines, Mlle Marek estimant que la notion juridique susceptible de fournir la justification des mesures d'urgence est — dans les termes de la définition bien connue du Secrétaire d'Etat Webster — celle de « nécessité ». La disposition sur ledit secours qui fait partie du projet révisé ne contient pas de qualification formelle. Le rapporteur reste toutefois convaincu de la correcte qualification de légitime défense — en l'espèce, bien sûr, de la personne humaine — selon la distinction entre légitime défense et état de nécessité, traitée entre autres par M. Anzilotti³.

Pour conclure, quelques considérations sommaires sur l'équilibre du projet de résolution :

— En revenant un instant sur la position prise par M. Tunkin en faveur de la reconnaissance du droit à la paix de tout être humain, le rapporteur a repris l'examen d'une telle reconnaissance dans une étude publiée en vue du quarantième anniversaire des Nations Unies⁴. Il n'a pas été cependant, en mesure de changer d'avis à cet égard. Aspiration prééminente des hommes et des peuples, la paix a la plus haute valeur comme sauvegarde du droit à la vie et à la sûreté de la personne. Mais sous l'angle même de la technique juridique, il est extrêmement difficile de concevoir un tel droit selon l'articulation structurelle de tout véritable droit⁵. Il semble donc que l'on pourrait se contenter dans la résolution des termes dans lesquels il est fait allusion dans le préambule à la paix ainsi qu'à la coexistence pacifique.

— Un critère d'exposition tant soit peu serrée, suggéré aussi par des confrères, notamment par M. De Visscher, a été suivi en rédigeant certaines parties du projet révisé. C'est ainsi que des articles du précédent projet ont été fusionnés (articles 5 et 6), d'autres supprimés (articles 3, 8 et 10).

³ *Cours de droit international*, traduction par M. Gidel, 1929, p. 506 et suiv.

⁴ *Le moment actuel des droits de l'homme*, dans *La Comunità Internazionale*, 1986, p. 3 et suiv.

⁵ Le rapporteur saisit l'occasion du présent rapport pour déclarer qu'il a par la suite changé d'avis quant à la possibilité de la proclamation par des instances compétentes d'un véritable droit des peuples à la paix. Dans son article *Sur le droit des peuples à la paix*, « *Rivista di studi politici internazionali* » 1988, p. 215 et suiv., il s'est notamment appliqué à définir quelle devrait être la structure normative d'une telle proclamation.

— Des changements mineurs ne semblent pas appeler de commentaire, tandis que ceux marquant un ordre conceptuel peut-être plus éclairé ne semblent pas appeler à ce stade, après l'illustration qui en a été faite dans ce *mémorandum*, un examen plus profond.

II

5. Les travaux de la huitième Commission ont été repris à l'occasion de la session de l'Institut qui s'est tenue au Caire du 13 au 21 septembre 1987. Ils ont abouti à une nouvelle révision, donc au projet de résolution n° 4 (Le Caire, 18 septembre 1987). Une révision ultérieure a été également opérée, donnant lieu au projet de résolution révisé n° 5. Tandis que la révision par le projet n° 4 avait essentiellement pour but de développer et mieux préciser les implications des données exposées dans le *mémorandum* explicatif du 10 août 1987, la révision ultérieure par le projet n° 5 a visé à bien équilibrer le projet même selon les lignes résultant de la lettre du rapporteur aux confrères de la Commission, datée du 30 septembre 1988.

Il semble convenable de reproduire à ce stade le texte du projet n° 4, ensuite la lettre du rapporteur et après le projet n° 5.

6. Projet de résolution révisé n° 4, Le Caire, 18 septembre 1987.

PROJET DE RÉOLUTION N° 4

(Le Caire, 18 septembre 1987)

L'Institut de droit international,

Rappelant sa résolution de Lausanne (1947) sur « les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international » ainsi que ses résolutions d'Oslo (1932) et d'Aix-en-Provence (1954) sur « la détermination du domaine réservé et ses effets » ;

Revu sa résolution de Paris (1934) sur « le régime des représailles en temps de paix » ;

Considérant que la protection des Droits de l'homme, comme garantie de l'intégrité physique et morale de chaque personne et de

ses libertés fondamentales, a trouvé son expression tant dans l'ordre constitutionnel des Etats que dans l'ordre juridique international, et spécialement dans les chartes et actes des organisations internationales ;

Considérant que les Etats membres des Nations Unies se sont engagés à promouvoir, en coopération avec l'organisation, le respect universel et effectif des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que l'Assemblée générale, reconnaissant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement, a adopté et proclamé le 10 décembre 1948 la Déclaration universelle des Droits de l'homme ;

Considérant que la fréquente violation des Droits de l'homme suscite la légitime et croissante indignation de l'opinion publique et détermine certains Etats et organisations internationales à intervenir, de diverses manières, pour assurer le respect des droits de la personne humaine ;

Considérant que ces pratiques témoignent, au même titre que la doctrine et la jurisprudence internationales, du fait que, dans la mesure où les Droits de l'homme bénéficient d'une protection internationale, ils cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats ;

Considérant qu'il importe toutefois, autant dans l'intérêt du maintien de la paix et de la coexistence pacifique que dans l'intérêt de la protection des Droits de l'homme, de définir avec plus de précision les conditions et les limites que le droit international impose aux interventions des Etats et des organisations internationales décidées en réponse aux violations des droits de la personne humaine ;

ADOpte la résolution suivante :

Article premier

Les Droits de l'homme sont étroitement liés à la dignité de la personne humaine. L'obligation pour les Etats d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament

le Préambule de la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des Droits de l'homme.

Cette obligation incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble. Il s'ensuit, selon les termes employés par la Cour internationale de Justice, que tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés. Cette obligation implique au surplus un devoir de solidarité entre tous les Etats afin d'assurer le plus rapidement possible le plein épanouissement de la personne humaine au niveau universel.

Article 2

Le principe de non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale des Etats ne saurait être valablement invoqué par un Etat pour se soustraire aux conséquences d'activités qui lui seraient imputables et qui constitueraient un manquement à son devoir d'assurer, conformément au droit international, la jouissance des Droits de l'homme dans la sphère où s'exerce sa juridiction.

La violation par un Etat dudit devoir autorise les autres Etats membres de la communauté internationale à en exiger, individuellement ou collectivement, le respect par voie de démarches diplomatiques et, en cas d'échec de celles-ci, par le recours à des mesures de pression et de contrainte telles que les blâmes publics, les mesures de rétorsion et les mesures de représailles non armées.

La violation visée ci-dessus doit toujours s'apprécier en tenant compte de sa gravité ainsi que de la situation économique, sociale et culturelle de l'Etat auquel elle est reprochée, sans préjudice toutefois des règles auxquelles il ne peut en aucun cas être dérogé.

Article 3

Le recours à des mesures propres à assurer la garantie collective des Droits de l'homme est d'autant plus justifié qu'il répond à des violations particulièrement graves de ces droits. Rentrant notamment dans cette catégorie les violations massives et systématiques de ces droits, ainsi que la violation des règles auxquelles il ne peut en aucun cas être dérogé.

Article 4

Le droit à la vie, que la Déclaration universelle énonce en tout premier lieu parmi ceux faisant partie de la conception commune des Droits de l'homme, peut exiger des mesures d'urgence de caractère collectif aptes à porter remède à la situation et prises dans le cadre des règles et principes élaborés par les instances compétentes des Nations Unies.

Article 5

Toute intervention, individuelle ou collective, destinée à assurer la protection des Droits de l'homme, doit se conformer aux règles suivantes :

1. Proportionner strictement la contrainte à la gravité de la situation.
2. Limiter les effets des mesures entreprises à l'Etat contre lequel elles sont dirigées, en respectant, dans toute la mesure du possible, tant les droits des particuliers que ceux des Etats tiers.
3. S'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux Droits de l'homme et aux exigences de la conscience publique.

*Article 6 **

Lorsque des traités ou conventions conclus sur des bases universelles ou régionales ont institué des mécanismes de contrôle et de garantie du respect des Droits de l'homme, c'est par le truchement de ces mécanismes que l'on doit s'efforcer de rechercher la solution des différends qui s'élèveraient du fait de l'allégation, par un ou plusieurs Etats parties, de la violation desdits droits par un autre Etat partie.

* Lors d'une séance de la Commission à laquelle participaient le rapporteur et MM. Capotorti, MBaye, Ténékidès et De Visscher, M. Dinstein a proposé la variante suivante :

"The provisions of this resolution apply without prejudice to the procedures prescribed by or under the constituent instruments and the conventions of the United Nations, the Specialized Agencies or regional organizations".

Article 7

Le renforcement des méthodes et procédures internationales, en particulier des méthodes et procédures des organisations internationales, visant à prévenir et éliminer les violations des Droits de l'homme est hautement souhaitable.

Article 8

L'obligation des Etats d'assurer le respect des Droits de l'homme implique celui de venir en aide, conjointement et individuellement, aux Etats dont la situation économique et sociale est susceptible de retarder le plein épanouissement de la personne humaine.

7. Lettre de M. Sperduti, rapporteur de la huitième Commission, aux confrères membres de la Commission :

Rome, le 30 septembre 1988.

Mes chers confrères,

Ce n'est que récemment, vers le début de l'été, que j'ai reçu des nouvelles observations au sujet du texte établi au Caire par les membres présents de la huitième Commission, observations qui, s'ajoutant à celles qui m'avaient été précédemment adressées, m'ont amené à conclure à l'opportunité de consulter, une dernière fois, l'ensemble des membres de la Commission en vue de la soumission de notre projet à l'assemblée plénière de l'Institut lors de sa prochaine session à Saint-Jacques-de-Compstelle.

J'ai répondu individuellement aux confrères qui m'ont écrit les premiers et que je remercie encore une fois de leur appui moral ainsi que de l'aide technique qui m'a été donnée (MM. Dinstein, Dupuy, Henkin, Tunkin). Mes remerciements s'adressent aussi à notre Secrétaire général. En venant aux confrères qui m'ont écrit plus récemment (Boutros-Ghali, J.F. Lalive, Mbaye, Sahovic, De Visscher), il m'incombe de signaler cette circonstance heureuse que M. De Visscher, membre de la Commission depuis sa création, s'est fait en quelque sorte l'interprète d'exigences ressenties en commun par plusieurs confrères. Les amendements qu'il propose me semblent dignes d'être acceptés presque tous sans changements, si bien que

ma tâche de reconsidérer le précédent projet n° 4 de résolution en résulte grandement facilitée.

Suivant l'ordre des dispositions dudit projet, j'indique d'abord la proposition de M. Sahovic de « supprimer le deuxième paragraphe du préambule », faisant référence à la résolution de Paris (1934) sur le régime des représailles en temps de paix ; il lui « paraît, en effet, inopportun de consacrer tout un paragraphe » à cette référence et « le mettre au début du préambule d'une résolution dont les buts sont beaucoup plus larges ». Votre rapporteur hésite quant à la bonne solution, étant donné que : d'une part, les remarques de notre confrère yougoslave sont en soi bien raisonnables ; mais que, d'autre part, la résolution de Paris est la source des règles incorporées dans l'article 5 du présent projet, ce qui avait amené à accepter ladite référence depuis la session d'Helsinki. Peut-être est-il préférable de laisser ouvert pour le moment le choix en mettant le paragraphe en question entre crochets.

