

LA SOIXANTE-QUATRIÈME SESSION DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

PAR

Marc FALLON

Chargé de Cours
à la Faculté de droit de Louvain

L'Institut de droit international a tenu sa soixante-quatrième session à Saint-Jacques-de-Compostelle du 5 au 13 septembre 1989, dans les salons somptueux de l'Hôtel des Rois Catholiques.

L'Institut fut présidé, lors de cette session, par le professeur Castro-Rial y Canosa.

Le Bureau était composé, outre de M. J. M. Castro-Rial y Canosa, président, de M. M. Lachs, premier vice-président, Sir Francis Vallat, deuxième vice-président, MM. M. Sahovic, troisième vice-président, F. Vischer, trésorier et N. Valticos, secrétaire général.

Au terme de la précédente session, avaient été promus au rang de membre titulaire : MM. C. F. Amerasinghe, D. W. Bowett, H. Caminos, Ch. Dominicé, E. Jayme, K. Mbaye, F. Riad, Sir Ian Sinclair, MM. M. Waelbroeck et T. Wang. Ont également été promus au rang de membre titulaire au terme de la présente session : MM. A. Aguilar Mawdsley, F. Capotorti, V.-D. Degan, Y. Dinstein, A. Ferrer-Correia, L. Henkin, S. Ikehara et E. Manner.

Ont été élus au rang de membre honoraire : MM. R. Ago, H. Briggs, T. Elias, Ph. Francescakis et G. Tunkin.

Ont été élus associés : MM. L. Collins (Royaume-Uni), B. Conforti (Italie), J. Gonzales Campos (Espagne), A. Lowenfeld (Etats-Unis), F. Matscher (Autriche), T. Mensah (Ghana), F. Paolillo (Uruguay), M. Pinto (Sri Lanka) et H. Schermers (Pays-Bas).

Lors de son ultime séance administrative, l'Institut a accepté l'invitation du groupe suisse à tenir sa session de 1991 à Bâle. M. P. Lalive a été élu président de l'Institut, et M. E. Jiménez de Aréchaga a été appelé à la première vice-présidence.

Quatre rapports figuraient à l'ordre du jour de la session de Saint-Jacques-de-Compostelle, ayant pour objet :

1. *Les aspects récents de l'immunité de juridiction des Etats* (rapport de I. Brownlie) ;

2. *L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères* (rapport de A. von Mehren) ;
3. *L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales du droit international privé* (rapport de P. Gannagé) ;
4. *La sauvegarde des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats* (rapport de G. Sperduti).

Les trois derniers rapports ont abouti chacun à une résolution de l'Institut, dont le texte figure ci-dessous.

L'examen du rapport relatif à l'immunité des Etats a confirmé la difficulté du sujet, liée à son interdisciplinarité droit public — droit privé, et notamment aux problèmes de vocabulaire qui en résultent, mais aussi à son extrême actualité. Cette actualité expliquerait sans doute que l'on ne s'entende encore guère, ni sur le principe même — immunité ou non — dont il conviendrait d'admettre l'existence, notamment eu égard à la pratique, voire à la compétence, des juridictions étatiques, ni sur la portée exacte d'une notion comme la théorie de l'Act of State ou de distinctions telles qu'entre compétences législative et juridictionnelle, immunités de l'Etat et diplomatique, compétences *ratione personae* et *ratione materiae*. Sans doute aussi note-t-on une divergence de points de vue sur le degré souhaitable d'implication de l'Etat engagé dans des opérations — le plus souvent de nature économique — avec des personnes étrangères ...

*

* * *

La résolution sur *l'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères* prolonge les travaux déjà entamés par l'Institut, respectivement sur l'arbitrage en droit international privé (session d'Amsterdam, 1957) et sur le droit applicable au contrat entre un Etat et une personne privée étrangère (session d'Athènes, 1979). Au vrai, cette résolution se limite à l'énoncé des pouvoirs et des devoirs de l'arbitre, en considération du contenu de la convention dont il tire ses pouvoirs. On y trouve en particulier des directives précises sur la conduite de la procédure, l'absence de participation d'une des parties, le transfert du siège arbitral, ou les retards de la procédure. D'autres dispositions confirment une tendance nette à l'affirmation du principe d'autonomie, dans un sens assez absolu. On trouve non seulement la consécration corrélatrice du principe de faveur à la validité de la convention d'arbitrage et la confirmation de l'autonomie de cette convention par rapport au contrat principal, solutions au vrai largement admises pour les arbitrages de droit privé, mais aussi une confirmation de la jurisprudence française relative à l'inopposabilité au cocontractant de l'incapacité de l'Etat à compromettre. La résolution pousse le contenu du principe d'autonomie jusqu'à

y inclure la possibilité pour les parties, non seulement de dépecer le droit applicable, mais aussi de choisir des « sources non nationales », tels les usages du commerce international, les principes du droit international et les principes généraux du droit. Par ailleurs, elle ne dit rien de la possibilité pour les parties de « pétrifier » ou non le droit désigné.