Toujours en ce qui concerne le préambule, il convient, semble-t-il, d'accepter les propositions suivantes :

— celle de M. De Visscher d'employer dans le quatrième paragraphe le terme « assurer » au lieu du terme « promouvoir », motif pris de ce que le premier terme est employé dans le dernier considérant de la Déclaration universelle des Droits de l'homme ;

— les deux propositions de M. J.-F. Lalive : remplacer dans le paragraphe 5 les termes « certains Etats et organisations internationales » par « maints Etats etc. » ; dire dans le paragraphe suivant, au lieu de « dans la mesure où », « de lors que », afin de faire ressortir une causalité plus affirmée ;

— l'autre et spécialement importante proposition de M. De Visscher d'insérer, au dernier considérant, les mots « entre Etats souverains » après les mots « coexistence pacifique ». Voici le commentaire à cet égard de M. De Visscher lui-même, commentaire rejoignant aussi l'avis exprimé par d'autres confrères : « Le préambule devrait, dans un dernier considérant, faire une allusion au principe de la souveraineté des Etats dont dérive la règle de la non-intervention. A mon avis, il faut laisser entendre à l'Institut que la Commission a cherché le point d'équilibre entre la souveraineté et l'exigence du respect des Droits de l'homme, laquelle canalise et limite le principe de la souveraineté sans le contredire ou le nier ».

Venons en à l'article 2 du dispositif du projet, l'article premier n'ayant pas donné lieu à des remarques et suggestions qui, de l'avis de votre rapporteur, demanderaient à être communiquées pour consultation en dépit du stade si avancé des travaux de la Commission.

Quant au premier alinéa de l'article 2, votre rapporteur, sauf à y ajouter « essentiellement » aux fins de la référence aux affaires intérieures dans des termes même de la Charte, estime devoir accepter la rédaction que suggère, pour une question de style, M. Lalive :

« Un Etat ne saurait valablement invoquer le principe de non-intervention dans les affaires relevant essentiellement de sa compétence nationale pour se soustraire aux conséquences d'activités qui lui seraient imputables et qui constitueraient un manquement à son devoir d'assurer, conformément au droit international, la puissance des droits de l'homme dans la sphère où s'exerce sa juridiction ».

Sur les deux autres alinéas du même article, je laisse la parole à M. De Visscher, dont les propositions m'apparaissent tout à fait justes.

« Tel qu'il est rédigé l'article 2, al. 2, se limite aux seules interventions des Etats agissant individuellement ou *collectivement*. Le mot "collectivement" est équivoque en ce qu'il désigne tantôt l'action de deux ou plusieurs Etats agissant occasionnellement de manière conjointe ou l'action d'une organisation interétatique institutionnalisée. Peut-être conviendrait-il de faire précéder l'alinéa 2 de l'article 2 d'un rappel du pouvoir de contrôle et de sanction qui est inhérent aux organes des Nations Unies. En conséquence, je suggère le texte suivant :

« Sans préjudice des fonctions et pouvoirs que la Charte assigne aux organes des Nations Unies en cas de violation des obligations assumées par les membres de l'Organisation, les Etats, agissant individuellement ou collectivement, sont en droit d'exiger le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrées par l'ordre juridique international, au moyen de démarches diplomatiques et, en cas d'échec de celles-ci, par le recours à des mesures de pression telles que les blâmes publics, les mesures de rétorsion et les mesures de représailles non armées ».

Au dernier alinéa de l'article 2, je suis d'accord avec une sugges-

tion tendant à supprimer les mots « sans préjudice toutefois des règles auxquelles il ne peut en aucun cas être dérogé ». Il va sans dire que cette suppression n'a d'autre but que d'éviter un débat sur le contenu du *jus cogens* en matière de Droits de l'homme. Dans la pensée commune des membres de la Commission, les normes de *jus cogens* s'imposent par elles-mêmes de manière absolue et il est donc inutile d'y faire référence expresse dans chacune des résolutions de l'Institut.

L'alinéa 3 de l'article 2 pourrait dès lors être rédigé comme suit :

« Les violations propres à justifier le recours aux mesures visées ci-dessus doivent toujours s'apprécier compte tenu de la gravité des violations dénoncées ainsi que de la situation économique, sociale et culturelle des Etats auxquels elles sont reprochées ».

Le texte de l'article a été légèrement reformulé par le rapporteur, après la suppression de la référence au *jus cogens*.

Sur l'article 4, la parole est à nouveau à M. De Visscher : « L'article 4 est manifestement un article délicat en ce qu'il consacre la licéité de certaines mesures d'*urgence* dans l'hypothèse où le droit à la vie se trouverait menacé au jugement des Etats intervenants.

La huitième Commission a perçu le danger d'abus auquel l'usage d'un tel droit peut donner lieu et c'est la raison pour laquelle elle a exigé que ces mesures revêtent un caractère "*collectif*". Il faut convenir que cette garantie est faible pour la raison déjà évoquée que le terme "*collectif*" peut désigner l'action conjointe de deux Etats seulement. Par ailleurs, l'exigence d'une action "*collective*" risque de retarder exagérément l'adoption de mesures tenues, par hypothèse, pour urgentes. Sur ce point, je n'ai pas d'opinion définitive et je pense qu'il faut laisser l'assemblée plénière en décider.

J'éprouve les plus grands doutes quant au bien fondé d'une formule tendant à soumettre les mesures d'*urgence* à "*l'approbation*" des instances compétentes des Nations Unies. Si le terme "*approbation*" est pris dans le sens qu'il revêt en droit administratif, il vise une approbation qui, à la différence d'une autorisation, n'affecte pas l'adoption de la mesure, mais qui en suspend simplement la mise à exécution. Faute de délai dans lequel l'approbation doit intervenir, cette suspension risque de se perpétuer, ce qui n'est

guère compatible avec le caractère d'urgence des mesures visées à l'article 4.

Je ne vois d'ailleurs pas pourquoi l'Institut se montrerait plus sévère à l'égard de mesures urgentes "*short of war*" que la Charte ne l'est à l'égard des mesures de légitime défense impliquant recours à la force armée.

Les décisions que le Conseil de sécurité pourrait prendre en la matière revêtiront fatalement un caractère politique et risquent de se heurter à l'obstacle du veto. Quant à l'Assemblée générale, elle ne dispose que d'un pouvoir de recommandation et je vois mal comment l'Assemblée pourrait juridiquement tenir en échec des mesures qui, selon la philosophie de la résolution en projet, doivent être présumées légitimes. Je pense, dès lors, qu'il faut se contenter d'exiger que les mesures d'urgence que les Etats pourraient prendre pour la sauvegarde de la vie humaine soient immédiatement *communiquées* à l'Organisation des Nations Unies afin de permettre à celle-ci, soit d'agir sur base des chapitres VI et VII de la Charte en cas de menace contre la paix et la sécurité internationale, soit — s'agissant de l'Assemblée — de solliciter un avis consultatif de la C.I.J. sur la validité juridique de la mesure entreprise.

J'ai également de sérieuses réserves à formuler quant à la disposition finale de l'article 4 aux termes de laquelle les mesures d'urgence devraient être prises dans le cadre des règles et principes "*élaborés*" par les instances compétentes des Nations Unies.

Cette expression est de nature à accréditer l'idée que les organes des Nations Unies et, plus particulièrement, l'Assemblée générale, seraient investis par la Charte d'un véritable pouvoir normatif, *quod non*. S'il arrive fréquemment à l'Assemblée générale de "*déclarer*" ou de "*constater*" l'existence des règles et principes de droit international, elle ne les crée pas et elle ne peut pas les "*créer*". A mon avis, il faut écrire : "*et prises dans le respect des règles et principes du droit international et, notamment, de ceux qui sont énoncés aux articles 5 et 6 de la présente résolution*".

Le rapporteur a tenu dûment compte des sages réflexions de notre confrère. Le texte révisé de l'article 4 se conforme fondamentalement aux indications qui découlent de ces réflexions. Les termes "*de caractère collectif*" ont été mis entre crochets pour laisser ouvert le choix approprié. Il convient, d'ailleurs, de signaler comme

proposition alternative celle de M. Lalive, consistant à ajouter après "mesures d'urgence", les mots "*de préférence* de caractère collectif".

C'est toujours M. J.-F. Lalive qui nous avertit d'entrevoir "une contradiction entre le début de cet article, qui vise "toute intervention... destinée à assurer la protection des Droits de l'homme" et le dernier paragraphe, invitant les Etats à "s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux Droits de l'homme".

Le texte de l'article a été remanié en fonction de cette indication de même que pour introduire, en s'inspirant de la résolution de Paris (1934), la règle de la mise préalable en demeure.

En terminant, je prends la liberté de prier mes confrères de me faire connaître, pour autant que possible dans un mois, leur point de vue au sujet du projet révisé.

Veuillez croire, mes chers confrères, etc... ».

Prof. Giuseppe Sperduti

8. Projet de résolution révisé n° 5.

PROJET DE RÉSOLUTION RÉVISÉ N° 5

(Rome, septembre 1988)

L'Institut de droit international,

Rappelant sa résolution de Lausanne (1947) sur « les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international », ainsi que ses résolutions d'Oslo (1932) et d'Aix-en-Provence (1954) sur « la détermination du domaine réservé et ses effets » ;

[*Revu* sa résolution de Paris (1934) sur « le régime des représailles en temps de paix »] ;

Considérant que la protection des Droits de l'homme, comme garantie de l'intégrité physique et morale de chaque personne et de ses libertés fondamentales, a trouvé son expression tant dans l'ordre constitutionnel des Etats que dans l'ordre juridique international, et spécialement dans les chartes et actes des organisations internationales ;

Considérant que les Etats membres des Nations Unies se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation, le respect universel et effectif des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que l'Assemblée générale, reconnaissant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement, a adopté et proclamé le 10 décembre 1948 la Déclaration universelle des Droits de l'homme ;

Considérant que la fréquente violation des Droits de l'homme suscite la légitime et croissante indignation de l'opinion publique et détermine maints Etats et organisations internationales à intervenir, de diverses manières, pour assurer le respect des droits de la personne humaine ;

Considérant que ces pratiques témoignent, au même titre que la doctrine et la jurisprudence internationales, du fait que, dès lors que les Droits de l'homme bénéficient d'une protection internationale, ils cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats ;

Considérant qu'il importe toutefois, autant dans l'intérêt du maintien de la paix et de la coexistence pacifique entre Etats souverains que dans l'intérêt de la protection des Droits de l'homme, de définir avec plus de précision les conditions et les limites que le droit international impose aux interventions des Etats et des organisations internationales décidées en réponse aux violations des droits de la personne humaine ;

ADOpte la résolution suivante :

Article premier

Les Droits de l'homme sont étroitement liés à la dignité de la personne humaine. L'obligation pour les Etats d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament le préambule de la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des Droits de l'homme.

Cette obligation incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble. Il s'ensuit, selon les termes employés par la Cour internationale de Justice, que tous les Etats

peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés. Cette obligation implique au surplus un devoir de solidarité entre tous les Etats afin d'assurer le plus rapidement possible le plein épanouissement de la personne humaine au niveau universel.

Article 2

Un Etat ne saurait valablement invoquer le principe de non-intervention dans les affaires relevant essentiellement de sa compétence nationale pour se soustraire aux conséquences d'activités qui lui seraient imputables et qui constitueraient un manquement à son devoir d'assurer, conformément au droit international, la jouissance des Droits de l'homme dans la sphère où s'exerce sa juridiction.

Sans préjudice des fonctions et pouvoirs que la Charte assigne aux organes des Nations Unies en cas de violation des obligations assumées par les membres de l'Organisation, les Etats, agissant individuellement ou collectivement, sont en droit d'exiger le respect des Droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrées par l'ordre juridique international, au moyen de démarches diplomatiques et, en cas d'échec de celles-ci, par le recours à des mesures de pression telles que les blâmes publics, les mesures de rétorsion et les mesures de représailles non armées.

Les violations propres à justifier le recours aux mesures visées ci-dessus doivent toujours s'apprécier, compte tenu de la gravité des violations dénoncées, ainsi que de la situation économique, sociale et culturelle des Etats auxquels elles sont reprochées.

Article 3

Le recours à des mesures propres à assurer la garantie collective des Droits de l'homme est d'autant plus justifié qu'elles répondent à des violations particulièrement graves de ces droits, notamment à des violations massives et systématiques.

Article 4

La sauvegarde du droit à la vie peut exiger, dans une situation de danger grave d'atteinte à ce droit, des mesures d'urgence [de caractère collectif] aptes à porter remède à la situation et prises

dans le respect des règles et principes du droit international et notamment de ceux qui sont énoncés aux articles 5 et 6 de la présente résolution.

Ces mesures seront immédiatement communiquées à l'Organisation des Nations Unies.

Article 5

Toute intervention, individuelle ou collective, destinée à assurer la protection des Droits de l'homme, doit se conformer aux règles suivantes :

1. mettre au préalable l'Etat auteur de la violation en demeure de la faire cesser ou d'accorder les réparations requises ;
2. proportionner strictement la contrainte à la gravité de la situation ;
3. limiter les effets des mesures entreprises à l'Etat contre lequel elles sont dirigées, en respectant, dans toute la mesure du possible, tant les droits des particuliers que ceux des Etats tiers.

*Article 6 **

Lorsque des traités ou conventions conclus sur des bases universelles ou régionales ont institué des mécanismes de contrôle et de garantie du respect des Droits de l'homme, c'est par le truchement de ces mécanismes que les Etats doivent s'efforcer de rechercher la solution des différends qui s'élèveraient du fait de l'allégation, par un ou plusieurs Etats parties, de la violation desdits droits par un autre Etat partie.

* Lors d'une séance de la Commission au Caire à laquelle participaient le rapporteur et MM. Capotorti, MBaye, Ténékidès et De Visscher, M. Dinstein a proposé la variante suivante :

"The provisions of this resolution apply without prejudice to the procedures prescribed by or under the constituent instruments and the conventions of the United Nations, the Specialized Agencies or regional organizations". (Traduction française : « Les dispositions de la présente résolution s'appliquent sans préjudice des procédures instituées en matière de droits de l'homme aux termes ou en vertu des instruments constitutifs et des conventions de l'Organisation des Nations Unies, des institutions spécialisées ou des organisations régionales »).

Article 7

Le renforcement des méthodes et procédures internationales, en particulier des méthodes et procédures des organisations internationales, visant à prévenir et éliminer les violations des Droits de l'homme, est hautement souhaitable.

9. En concluant, le rapporteur se doit de signaler l'attitude fort positive de la plupart des membres de la Commission à l'égard des progrès accomplis par les deux derniers projets. Des membres ont voulu témoigner leur satisfaction lors de la survenance du projet n° 5, par exemple M. Dinstein qui s'est ainsi exprimé dans une lettre datée du 5 décembre 1988 :

"I fully accept the new text, and I can only express the hope that at the forthcoming session at Santiago de Compostela a final Resolution will be adopted by the Institute".

D'autres membres, qui avaient beaucoup apprécié le projet n° 4 (voir, par exemple, lettre de M. Dupuy au rapporteur, en date du 17 juin 1988) n'ont pas estimé nécessaire de se prononcer à nouveau lors de ladite survenance.

Il faut aussi considérer comme positive l'attitude des membres qui ont souhaité pouvoir revenir sur quelques points en assemblée plénière à Saint-Jacques-de-Compostelle. Peu de membres n'ont pas fait part par lettre de leur point de vue, mais le rapporteur a été informé que d'autres communications pourront encore lui parvenir.

Dans l'ensemble, les membres suivants ont pris favorablement position : MM. Boutros-Ghali, Capotorti, Dinstein, Dupuy, Henkin, J.-F. Lalive, Mbaye, Pescatore, Sahovic, Ténékidès, De Visscher.

S'étaient, entre autres, précédemment exprimés pour le projet n° 3 les confrères M. Truyol y Serra et M. Nascimento e Silva.

Giuseppe Sperduti

POST-SCRIPTUM

Le rapporteur a reçu deux autres lettres de la part de membres de la huitième Commission peu de jours après qu'il eût transmis son rapport définitif au Secrétaire général, en vue de la réunion du bureau de l'Institut à Paris (réunion du 12 janvier). M. Sperduti

tient à remercier ses confrères, M. Pescatore et M. Tunkin des efforts qu'ils ont continué à déployer pour l'aider à mener à bien son travail. En même temps, il regrette de ne pouvoir à ce stade que manifester son accord avec les propositions complémentaires de M. Pescatore, dont la lettre — datée du 25 décembre — énonce sa pleine adhésion au projet de résolution n° 5. En ce qui concerne l'incorporation des propositions dans le projet, il y a lieu d'attendre la réunion habituelle de la Commission qui se tiendra la veille de l'inauguration de la session de l'Institut de Saint-Jacques-de-Compostelle.

Dans ses observations, M. Tunkin formule des commentaires critiques sur certains aspects du projet de résolution en question. Il faudra en tenir compte lors de la reprise du débat, au moment approprié.

Annexe I

Observations des membres de la huitième Commission sur le projet de résolution révisé n° 2.

1. Observations de M. Truyol y Serra

Le 18 octobre 1985.

Mon très cher ami et confrère,

Je vous prie de bien vouloir m'excuser de ne pas vous avoir écrit plus tôt au sujet du projet de résolution adopté à Helsinki par la huitième Commission de l'Institut, que vous présidez.

.....

Je suis tout à fait d'accord avec le texte adopté en Commission et ce que vous suggérez à son propos. Je me réjouis que vous ayez ainsi conduit notre bateau à bon terme. Je regrette seulement de ne pas avoir eu l'occasion de vous prêter une collaboration plus ample, du fait de mes occupations actuelles.

Veillez croire, mon très cher ami et confrère, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Antonio Truyol

2. *Observations de M. G.E. do Nascimento e Silva*

Rio de Janeiro, 25 October 1985.

My dear Friend and Confrere,

I acknowledge receipt of your very kind and generous letter of 11 September and of the Revised Draft Resolution of 25 August.

My congratulations to you and to the members of the 8th Commission that drafted in Helsinki the new document...

The doubts I expressed regarding previous drafts no longer exist. I have no hesitations in accepting your arguments to change in article 2 the word « notamment » by the phrase « en toute première ligne », which I suppose would read in English "above all".

I feel that in article 9 the Phrase « tout autre Etat membre de la communauté internationale », which we find in article 5, should be included after « le recours à des mesures de contrainte ».

With my renewed congratulations, please accept, my dear confrere, my best regards.

G.E. do Nascimento e Silva

3. *Observations de M. Paul De Visscher*

Bruxelles, octobre 1985.

Mon cher confrère et ami,

Donnant suite au vœu que vous avez exprimé au terme de la session d'Helsinki, je vous adresse sous ce pli mes observations au sujet du projet de résolution que la huitième Commission de notre Institut a adopté sur le thème de « la protection des Droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ».

I. *Intitulé.*

Au seuil de votre exposé préliminaire, vous avez relevé à juste titre que la terminologie utilisée pour désigner l'objet du principe de non-intervention est éminemment variable en ce qu'elle vise tantôt « les affaires intérieures », tantôt « les affaires intérieures ou extérieures », et tantôt « les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat ». L'intitulé du projet est celui-là même

que le Bureau de l'Institut a choisi en son temps et l'opportunité de ce choix n'a pas été contestée au sein de la Commission. Il se pourrait cependant que la question soit soulevée au cours des débats en séance plénière et je me demande s'il ne serait pas judicieux de préciser, dans le rapport définitif, que l'expression « affaires intérieures » couvre aussi la conduite par un Etat de sa politique extérieure. Eventuellement, je me rallierais à l'expression « affaires relevant de la compétence nationale des Etats » qui est utilisée par la Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

II. Préambule.

Le préambule n'appelle plus de ma part que des remarques de forme.

In fine du troisième considérant, il serait plus correct d'écrire :

« ...que dans de nombreux traités internationaux ainsi que dans les Chartes et les Actes constitutifs de plusieurs organisations internationales et spécialement dans la Charte des Nations Unies ».

Le deuxième considérant serait mieux rédigé comme suit :

« Considérant que la fréquence des violations des Droits de l'homme et en particulier des droits fondamentaux, soulève l'indignation croissante et légitime de l'opinion publique et détermine certains Etats et certaines organisations internationales à intervenir, de diverses manières, pour en exiger le respect ».

III. Texte.

Article premier : je suggère la rédaction suivante :

al. 1. « Les droits fondamentaux de l'homme sont étroitement liés à la dignité de la personne humaine et l'obligation pour les Etats d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament, notamment, le préambule de la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des Droits de l'homme ».

al. 2. Compte tenu du texte proposé pour l'alinéa premier, l'alinéa 2 du projet pourrait être supprimé.

al. 3. Cet alinéa deviendrait l'alinéa 2 et devrait débiter de la manière suivante : « L'obligation de respecter les droits fondamentaux de l'homme incombe dès lors... ».

Article 2.

Votre suggestion de remplacer le mot « notamment » par les mots « en tout premier lieu » aurait pour conséquence de conférer une importance primordiale, sinon décisive, aux clauses relatives aux dérogations prohibées qui figurent dans certains traités. Songeant aux traités relatifs aux Droits de l'homme qui pourraient être conclus dans l'avenir, notamment au niveau régional ou sub-régional, je ne crois pas pouvoir me rallier à votre proposition.

A mon avis, certaines dérogations aux Droits de l'homme doivent être considérées comme illicites par nature et dans leur principe, quand bien même elles seraient autorisées par un traité particulier.

Article 3.

Je m'interroge sur l'utilité de cet article qui, dans sa seconde phrase, reproduit textuellement la définition que l'Institut a donnée du domaine réservé en 1954 et qui, dans sa première phrase, décrit la justification du principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats sans en donner une définition matérielle. Au surplus, la justification du principe de non-intervention ne réside pas seulement dans la sauvegarde du libre exercice de la souveraineté ; elle réside aussi et surtout dans les exigences du maintien de la paix.

Articles 5 et 6.

Ces deux articles pourraient être utilement fusionnés en un seul que je rédigerais dans les termes suivants :

« La violation par un Etat des droits fondamentaux de l'homme autorise tous autres Etats membres de la communauté internationale d'en exiger, individuellement ou collectivement, le respect par voie de démarches diplomatiques et, en cas d'échec de celles-ci, par le recours à des mesures de pression et de contrainte telles que les blâmes publics, les mesures de rétorsion et les mesures de représailles non armées ».

Ce texte exclut clairement le recours aux représailles armées ou à la menace de leur emploi et permettrait dès lors de supprimer l'article 8 du projet qui se borne d'ailleurs à rappeler un principe fondamental de droit international consacré par la Charte des Nations Unies.

Article 7.

Est essentiel et pourrait être quelque peu développé en s'inspirant de l'article 6 de la Résolution que l'Institut a consacrée, au cours de sa session de Paris de 1934, au régime des représailles en temps de paix.

J'ai été très heureux de constater l'intérêt que les membres de notre Commission, présents à Helsinki, portent au sujet dont vous avez la charge et je veux espérer que cet intérêt ne se relâchera pas au cours des longs mois qui nous séparent de la prochaine session. Je serais particulièrement heureux de connaître le sentiment des membres de notre Commission qui n'ont pas pu prendre part à nos réunions d'Helsinki.

Croyez, mon cher confrère et ami, à mes sentiments cordialement dévoués.

P. De Visscher

4. Observations de Mlle K. Marek

Le 23 novembre 1985.

Monsieur le Professeur et cher confrère,

A mon grand regret, je n'ai pas pu cette année participer à la session de l'Institut à Helsinki et par là-même aux réunions de la huitième Commission. Je profite donc de votre aimable invitation pour vous adresser par écrit mes commentaires au sujet du projet de résolution que vous avez bien voulu me faire parvenir.

J'avoue que j'éprouve certaines difficultés devant ce texte, tant sur la forme que sur le fond.

I. Sur la forme d'abord :

1. Je pense que le dispositif d'une résolution de l'Institut se doit d'être normatif, sauf pour des définitions éventuelles, quelle que soit par ailleurs la forme grammaticale dans laquelle cette normativité s'exprime.

Or, je trouve dans votre dispositif des énoncés de caractère déclaratoire, notamment aux articles 1 et 10, qui n'ont pas leur place ici et qui pourraient, le cas échéant, figurer dans les considérants, réserve faite de leur formulation. Je tiens à rappeler dans ce contexte que la célèbre « résolution » de Lausanne de 1947 porte en fait le titre non pas de résolution, mais de « déclaration », ce qui, à ma connaissance, est tout à fait exceptionnel dans la pratique de l'Institut. Cette exception est rigoureusement correcte. En effet, le document tout entier énonce de grands principes en la matière et constitue ainsi un *credo* fondamental, sans formuler des règles concrètes pour le comportement des Etats.

2. Les articles 2 et 3 du projet se proposent de définir les deux notions-cléf de notre sujet, à savoir les Droits de l'homme et l'intervention (ou la non-intervention). Ne serait-il pas plus indiqué de fonder ces deux dispositions dans un seul article premier qui énoncerait clairement : « Aux fins de la présente résolution : a) l'expression « Droits de l'homme » signifie..., b) l'expression « intervention » signifie... » ? Je me permets de penser que le texte y gagnerait en clarté.

II. Sur le fond :

1. Concernant les deux définitions :

a) Droits de l'homme. Le texte de l'article 2 actuel semble limiter cette notion aux instruments conventionnels, en la restreignant encore par voie de renvoi aux clauses dérogatoires de ces instruments. Sans entrer ici dans la question de la hiérarchie de ces droits — que vous soulevez à juste titre — une telle limitation est-elle souhaitable et justifiée ?

Or, elle ne me paraît pas souhaitable, puisqu'elle peut être comprise comme une absolution générale à l'égard des Etats qui ne sont pas partie aux instruments conventionnels pertinents. Elle ne me paraît pas non plus justifiée, puisque, en effet, la notion englobe non seulement les droits articulés dans les engagements conventionnels — ou politiques — mais également ceux qui au cours de l'histoire sont entrés dans l'héritage juridique de l'humanité par la voie des grands actes internes concordants. Ce sont donc des principes qui ont fourni, dans le passé, le fondement des interventions d'humanité sans base conventionnelle, les principes dont la Cour n'a pas hésité d'affirmer que, « reconnus par les nations civilisées », ils « obligent les Etats même en dehors de tout lien conventionnel » (C.I.J. Rec. 1951, p. 23). Je m'abstiens pour le moment d'en débattre la nature juridique précise ; je plaide néanmoins pour leur inclusion dans notre définition.

b) Intervention. L'article 3 établit un *iunctim* entre l'intervention et le domaine réservé au sens technique du mot. J'éprouve les plus grands doutes au sujet d'un tel *iunctim*, même s'il est malheureusement courant chez les auteurs. A ma connaissance, seul notre confrère, M. Arangio-Ruiz, s'est élevé contre cette confusion (Human Rights and Non-Intervention in the Helsinki Final Act, R.C.A.D.I., 1977, IV, plus particulièrement p. 279). En effet, l'interdiction de l'intervention en droit international porte sur des « affaires intérieures » d'un Etat, donc, des affaires qui se trouvent normalement dans la gestion de l'Etat, qu'elles soient en plus, oui ou non, couvertes par des règles de droit international. Il s'agit donc d'une notion plus large que celle du domaine réservé au sens technique du mot, le champ protégé par cette interdiction dépassant de loin celui du domaine réservé. Admettre le contraire serait admettre la licéité de l'intervention dans chaque cas de violation d'une obligation internationale quelconque — conception inconnue du droit international général et du droit des traités en particulier — et qui aurait des conséquences incalculables.

Tout compte fait, dans la réalité des choses, le domaine réservé n'est qu'une exception que l'on soulève, à tort ou à raison, dans le cadre des procédures internationales de tout degré et de toute intensité, depuis une querelle diplomatique jusqu'à la procédure judiciaire. Je suis donc tout à fait d'accord pour déclarer irrecevable cette exception dans toute procédure ayant trait aux Droits de l'homme et même — suite logique du raisonnement qui précède — d'étendre cette irrecevabilité à l'exception plus large des « affaires intérieures ». Je ne suis pas d'accord, je le répète, pour identifier les « affaires intérieures » avec le domaine réservé aux fins d'une définition de l'intervention.

Encore faudrait-il s'entendre sur la question de savoir quelles sont les activités contre lesquelles l'interdiction de l'intervention « vise à sauvegarder l'exercice de la souveraineté de l'Etat pas rapport aux affaires intérieures... », comme l'énonce l'article 2. Ceci demande une double délimitation de la notion de l'intervention : d'un côté, à l'égard des notions connexes avec lesquelles on a tendance à la confondre (agression, annexion, guerre, etc.), de l'autre côté, à l'égard des mécanismes normaux de la diplomatie internationale. Des

pressions diplomatiques, des démarches visant à exercer ou étendre son influence, etc. sont une constante normale des rapports internationaux sans pour autant tomber dans la catégorie des actes d'intervention. Ce qui les distingue de l'intervention, c'est l'élément de contrainte, le caractère clairement coercitif de cette dernière.

Je me rends compte de la difficulté de toute définition. Cependant, je ne crois pas qu'il soit possible de passer sous silence les activités qui constituent l'intervention et contre lesquelles précisément le droit international protège les Etats. Dans ces circonstances, je me permets de vous soumettre mon projet de définition, simplement aux fins d'un débat :

« L'expression "intervention" vise l'acte de contrainte de caractère dictatorial par lequel un Etat ou un groupe d'Etats s'ingère dans les affaires intérieures d'un autre Etat, sans le consentement de ce dernier et sans titre spécifique. Dérogeant ainsi tant aux règles fondamentales qu'à la structure même de l'ordre juridique international, l'intervention constitue un acte illicite sauf circonstances tout à fait exceptionnelles ».

2. Concernant l'essence même du dispositif : en effet, comme l'énoncent les articles 5 et 6 du projet, chaque Etat est en droit de réagir contre les violations graves des droits de l'homme dans un autre Etat. Il n'y a là rien de très nouveau ni révolutionnaire et la constatation se passe de l'autorité de la Cour, d'autant plus que, dans l'arrêt visé, elle énonce cette vérité pour la contredire quelques pages plus loin, ce qui ne manque pas d'être quelque peu embarrassant (C.I.J. Rec. 1970, pp. 32 et 47). Il suffit de rappeler qu'un tel droit de chaque Etat a été affirmé dans la doctrine déjà par les classiques (Voir Grotius, II, XX, 40 et le commentaire de P. Haggénmacher « Sur un passage obscur de Grotius », dans la Revue d'histoire du droit, tome LI, 1983, Universitaire Pers Leiden, notamment p. 313 ; cf. Vattel, II, 56) et que, dans la pratique, il a servi de base à toutes les interventions d'humanité.

Reste à savoir quel est le contenu et quelles sont les limites d'un tel droit.

Il semble hors de doute qu'il englobe toutes les mesures qui ne dérogent pas elles-mêmes aux règles du droit international et dont la liste défie l'énumération (simplement à titre d'exemple, protestations, intercessions, rappel des ambassadeurs, restrictions commerciales, etc.). De telles mesures, parfaitement licites et dépourvues de l'élément de coercition de caractère dictatorial, ne rentrent pas dans la définition de l'intervention proposée. De toute évidence, ne rentrent pas dans cette définition ni la saisine d'un organe international compétent, ni l'exercice par un tel organe de sa compétence. La seule question qui se pose ici est de savoir s'il est recommandable d'explicitier, *ex superabundanti cautela*, cette vérité évidente dans le texte de la résolution.

En revanche, l'intervention au sens strict du mot ne saurait être admise que dans des cas tout à fait extrêmes (ce sont précisément ces cas-là que visent les auteurs classiques) et comportant un élément d'urgence. Je ne crois cependant pas que l'on puisse parler ici de la légitime défense sans étendre cette notion au-delà du raisonnable. En effet, aucun Etat ne se trouve dans

la situation de légitime défense parce qu'un autre Etat massacre, ou s'apprête à massacrer, des êtres humains sur son territoire. Il me semble donc que, dans ces cas extrêmes, il s'agit non pas de la légitime défense, mais de la nécessité, telle qu'elle a été définie de manière classique par le Secrétaire d'Etat Webster comme "instant, overwhelming, and leaving no choice of means and no moment for deliberation".

III. En conclusion, je me permets de soumettre à votre attention et à celle des membres de la huitième Commission, aux fins d'une discussion, le projet suivant de l'architecture future de la résolution :

1. des considérants rassemblant tous les passages de caractère déclaratoire, quitte éventuellement à les reformuler ;
2. un article premier portant des définitions ;
3. un article 2 affirmant le droit traditionnel de chaque Etat de réagir contre les violations graves des Droits de l'homme dans un autre Etat ;
4. un article 3, décrivant soit de façon générale, soit de façon illustrative mais non limitative, les activités permises à cette fin et soulignant éventuellement leur caractère non-interventionniste ;
5. un article 4, déclarant irrecevable l'exception des affaires intérieures au sens large du mot dans toute procédure internationale engagée en la matière ;
6. un article 5 traitant de la proportionnalité ;
7. un article 6, déclarant l'inadmissibilité de mesures étatiques individuelles dans les cas d'une procédure engagée devant les organes internationaux compétents, à condition que l'Etat mis en cause participe de bonne foi à la procédure ;
8. un article 7, réaffirmant l'interdiction de l'intervention, sauf pour les cas extrêmes et comportant un élément d'urgence ;
9. un article 8, exprimant le vœu d'un renforcement des méthodes de la protection internationale des Droits de l'homme.

Voilà les commentaires que vous avez désirés et dont je vous prie d'excuser la longueur. Je ne cesse de regretter l'occasion manquée de discuter à Helsinki avec vous et les membres de la Commission du sujet qui nous préoccupe.

Je vous prie de croire, Monsieur le Professeur et cher confrère, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Krystyna Marek

5. Observations de M. Tunkin

Moscow, 23 January 1986.

Dear Professor Sperduti,

After having carefully studied the draft resolution on human rights you had circulated to the members of the Commission at Helsinki, I have come to the conclusion that the draft should be thoroughly revised to bring it in conformity with international law in force. Any proposal *de lege ferenda*, if desirable, should be singled out as such.

1. The Draft should be based, in my opinion, first of all on the provisions of the Charter of the United Nations. According to the Charter, which is the principal document of contemporary international law, one of the purposes of the United Nations and therefore of international law is "to achieve international cooperation... in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion" (Art., I, 3).

And Art. 55 of the Charter states, *inter alia*: "...The United Nations shall promote :...

c) universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion".

I beg to excuse me for quoting these well known texts of the United Nations Charter, but unfortunately dealing with concrete problems of international law we sometimes forget basic provisions.

2. On the basis of these provisions of the United Nations Charter a number of general international treaties on human rights have been concluded such as Genocide Convention (1948), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), International Covenants on Human Rights (1966), International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (1973), and others.

Under these treaties States have assumed concrete obligations with regard to human rights. Some of the treaties as well as constitutions of international organisations provide for international supervision of compliance of States with their respective obligations.

3. There are also many local international organisations and treaties dealing with human rights, though they vary considerably in their contents.

4. Probably the most important consideration is that by their very nature human rights in the society of sovereign States belong essentially to the internal affairs of States, except in so far as there are international obligations of a State. The scope and actual realisation of human rights depend first of all on economic, social, political and legal system of a State.

To admit the contrary would mean to proceed on the Utopian assumption that there is already a world State, that international law has become a law of this State and individuals are subjects of the law of the world State. However such an assumption is not only not realistic but it is harmful as it may open the way for interventions under pretext of defending human rights in another State. Such cases have actually taken place in recent years, and led to serious international tensions.

5. It seems that the draft should solve the problem referred to in Art. 2, 7 of the United Nations Charter, namely that the principle of non-intervention "shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII".

Some international treaties, as for instance the Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid settle this problem stating that apartheid is a crime against humanity "constituting a serious threat to international peace and security".

In this connection one should also keep in mind that the primary goal of contemporary international law is to contribute to the survival of humanity, i.e. to preventing nuclear war and maintaining international peace and thereby to safeguard a primary right of a modern man — the right to peace.

6. The branch of international law relating to human rights is a relatively new one. It is therefore of special importance to see it not so much in static but in its dynamics. The draft should stress the importance of further development of this branch of international law not by speculative approach but by the most efficient means of progressive development of international law in general, i.e. by international treaties.

7. It seems that the draft is also not in conformity with the general trend of international law characterised by limiting individual actions of States in cases of violations of international law in favour of actions taken by general international organisations especially by the United Nations.

With kind regards,

G. Tunkin

6. *Observations de M. Dinstein*

March 11, 1986.

Dear Professor Sperduti,

I read with a great deal of interest the background paper, and the Draft Resolution that you prepared for the *Institut's* 8th Commission on Human Rights and the Principle of Non-Intervention. I think that you should be complimented on the high level of the research done.

All in all, I fully share the conceptual underpinning of the Draft Resolution. I believe that alleged violations of human rights must not be used (or abused) as an excuse to ignore the general prohibition against the use force in the relations between States (as expressed in Article 2(4) of the Charter of the United Nations). Hence, whereas intervention against such violations is perfectly legitimate, it must be confined to non-forcible measures.

Since I did not take part in the early stage of the work of the 8th Commission, I hesitate at this juncture to make too many comments. But there are three points that I would like to draw your attention to:

1. Preamble — 3rd paragraph — I would replace the last two lines (« que dans les traités », etc.) with the formula "in conventional as well as customary international law". Otherwise, the present phraseology opens the door to unnecessary (and, in the context, irrelevant) discussions regarding the sources of international law.

2. Article 2. — This Article raises a semantic question which may, however, generate a profound debate going to core of the issue of human rights. I do not particularly like the distinction between fundamental and other (i.e. non-fundamental) human rights. On the one hand, all human rights are usually referred to as fundamental freedoms. On the other hand, any attempt to rate human rights in terms of their significance usually creates more problems than it solves. Even the reference to non-derogable human rights as fundamental is not entirely satisfactory. Thus, how would you assess freedom from imprisonment for inability to fulfill contractual obligations, from which no derogation is permitted under the Civil and Political Rights Covenant? Surely, this is a right of marginal significance. Yet, according to Article 2 as presently formulated, it assumes fundamental proportions.

3. Articles 6-7. — I believe that it must be categorically stated that acts of retorsion and non-forcible reprisals, carried out against a State which is in violation of human rights, must not themselves be in contravention of human rights. In other words, no reciprocity in violations of human rights is admissible. This applies especially to the human rights of nationals of the State against which measures of retribution are addressed. But, once more, there ought to be no distinction between human rights on the ground of their fundamental character.

These few remarks do not detract from my overall high esteem of the work done.

Cordially yours,

Yoram Dinstein

7. Observations de M. Henkin

25 March 1986.

Dear Confrere,

In my first act as a new member of the Eighth Committee, I congratulate you on the provisional report of April 1985 and on the drafts of the proposed resolution.

Having entered the process late, I will address only the proposed resolution. For brevity, I will not stop to say where I am in full agreement with your proposed text, but will indicate where I have some difficulties, whether of substance or expression.

Article 1.

While emphasizing those human rights that are fundamental, I would seek to avoid appearing to denigrate those that are not. All human rights, not only those that are fundamental, are linked to human dignity. See the Preamble to the Universal Declaration. I would therefore eliminate the word « fondamentaux » in the first line of Article 1. It may then require an additional sentence at the beginning of the third paragraph of Article 1 to indicate that some human rights are fundamental, and that, *at least* those that are, have acquired status as customary law and are obligations *erga omnes*.

Article 2.

In my view it is not desirable to identify the idea of fundamental rights too intimately with non-derogable rights.

— The concept of derogability, and its offspring derogable and non-derogable rights, apply in public emergency "which threatens the life of the nation". International Covenant on Civil and Political Rights, Article 4. The concept of fundamental rights applies even in "normal" times.

— Some rights are non-derogable not because they are fundamental but because it is difficult to conceive of circumstances in which derogation from these rights is "strictly required by the exigencies of the situation" (*Ibid.*). That, for example, must be the reason why Article 11 of the Covenant is non-derogable.

— Because identifying human rights as fundamental will tend to denigrate other rights it is particularly important that the concept and catalogue of fundamental rights should not be unduly restricted.

— Some very important rights, though derogable in public emergency are, in my view, fundamental in normal times. Freedom from prolonged detention was clearly intended to be derogable. Freedom from "disappearance", I suppose, may also be held to be derogable; since causing disappearance may

by only a form of unadmitted detention, it is difficult to prove that the missing person has been deprived of life.

It would be highly unfortunate if the Institut were understood as implying that causing disappearance, or prolonged detention without trial, is not a violation of a fundamental human right. Other rights, including some measure of autonomy, of freedom of political expression, of procedural justice, and the right to assert one's human rights without fear of punishment, may also be fundamental, though nowhere declared to be non-derogable in emergency.

One can use the concept of non-derogability as one point of departure, but it should be made clear that fundamental rights are not limited to non-derogable rights. I would be disposed to relate the idea of fundamental human rights to those that have become principles of customary law, whether or not they are also *ius cogens*. They would include at least those that no state claims the right to violate, or admits to be violating.

The draft Restatement of the Law of U.S. Foreign Relations has a modest list, which includes arbitrary detention and disappearance, among the rights that are obligations under customary law and *erga omnes* (For your convenience, I include the relevant sections of the draft Restatement).

Articles 3-5.

Each of these articles seems to me correct in itself (I would be disposed to combine Articles 3 and 4 into one article).

I agree with Article 5 as far as it goes. States generally may object to a violation in respect of fundamental human rights. But Article 5 may be interpreted as meaning that no state can protest a violation of human right that is not characterized as fundamental. In my view that would not be accurate.

Article 5 is not complete, insofar as it does not address fundamental rights which are the subject of an international convention. Such conventions are addressed in Article 9, on which I comment below. But Article 9 does not distinguish between fundamental rights and other human rights. Especially since Article 9 takes a limited view of the right to protect violations of rights protected by treaty, it may appear that the result of Article 5 and Article 9 taken together is that any state may protest violations of fundamental rights but states parties to a convention may have sacrificed that right in respect of fundamental rights covered by the Convention and are limited to the procedures, if any, provided by the Convention.

I would add to Article 5 that the remedies available to states under that article are *in addition* to any that they may have under an applicable international agreement.

Article 8.

It would be desirable to say something about "humanitarian intervention". I agree that a state may not use force forbidden by Article 2(4) even against a state guilty of violations of human rights. I am somewhat reluctant, however, to admit that under the Charter it would be unlawful to enter the territory of another state to prevent a holocaust as under Nazi Germany, or in Cambodia, if only by collective action under the auspices of an appropriate international organization. I think I would be prepared to accept incursion into another country for the purposes of *saving* and *removing* persons in danger, but *not* to overthrow a government or occupy a country.

Article 9.

This article seems to suggest that in respect of violations of rights covered by a convention, whether such rights are or are not fundamental, parties are limited to the remedies indicated in the convention. In my view, whether that is so is in every case a matter of interpretation of the convention. Unless it is clearly indicated that convention remedies are exclusive, the presumption should be that they are not, and conventions should be interpreted accordingly.

Existing human rights conventions generally, I think, give every state party the right to object to a violation by another state party in all the ways available normally to parties to a treaty. Even the conventions that expressly address the question do not say that the convention remedies are exclusive. For example, Article 62 of the European Convention excludes resort to other means of dispute settlement; it does not exclude direct claims between parties. States have invoked conventions in support of claims on behalf of their nationals. In my opinion, a state may complain of a violation by another party to a convention even if the victim is not a national of the complaining state.

It would seem to be desirable also to say a word about what is meant by « mesures de contrainte ». I assume it refers to measures that are impermissible under international law, or permissible only in response to a violation of international law. But measures such as terminating or modifying diplomatic relations, trade relations, economic assistance, are not impermissible in any circumstances (unless they violate a treaty undertaking), although some might call them « mesures de contrainte » if designed to modify the behavior of the "target" state.

Sincerely,

Louis Henkin

Annexe II

Observations des membres de la huitième Commission sur le projet de résolution révisé n° 4.

1. *Observations de M. Henkin*

4 December 1987.

Dear Professor Sperduti,

I regret that I was unable to participate in the deliberations of the Eighth Committee at Cairo.

My congratulations to you and the other members of the Committee on a very good draft Resolution on the Protection of Human Rights. I offer the following comments:

a) Title of the Resolution. Should we keep the reference to non-intervention in the title of the Resolution? The only mention of that issue is in the preamble and in the first sentence of Article II, where you — properly — dismiss the notion that the principle of non-intervention has any relevance to this subject. Putting the reference in the title promises greater attention to it in the Resolution than we in fact give, and accords the issue more attention than it deserves.

b) Preamble. The fifth paragraph speaks of "frequent violation of human rights" as a basis for international concern. It might be more accurate to limit that statement to "frequent gross violations".

c) Article 1. The first paragraph seems to be of "preambular" character; you might consider putting it into the preamble.

d) Article 2. Do we intend this article to apply equally to rights that are protected by convention as to those that have achieved status as customary law?

e) Article 2, paragraph 2, refers to "individual or collective" measures for seeking respect for human rights; Article 3, on the other hand, refers to measures to assure "the collective guaranty" of human rights. I assume that Article 3 refers to both individual and collective measures, and the language might be modified to make that clear.

f) Articles 4 and 5 raise the issue of the permissibility of humanitarian intervention. Does draft Article 4 mean to suggest that only collective measures — not measures by a single state — can be taken? That even such measures can be taken only pursuant to principles developed by the United Nations, or pursuant to specific U.N. authorization?

By contrast, Article 5 seems to suggest that intervention can be individual or collective, and that both are subject to principles of necessity and proportionality. Would it not be desirable to define the limits of intervention more precisely in relation to the means of intervention? For example, we might declare that measures of rescue — to save lives by removing persons in danger — may be justified by means necessary and proportional to that end, but conquering a country or overthrowing its government — even for the purpose (or alleged purpose) of saving lives — is open to serious question even if "necessary" and "proportional".

I am also troubled by the vagueness of «exigences de la conscience publique».

g) Article 6. I tend to prefer Professor Dinstein's alternative proposal. My difficulty with the draft text is that it has no realistic application to those cases that are likely to arouse the concern of other states. Surely, cases covered by Articles 4 and 5 of the draft Resolution cannot be met by recourse to any of the machinery provided by any covenant or convention. This difficulty might be met in part if Articles 6 and 7 were placed before Articles 4 and 5, thus rendering Articles 4 and 5 "special cases".

Again, my congratulations on a fine draft.

Sincerely,

Louis Henkin

2. *Observations de M. Tunkin*

Moscow, 14 January 1988.

Dear Professor Sperduti,

I beg to excuse me for a belated reply to your letter of 5 October 1987.

In my opinion the draft resolution attached to your letter is deficient in two respects and must be further improved.

1. It runs contrary to one of the very important trends in international law that is of limiting possibilities of unilateral enforcement measures by States in favour of those by universal international organisations.

2. It makes no distinction between two kinds of violations of human rights that entail different consequences:

a) violations of human rights that constitute international crimes of States;

b) other violations of human rights.

With kind regards and best wishes,

G. Tunkin

3. *Observations de M. Sahovic*

Belgrade, le 30 avril 1988.

Mon cher confrère,

Je regrette sincèrement que je n'ai pas pu suivre de plus près un certain temps vos travaux du rapporteur ainsi que de la huitième Commission qui s'occupe de la question de « La protection des Droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ». Vous avez réussi de progresser dans l'étude de ce sujet et je vous félicite. Nous avons maintenant devant nous le Projet de Résolution n° 4 (révisé), préparé à la session du Caire de l'Institut (1987) et je me permets, tout en m'excusant pour mon absence dans les débats qui ont précédé, de vous envoyer mes observations.

1. Je tiens tout d'abord à signaler que je suis d'accord avec l'idée de l'adoption d'une résolution comme résultat des travaux de la Commission. Il s'agit, sans aucun doute, d'une matière délicate présente dans la vie internationale contemporaine qui mérite une prise de position d'une autorité juridique. Etant donné que l'Institut est par sa place dans le domaine du droit international, l'instance qui a traditionnellement exprimé ses vues à propos des problèmes épineux et nouveaux, une résolution approuvée par lui contribuerait sans aucun doute à la clarification du rapport entre le respect des Droits de l'homme et le principe de non-intervention qui pose encore aujourd'hui un nombre de questions.

On dirait, en première vue, que le respect des Droits de l'homme et le principe de non-intervention s'entrecroisent et se contredisent l'un l'autre. Cependant, grâce à l'évolution des règles pertinentes, le respect des Droits de l'homme ne devrait pas être limité par l'application du principe de non-intervention. Les Droits de l'homme n'appartiennent plus au domaine réservé des Etats d'après l'ordre juridique international positif. D'autre part, le principe de non-intervention ne devrait pas être traité comme incompatible avec la possibilité du contrôle du respect des Droits de l'homme sous condition de l'observation stricte de l'indépendance et des droits souverains des Etats dans le cadre du processus de son application.

Une autre remarque de nature générale mérite, d'après mon point de vue, une attention particulière. Elle concerne l'orientation qui devrait être prise en considérant les possibilités du recours à des mesures contre les violations des Droits de l'homme au stade actuel du développement de la réglementation juridique internationale. Il me paraît indispensable d'insister, en premier lieu, sur l'importance des procédures collectives et l'action des organes internationaux de contrôle et juridictionnels. J'ai l'impression que les Etats ont commencé à reconnaître de plus en plus leur existence et adapter leur comportement à leur action, et il ne faudrait pas que l'Institut néglige ce fait en donnant la même importance à l'action directe des Etats sur le plan bilatéral et celle résultant de l'activité des organes internationaux. Tout en insistant sur ce point, je ne nie pas le droit des Etats d'agir individuellement dans des cas spécifiques en recourant aux mesures traditionnelles, à savoir les démarches diplomatiques, de rétorsion, de représailles non armées, etc. La force des mesures prévues contre les violations des Droits de l'homme doit être basée sur la solidarité internationale. Ce n'est qu'en renforçant le mécanisme juridique de son influence qu'on peut contribuer à la réduction progressive de la référence au principe de non-intervention comme obstacle à la réalisation du contrôle international de l'observation des Droits de l'homme.

Le texte du projet devrait un peu plus insister sur les aspects du rapport entre le respect des Droits de l'homme et le principe de non-intervention que j'ai ci-dessus souligné.

2. Mes remarques concrètes sur le texte du projet sont les suivantes :
Préambule.

— Il serait nécessaire de formuler un nouveau paragraphe introductif dans lequel on soulignerait l'importance du rapport entre le respect des Droits de l'homme et le principe de non-intervention au stade actuel du développement de l'ordre juridique international.

— Il me paraît inopportun de consacrer tout un paragraphe à la résolution de Paris sur le régime de représailles et le mettre au début du Préambule d'une résolution dont les buts sont beaucoup plus larges ; par conséquent, je supprimerais le deuxième paragraphe du Préambule.

— Dans le quatrième paragraphe, je dirais au début : « Considérant que *d'après la Charte des Nations Unies les Etats membres se sont engagés..* », car c'est bien la Charte le fondement juridique de toute activité internationale relative à la protection des Droits de l'homme après la deuxième guerre mondiale.

— Dans le cinquième paragraphe, les mots « *de diverses manières* » demandent une certaine précision. On devrait peut-être les supprimer puisque ces mots ne sont pas indispensables pour la compréhension du contenu de ce paragraphe.

— Dans le sixième paragraphe, je remplacerais les mots « *ces pratiques* » qui demandent une certaine précision, de même que les mots « *de diverses manières* » dans le paragraphe précédent, par les mots « *cette situation* ».

— Dans le septième paragraphe, je propose d'ajouter après les mots « ...la protection des Droits de l'homme » les mots « et de l'indépendance et l'égalité souveraine des Etats » pour souligner que l'Institut a tenu compte de tous les aspects du rapport entre le respect des Droits de l'homme et le principe de non-intervention.

Article premier.

— Je trouve que les Droits de l'homme sont *l'expression directe*, un des éléments constitutifs de la dignité de la personne humaine. Donc, je propose de supprimer les mots « étroitement liés » et de reformuler la première phrase du premier paragraphe.

— Dans le deuxième paragraphe, on devrait insister, peut-être au début de la troisième phrase, que l'obligation en question — du respect des Droits de l'homme vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble — doit être « remplis de bonne foi ».

Article 2.

— Dans le cadre de cet article, je ne garderais que le paragraphe premier qui s'occupe du principe de non-intervention. L'idée qui est au fond de ce paragraphe est acceptable pour moi.

— Les autres paragraphes de cet article concernent les violations du devoir des Etats d'assurer la jouissance des Droits de l'homme ; cet aspect devrait être traité séparément dans un article particulier, dont la place devrait être plus loin, après les articles traitant des garanties et du contrôle ; en même temps je dirais encore, à propos du paragraphe 2 de l'article 2 actuel, que son langage doit être plus adapté à la terminologie et l'approche des instruments juridiques internationaux contemporains.

Articles 3 et 6.

On pourrait formuler de ces deux articles un seul développant l'idée du recours aux mesures collectives par les organes et juridictions internationaux dont les compétences englobent les garanties et le contrôle du respect des Droits de l'homme.

Article 4.

— Cet article qui parle du droit à la vie comme exigeant des mesures d'urgence de caractère collectif, devrait être inclus dans le nouvel article 3.

— A la place du texte actuel de l'article 4, on formulerait les dispositions sur les mesures individuelles des Etats.

Nouvel article entre les articles 4 et 5.

C'est l'article qui devrait reprendre le contenu des paragraphes 2 et 3 de l'article 2 actuel.

Je n'ai pas des remarques à faire sur les articles 5 et 7 du projet de résolutions.

En vous exprimant mes meilleurs vœux pour le succès de vos travaux de rapporteur, je vous prie de croire, mon cher confrère, à l'expression de mes sentiments les plus amicaux.

Milan Sahovic

4. Observations de M. Paul De Visscher

6 juin 1988.

La huitième Commission n'a réuni au Caire qu'une minorité de ses membres et il me paraît dès lors souhaitable de consulter, une dernière fois, l'ensemble des membres de la Commission avant la prochaine session au cours de laquelle le projet doit être soumis à l'assemblée plénière. Sur base du projet ainsi amendé en fonction des observations reçues, il me semble qu'il doit être possible de réunir une majorité en faveur d'un texte que je souhaite modéré.

Voici donc les observations de détail et de fond que je crois utile de soumettre à l'attention de notre rapporteur.

PREAMBULE.

1° *Deuxième considérant* : A la deuxième ligne, il y a lieu de remplacer le mot « promouvoir » par le mot « assurer », qui est celui qu'utilise la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme en son avant-dernier considérant.

2° Le préambule devrait, dans un dernier considérant, faire une allusion au principe de la souveraineté des Etats dont dérive la règle de la non-intervention. A mon avis, il faut laisser entendre à l'Institut que la Commission a cherché le point d'équilibre entre le respect dû à la souveraineté et l'exigence du respect des Droits de l'homme, laquelle canalise et limite le principe de la souveraineté sans le contredire ou le nier.

Dans cet esprit, je propose d'insérer, au dernier considérant, les mots « entre Etats souverains » après les mots « coexistence pacifique ».

TEXTE.

Article 2.

Pour se conformer à la terminologie de la Charte, il y a lieu d'écrire « le principe de non-intervention dans les affaires qui relèvent *essentiellement* de la compétence nationale ».

Tel qu'il est rédigé, l'article 2, al. 2 se limite aux seules interventions des Etats agissant individuellement ou *collectivement*. Le mot « collectivement » est équivoque en ce qu'il désigne tantôt l'action de deux ou plusieurs Etats

agissant occasionnellement de manière conjointe ou l'action d'une organisation interétatique institutionnalisée.

Peut-être conviendrait-il de faire préciser l'alinéa 2 de l'article 2 d'un rappel du pouvoir de contrôle et de sanction qui est inhérent aux organes des Nations Unies. En conséquence, je suggère le texte suivant :

« Sans préjudice des fonctions et pouvoirs que la Charte assigne aux organes des Nations Unies en cas de violation des obligations assumées par les membres de l'organisation, les Etats, agissant individuellement ou collectivement, sont en droit d'exiger le respect des Droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrées par l'ordre juridique international au moyen de démarches diplomatiques et, en cas d'échec de celles-ci, par le recours à des mesures de pression¹ telles que les blâmes publics, les mesures de rétorsion et les mesures de représailles non armées ».

Au dernier alinéa de l'article 2, on peut, sans dommage, supprimer les mots « sans préjudice toutefois des règles auxquelles il ne peut en aucun cas être dérogé ». Il va sans dire que cette suppression n'a d'autre but que d'éviter un débat sur le contenu du *jus cogens* en matière de droits de l'homme. Dans la pensée commune des membres de la Commission, les normes de *jus cogens* s'imposent par elles-mêmes de manière absolue et il est donc inutile d'y faire référence expresse dans chacune des résolutions de l'Institut.

L'alinéa 3 de l'article 2 pourrait dès lors être rédigé comme suit :

« Les violations propres à justifier le recours aux mesures visées ci-dessus doivent toujours s'apprécier compte tenu de la gravité des violations dénoncées, ainsi que de la situation économique, sociale et culturelle des Etats auxquels elles sont reprochées ».

Article 3.

Pour la raison exposée plus haut, je suggère de supprimer l'allusion *jus cogens* contenue dans le dernier membre de phrase.

Article 4.

— Il y a lieu d'observer que le droit à la vie ne figure pas « en tout premier lieu » dans la Déclaration Universelle.

— L'article 4 est manifestement un article délicat en ce qu'il consacre la licéité de certaines mesures d'*urgence* dans l'hypothèse où le droit à la vie se trouverait menacé au jugement des Etats intervenants.

La huitième Commission a perçu le danger d'abus auquel l'usage d'un tel droit peut donner lieu et c'est la raison pour laquelle elle a exigé que ces

¹ Je doute en effet de l'opportunité d'utiliser l'expression « mesures de contrainte ».

mesures revêtent un caractère « collectif ». Il faut convenir que cette garantie est faible pour la raison déjà évoquée que le terme « collectif » peut désigner l'action conjointe de deux Etats seulement. Par ailleurs, l'exigence d'une action « collective » risque de retarder exagérément l'adoption de mesures tenues, par hypothèse, pour urgentes. Sur ce point, je n'ai pas d'opinion définitive et je pense qu'il faut laisser l'assemblée plénière en décider. Pour ma part, j'hésiterais à recommander que les mesures d'urgence soient soumises à « l'approbation » des instances compétentes des Nations Unies. Si le terme « approbation » est pris dans le sens qu'il revêt en droit administratif, il vise une approbation qui, à la différence d'une autorisation, n'affecte pas l'adoption de la mesure, mais qui en suspend simplement la mise à exécution. Faute de délai dans lequel l'approbation doit intervenir, cette suspension risque de se perpétuer, ce qui n'est guère compatible avec le caractère d'urgence des mesures visées à l'article 4.

Je ne vois d'ailleurs pas pourquoi l'Institut se montrerait plus sévère à l'égard de mesures urgentes « *short of war* » que la Charte ne l'est à l'égard des mesures de légitime défense impliquant recours à la force armée.

Les décisions que le Conseil de sécurité pourrait prendre en la matière revêtiront fatalement un caractère politique et risquent de se heurter à l'obstacle du veto. Quant à l'Assemblée générale, elle ne dispose que d'un pouvoir de recommandation et je vois mal comment l'Assemblée pourrait juridiquement tenir en échec des mesures qui, selon la philosophie de la résolution en projet, doivent être présumées légitimes. Je pense, dès lors, qu'il faut se contenter d'exiger que les mesures d'urgence que les Etats pourraient prendre pour la sauvegarde de la vie humaine soient immédiatement *communiquées* à l'Organisation des Nations Unies afin de permettre à celle-ci soit d'agir sur base des chapitres VI et VII de la Charte en cas de menace contre la paix et la sécurité internationale, soit — s'agissant de l'Assemblée — de solliciter un avis consultatif de la C.I.J. sur la validité juridique de la mesure entreprise.

J'ai également de sérieuses réserves à formuler quant à la disposition finale de l'article 4, aux termes de laquelle les mesures d'urgence devraient être prises dans le cadre des règles et principes « *élaborés* » par les instances compétentes des Nations Unies.

Cette expression est de nature à accréditer l'idée que les organes des Nations Unies et, plus particulièrement, l'Assemblée générale, ont été investis par la Charte d'un véritable pouvoir normatif, *quod non*. S'il arrive fréquemment à l'Assemblée générale de « déclarer » ou de « constater » l'existence de règles et principes de droit international, elle ne les crée pas et elle ne peut pas les « créer ».

A mon avis, il faut écrire : « *et prises dans le respect des règles et principes du droit international et, notamment de ceux qui sont énoncés aux articles 5 et 6 de la présente résolution* ».

Article 5.

Parmi les règles énoncées à l'article 5, je souhaiterais ajouter l'exigence d'une *mise en demeure* préalable à la mise en œuvre des mesures de pression autorisées par la résolution en projet.

Article 6.

A la quatrième ligne, il y a lieu de substituer à l'expression « que l'on doit s'efforcer... » les mots : « que *les Etats* doivent s'efforcer ».

P. De Visscher

5. Observations de M. Boutros-Ghali

Le Caire, le 16 juin 1988.

Monsieur le Professeur et cher ami,

J'ai appris par le Secrétaire général de l'Institut que vous êtes en train de finaliser le rapport sur la sauvegarde des Droits de l'homme. Ayant participé aux travaux de la huitième Commission depuis de nombreuses années, je me permets de vous écrire pour vous dire combien je suis d'accord avec le rapport général que vous avez présenté à la session du Caire. Je voudrais terminer ce bref message en vous remerciant vivement pour la contribution magistrale que vous avez apportée aux travaux de notre Commission.

Je vous prie, Monsieur le Professeur et cher ami, de croire à mes sentiments les meilleurs.

Boutros Boutros-Ghali

6. Observations de M. René Jean Dupuy

Paris, le 17 juin 1988.

Cher et très honoré confrère,

C'est avec le plus grand intérêt que j'ai pris connaissance du projet de Résolution n° 4 (révisé), en date du 18 septembre 1987, sur *La protection des Droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*.

Je tiens à vous adresser mes plus chaleureuses félicitations pour le travail

remarquable que vous avez effectué en votre qualité de rapporteur. Le projet de résolution n'appelle aucune objection de ma part. Tout au contraire, j'approuve son inspiration et ses dispositions.

En ce qui concerne les « considérant », c'est à juste raison que le texte examiné souligne que les Droits de l'homme trouvent aujourd'hui leur expression dans l'ordre international au même titre que dans l'ordre constitutionnel.

C'est aussi, à juste titre, qu'il souligne que les Etats membres des Nations Unies reconnaissent une conception commune des droits et des libertés. Certes, les nations se rattachent à des ensembles socio-culturels divers et il est tout à fait légitime que chacune revendique son identité. Pour autant le droit à la différence ne doit pas prendre la forme abusive d'une exclusion des autres cultures, ce qui, à la limite, aboutirait à une vision morcelée de l'humanité et à la négation de l'unité de la nature humaine. Les hommes sont à la fois différents et égaux et se retrouvent tous, et sans discrimination, couverts par la Déclaration universelle de 1948.

Par ailleurs, il est tout à fait légitime de prévoir, dans certaines conditions, des mesures d'intervention pour faire assurer le respect des Droits de l'homme. Dès lors que ces derniers sont définis par des instruments de droit international, les Etats liés par eux ne sauraient, pour échapper au contrôle international, soutenir qu'ils relèvent essentiellement de leur compétence nationale.

J'approuve les formules très générales de l'article premier du projet de Résolution et notamment la précision que l'obligation de respecter les Droits de l'homme incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble. C'est là une conséquence de l'avènement de cette notion constamment évoquée par les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et consacrée par la Cour internationale de Justice, spécialement dans le paragraphe 34 de son Arrêt dans l'affaire de la Barcelona Traction, en 1970.

Cette idée a été reprise lors de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe par la Délégation du Saint-Siège, laquelle a déclaré que les Droits de l'homme font partie du patrimoine commun de l'humanité.

Au paragraphe second de l'article 2, il va de soi que les mesures de rétorsion ou de représailles qui y sont visées ne sauraient être dirigées contre les personnes. Cela ressort d'ailleurs du rapprochement nécessaire entre cette disposition et les paragraphes II et III de l'article 5.

Au paragraphe premier de l'article 2, je suggère qu'à la mention de la jouissance des Droits de l'homme soit ajoutée celle de l'exercice de ceux-ci.

Je vous prie d'agréer, cher et très honoré confrère, l'expression de mes sentiments les plus cordiaux.

René Jean Dupuy

7. Observations de M. Jean-Flavien Lalive

Genève, le 4 juillet 1988.

Mon cher confrère,

C'est bien tardivement que je vous fais part de mes observations relativement au projet révisé de résolution sur « la protection des Droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats ».

Mon silence — il n'était pas, et de loin, synonyme d'une absence d'intérêt — était imputable à deux raisons principales. Vous connaissez la première : mes activités professionnelles, au cours de ces deux ou trois dernières années, se sont développées à un tel rythme que j'ai dû négliger tout ce qui n'était pas de première urgence et m'occuper en priorité de la clientèle de notre Etude.

Mais je me suis heurté à une autre difficulté : il m'était apparu, au cours des années, que le sujet même de notre Commission renfermait une contradiction fondamentale. En effet, la protection efficace des Droits de l'homme implique inévitablement un certain droit d'« intervention » dans les affaires intérieures des Etats.

Cela étant dit, il m'est agréable de reconnaître que votre projet de résolution n° 4 (révisé), tel qu'il a été établi au Caire, répond dans une large mesure à cette objection de base et me paraît, dans l'ensemble, constituer un compromis fort acceptable des diverses difficultés du problème.

Permettez-moi simplement, au stade actuel, de vous faire part de quelques observations, en suivant l'ordre adopté dans votre dernier projet, paragraphe par paragraphe.

Page 2 :

Le texte, tel que je l'ai sous les yeux, énonce ce qui suit :

« *Considérant* que la fréquente violation des Droits de l'homme suscite la légitime et croissante indignation de l'opinion publique et détermine certains Etats et organisations internationales à intervenir, de diverses manières, pour assurer le respect des droits de la personne humaine ».

Je suggérerais ce qui suit :

« *Considérant* que la fréquente violation des Droits de l'homme suscite dans de nombreux pays la légitime et croissante indignation de l'opinion publique et détermine maints Etats et organisations internationales à réagir et à intervenir de diverses manières, pour assurer le respect de ces droits ».

Il s'agit non seulement d'introduire quelques nuances de style, mais de renforcer légèrement certaines idées. Ainsi, au lieu de « certains Etats », je

dirais « maints Etats », ce qui me paraît mieux correspondre à l'évolution quantitative que l'on constate et que nous appelons de nos vœux. De même, le mot « réagir » précédant « intervenir » vise à étendre l'idée de la seule intervention qui est, comme nous le savons tous, un terme ambigu.

Enfin — je sais que sur ce point, il y a eu pas mal de discussions — je pense que nous devons éviter la double terminologie « droits de l'homme » d'une part, « droits de la personne humaine » de l'autre. On a voulu sans doute tenir compte de la susceptibilité de nos confrères très féministes. Mais le terme de « droits de l'homme » est consacré par un long usage, tandis que « personne humaine » est un terme assez lourd, très critiquable (existe-t-il une personne « inhumaine » ou « non humaine »?). Ce terme est à bannir comme appartenant au nouveau jargon à la mode.

« *Considérant* que ces pratiques témoignent, au même titre que la doctrine et la jurisprudence internationales, du fait que, dans la mesure où les droits de l'homme bénéficient d'une protection internationale, ils cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats ».

Je m'interroge sur le terme « témoignent ». N'est-il pas trop faible ? Ne devrait-on pas dire plutôt « démontrent » ou « prouvent » ?

De même la formule « dans la mesure où les Droits de l'homme bénéficient d'une protection internationale » me paraît très faible. Je préférerais une causalité plus affirmée, « dès lors que les Droits de l'homme bénéficient [ou : doivent bénéficier] d'une protection internationale... ».

« *Considérant* qu'il importe toutefois, autant dans l'intérêt du maintien de la paix et de la coexistence pacifique que dans l'intérêt de la protection des Droits de l'homme, de définir avec plus de précision les conditions et les limites que le droit international impose aux interventions des Etats et des organisations internationales décidées en réponse aux violations des droits de la personne humaine ».

Je proposerais de supprimer les termes « plus de » et de dire tout simplement « avec précision ».

A la dernière ligne de ce paragraphe, remplacer « personne humaine » par « Droits de l'homme », comme ci-dessus.

Article premier.

De nouveau, au premier paragraphe de cet article, on trouve presque juxtaposés les termes « personne humaine » et trois lignes plus bas « Droits de l'homme ».

Il faut, à nouveau, éviter cette distinction, génératrice de confusion.

« Cette obligation incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble. Il s'ensuit, selon les termes

employés par la Cour internationale de Justice, que tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés. Cette obligation implique au surplus un devoir de solidarité entre tous les Etats afin d'assurer le plus rapidement possible le plein épanouissement de la personne humaine au niveau universel ».

Pourrait-on éviter la formule (à la fois lourde et faible) « que tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique... » et dire plutôt « que tous les Etats ont un intérêt juridique évident à ce que ces droits soient protégés » ?

Je n'ai pas eu le temps de vérifier la rédaction de la Cour internationale de Justice, mais s'il est vrai que la terminologie adoptée par votre article premier est reprise de la Cour (ce qui serait fâcheux mais pas inhabituel), nous pourrions alors modifier toute la phrase à peu près comme suit :

« Il s'ensuit, en s'inspirant de la notion consacrée par la Cour internationale de Justice, que tous les Etats ont un intérêt juridique évident à... »

A la fin du même paragraphe, même observation que ci-dessus sur les termes « personne humaine ».

Article 2.

« Le principe de non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale des Etats ne saurait être valablement invoqué par un Etat pour se soustraire aux conséquences d'activités qui lui seraient imputables et qui constitueraient un manquement à son devoir d'assurer, conformément au droit international, la jouissance des Droits de l'homme dans la sphère où s'exerce sa juridiction ».

Question de style : en français il est préférable, toutes les fois où cela est possible, d'éviter la formule passive qu'affectionnent certaines autres langues.

Ne pourrait-on dire plutôt, par exemple :

« Un Etat ne saurait valablement invoquer le principe de non-intervention dans les affaires relevant de sa compétence nationale pour se soustraire aux conséquences d'activités... ».

Dans le même paragraphe, je dirais « la jouissance *et l'exercice* des Droits de l'homme dans la sphère de sa juridiction ».

« La violation par un Etat dudit devoir autorise les autres Etats membres de la communauté internationale à en exiger, individuellement ou collectivement, le respect par voie de démarches diplomatiques et, en cas d'échec de celles-ci, par le recours à des mesures de pression et de contrainte telles que les blâmes publics, les mesures de rétorsion et les mesures de représailles non armées ».

Ne pourrait-on élargir quelque peu la méthode envisagée (méthode diplomatique) et dire plutôt :

« ...le respect par les voies appropriées, et notamment par voie de démarches diplomatiques et... etc. ».

« La violation visée ci-dessus doit toujours s'apprécier en tenant compte de sa gravité ainsi que de la situation économique, sociale et culturelle de l'Etat auquel elle est reprochée, sans préjudice toutefois des règles auxquelles il ne peut en aucun cas être dérogé ».

Audit paragraphe 3, je supprimerais le mot « toujours », qui me paraît inutile.

Les derniers termes, depuis « sans préjudice... » me paraissent en dire trop ou trop peu.

Trop peu parce que le lecteur demandera quelles sont les « règles auxquelles il ne peut en aucun cas être dérogé ». Je connais les difficultés auxquelles vous vous êtes heurté à ce propos. Mais cela justifie-t-il le flou dans lequel nous restons ? Certes, lesdites règles impératives et la notion du *jus cogens* nous sont familières. Mais c'est un domaine truffé de controverses. Je préférerais, quant à moi, renoncer complètement à ces quelques mots dans notre résolution, de même qu'aux termes analogues que l'on retrouve à la fin de l'article 3.

Cela dit, je comprends les soucis de nos confrères, de sorte que, si cette formule vague et imprécise est de nature à rassurer une partie d'entre eux, c'est de bonne grâce que je n'insisterais pas !

Article 4.

« Le droit à la vie, que la Déclaration universelle énonce en tout premier lieu parmi ceux faisant partie de la conception commune des Droits de l'homme, peut exiger des mesures d'urgence de caractère collectif aptes à porter remède à la situation et prises dans le cadre des règles et principes élaborés par les instances compétentes des Nations Unies ».

Je dirais tout d'abord : « ...parmi ceux qui font partie... ».

Je proposerais en outre d'ajouter après « mesures d'urgence », les mots « ..., de préférence de caractère collectif », ce qui élargirait les possibilités d'intervention.

D'autre part, est-il exact de limiter l'élaboration des règles et principes pertinents aux « instances compétentes des Nations Unies » ? Il y a d'autres organisations internationales qui seraient tout aussi compétentes (dans tous les sens de ce dernier terme) pour élaborer de telles règles.

Article 5.

J'entrevois une contradiction entre le début de cet article, qui vise « toute intervention... destinée à assurer la protection des Droits de l'homme » et le

dernier paragraphe, invitant les Etats à « s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux Droits de l'homme ».

Si l'on veut intervenir pour protéger les Droits de l'homme, il est clair que cette intervention ne doit pas être contraire aux Droits de l'homme !

Article 6.

Ne pourrait-on élargir quelque peu la mise en œuvre des mécanismes de contrôle et de garantie en ajoutant au terme « différends » celui de « difficultés », soit :

« ...s'efforcer de rechercher la solution des difficultés et des différends qui s'élèveraient... » ?

Telles sont les quelques observations sur lesquelles je me permets d'attirer votre bienveillante attention. Vous avez fait dans ce domaine un travail considérable, sur un sujet particulièrement épineux. Vous méritez notre gratitude à tous.

En vous souhaitant un bon été, je vous prie de croire, mon cher confrère, à mes sentiments bien cordiaux et dévoués.

Jean-Flavien Lalive

Annexe III

Observations des membres de la huitième Commission sur le projet de résolution révisé n° 5.

1. *Observations de M. Sahovic*

Belgrade, le 10 novembre 1988.

Monsieur le Rapporteur et cher confrère,

En réponse à la lettre que vous m'avez envoyée le 30 septembre avec le texte révisé n° 5 du projet de résolution sur la protection des Droits de l'homme et le principe de non-intervention, je m'empresse de vous informer que je suis d'accord avec votre intention de présenter à la prochaine session de l'Institut ce texte en vue de son approbation définitive.

Bien que j'aie encore quelques doutes et propositions de changement de certaines formulations, que je pourrais présenter éventuellement à Saint-Jacques de Compostelle, je trouve que le projet n° 5 est en principe bien rédigé et qu'il ne faudrait plus perdre du temps en tâchant de l'améliorer substantiellement dans le cadre de la Commission, donnant à la plénière la possibilité de le faire.

Si vous avez encore besoin d'autres consultations, je reste toujours à votre disposition. Dans ma lettre du 30 avril, sont exprimées d'ailleurs mes vues personnelles sur les possibilités de l'amélioration de la présentation des problèmes que nous avons étudiés dans la Commission.

En vous exprimant mes meilleurs vœux, je vous prie de croire à mes sentiments les meilleurs.

Milan Sahovic

2. *Observations de M. Henkin*

5 December 1988.

Dear colleague,

My congratulations on your latest communication (of 30 September) to the members of the Eighth Committee. I have nothing significant to add to my earlier communication of 4 December 1987.

Sincerely,

Louis Henkin

3. *Observations de M. Kéba Mbaye*

5 décembre 1988.

Je dois tout d'abord féliciter et remercier notre collègue Sperduti qui, en sa qualité de rapporteur de la huitième Commission, a fait preuve d'une grande ouverture d'esprit et de beaucoup de patience. Il a accompli un travail qui mérite respect et admiration.

Mes propositions d'amendements sont les suivantes :

I. PREAMBULE.

Paragraphe 2 : Ce paragraphe peut être supprimé sans dommage.

Paragraphe 3 : Je me demande si ce paragraphe doit être maintenu. A mon avis, il prête à controverse.

Par ailleurs,

— Est-ce que c'est toujours dans « l'ordre constitutionnel des Etats » que la protection des Droits de l'homme a trouvé son expression ? (cas du Canada).

— Tel qu'il est rédigé, ce paragraphe n'a pas l'air d'avoir une portée universelle. A ce titre, il risque d'attirer des critiques.

Paragraphe 5 : Ce paragraphe vise « la fréquente violation des Droits de l'homme ». Ne suffirait-il pas de parler des « violations des Droits de l'homme » ? Mais s'il faut qualifier ces violations, ne vaut-il pas mieux parler des « graves violations » ?

Paragraphe 6 : La rédaction de ce paragraphe mérite d'être revue. A mon avis, elle est trop vague.

— L'expression « ces pratiques » devrait être remplacée. On ne sait pas exactement de quelles pratiques il est question. S'agit-il des violations ou au contraire des interventions ? S'agit-il des deux ?

Paragraphe 7 : A la fin de ce paragraphe, il est question de « droits de la personne humaine », alors que dans les paragraphes précédents, on parle des Droits de l'homme. Qu'est-ce qui justifie ce changement de terminologie ?

II. LES ARTICLES.

Article 4 : Supprimer les mots « de caractère collectif ».

Article 5 : Au paragraphe 1, il faut lire « d'accorder ». Il y a dans le texte d'autres coquilles qu'il convient de supprimer.

Article 6 : Je préfère la variante de notre collègue Dinstein. Mais je me demande s'il ne faudrait pas (dans le cas où elle serait préférée à l'article 6 actuel) en faire le dernier article du projet.

4. *Observations de M. Dinstein*

December 5, 1988.

Dear Professor Sperduti,

.....

I fully accept the new text, and I can only express the hope that at the forthcoming session at Santiago de Compostela a final Resolution will be adopted by the Institute.

.....

Cordially yours,

Professor Yoram Dinstein

5. *Observations de M. Capotorti*

Roma, li 22 décembre 1988.

Mon cher confrère et éminent ami,

Je vous remercie infiniment de m'avoir mis au courant sans cesse des progrès accomplis en vue de la soumission de notre projet à la prochaine session de l'Institut de droit international.

Le texte révisé inclus dans votre lettre du 30 septembre 1988 me semble concilier le mieux possible les avantages de la richesse du contenu et de la souplesse de l'approche.

.....
Veuillez agréer mes salutations les plus cordiales.

Francesco Capotorti

6. *Observations de M. Tunkin*

Moscow, 15 December 1988.

Dear Professor Sperduti,

In striving to strengthen the international protection of human rights we should not lose sight of the realities of the nuclear age and act on the premise *vivat justitia, pereat mundus*. I mean that we should be careful not to open the *Pandora box* of unilateral coercive actions by States, that may bring about the destruction of human beings we intend to protect. The Draft, as it seems, instead of limiting the possibilities of unilateral coercive acts by States, widens such possibilities.

In my understanding, the international protection of human rights can be improved not by unilateral coercive measures but increasing international cooperation in this field that greatly depends on general international climate to which unilateral coercive actions by States are usually detrimental.

I therefore suggest to reformulate paragraph 2 of article 2 of the Draft to say that, in case a State considers that another State violates human rights, it may make recourse to measures provided for by the Charter of the United Nations and international treaties on human rights. It may also take diplomatic measures to urge the State allegedly violating human rights to stop such violations.

I suggest the deletion of Article 4. It is too broad and may be interpreted as permitting the use of force.

Wishing you happy New Year, I remain

Sincerely yours.

Prof. G. Tunkin

7. Observations de M. Pescatore

Le 26 décembre 1988.

Mon cher confrère,

Voici les observations promises sur le rapport de la huitième Commission de l'Institut, relatif à la protection des Droits de l'homme.

Je voudrais vous dire avant tout combien je suis d'accord avec le projet de résolution. Mes suggestions sont complémentaires, je proposerais en effet d'ajouter ce qui suit aux articles 2 et 7.

Article 2

En particulier, un Etat ne saurait invoquer le principe de non-intervention dans les affaires intérieures pour empêcher l'examen, par une organisation internationale, d'atteintes aux Droits de l'homme qui lui sont imputées.

Article 7

A cet effet, il convient notamment de rejeter toutes tentatives, de la part d'Etats mis en cause, visant à empêcher ou étouffer l'examen public d'atteintes aux Droits de l'homme ou la divulgation de rapports ou documents y relatifs. Il convient également de favoriser et d'appuyer l'action d'organisations non-gouvernementales dans le domaine de la protection des Droits de l'homme.

Espérant que ces suggestions vous paraîtront utiles, je vous prie de recevoir, mon cher confrère, l'assurance de mes sentiments amicaux, avec mes meilleurs vœux de bonheur et de santé pour l'année nouvelle : puisse-t-elle nous réunir en bonne forme à Saint-Jacques-de-Compostelle !

Pierre Pescatore

Achevé d'imprimer en mai 1989
sur les presses de
L'IMPRIMERIE BOSC FRERES
105, avenue Jean-Jaurès - 69600 OULLINS

Dépôt légal n° 8458 - Mai 1989