La résolution se prononce aussi sur le droit applicable par l'arbitre en l'absence de choix des parties. Elle énumère une liste de sources dans un ordre décroissant, au bas duquel figure une référence à la règle de conflit de lois du pays du siège arbitral.

En revanche, la question de l'efficacité de la sentence arbitrale dans l'ordre étatique, spécialement la question de l'arbitrabilité du litige, n'est pas traitée.

L'ensemble de la résolution entend sans doute traduire une démarche pragmatique, tendant à aborder les problèmes dont l'expérience des internationalistes aurait révélé la pertinence ... On se demande pour autant si semblable approche a conduit à un tour d'horizon complet et toujours utile, ou à tout le moins à l'énoncé d'un ensemble conceptuel cohérent, certaines dispositions apparaissant comme des évidences, d'autres comme des pétitions favorables à l'autonomie contractuelle. La résolution traduit aussi l'ambiguïté d'autres résolutions de l'Institut, à la fois constats de la pratique, conseils aux parties concernées, suggestions aux juridictions étatiques. Le lecteur ne manquera de s'interroger sur le sort des traités internationaux, la réserve que fait le préambule à ce sujet paraissant angélique, comme sur l'applicabilité des règles énoncées aux arbitrages de droit privé. Si le préambule note que la résolution concerne seulement les « arbitrages entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques, et entreprises étrangères », certaines dispositions, au vrai propres à la problématique des arbitrages d'Etat, énoncent la qualité étatique de l'une des parties, tandis que d'autres, *a priori* susceptibles d'intéresser tout arbitrage, comme les dispositions sur le droit applicable, ne contiennent aucune précision de ce type.

*

* *

La résolution sur *l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère* s'inscrit dans un mouvement considérable, tant sur le plan doctrinal que dans les codifications ou la jurisprudence nationales, tendant à assimiler, comme le suggère l'intitulé, le droit étranger désigné par la règle de conflit de lois, au droit matériel du for. On sait que la jurisprudence belge de ces dernières années a poussé assez loin cette assimilation, et qu'elle devient enfin réalité en France.

En fait, la résolution dépasse, par son objet, la question de la condition de la loi étrangère. Elle adopte une approche globale, en liant l'égalité de traitement à l'énoncé même de la règle de conflit de lois.

Cela se traduit dans une première partie par une double profession de foi dans la méthode classique de solution de ces conflits, l'une en faveur de la règle dite bilatérale ou multilatérale, l'autre en faveur de facteurs de rattachement susceptibles de la reconnaissance internationale la plus large possible : on retrouve ici l'objectif d'harmonie internationale des solutions. Concrètement la résolution recommande aux Etats de formuler leurs règles de conflit de lois d'une manière qui ne privilégie pas le droit du for. Se trouve donc condamné, par exemple, l'article 2 de la loi belge du 27 juin 1960, qui prévoit l'application du droit matériel belge au divorce d'époux dont l'un au moins est belge. Cette recommandation est précisée — en des termes sans doute inutilement répétitifs — lors de la formulation de règles de conflit subsidiaires ou alternatives. Elle ne va pas pour autant sans admettre la réserve des « intérêts essentiels » de l'Etat, ouverture prudente aux lois d'application immédiate et à la méthode unilatéraliste, mais dont les termes paraissent à la fois trop imprécis pour signifier autre chose qu'une prédominance de la méthode classique et trop restrictifs pour prétendre avec réalisme juguler la cohorte des lois de police.

La seconde partie de la résolution, opportunément intitulée « Mise en œuvre de la règle de conflit », couvre avec raison deux questions distinctes mais interdépendantes, celle de l'application d'office de la règle de conflit du for et celle de l'application de la loi étrangère ainsi désignée. Dans les deux cas, elle fournit une réponse favorable à l'application. En outre, elle étend l'égalité de traitement aux voies de recours ouvertes pour violation de la loi, et évoque la nécessité pour le juge d'être mis en mesure de connaître le droit étranger, tel qu'appliqué dans son pays d'origine, notamment avec la collaboration des parties. Le texte reproduit enfin la clause d'exception d'ordre public devenue usuelle dans les conventions de la Conférence de La Haye, dont elle reprend la formulation restrictive.

On ne peut qu'approuver les orientations proposées par l'Institut, non sans regretter certaines insuffisances, que la brièveté des débats en séance plénière pourrait expliquer. D'un côté, « le caractère obligatoire de la règle de conflit de lois », qui conditionne en effet la matière, est présenté comme un axiome à propos duquel les juristes anglo-saxons paraissent autorisés à demander quelques explications. En contrepoint, on trouvera tout à fait appropriée la réserve faite des « règles générales de procédure », qui devrait contenter ces mêmes juristes — et pourrait même réduire à néant la portée de l'axiome —, mais paraît indispensable en droit continental : il n'appartient en effet pas au juge — sauf si la demande intéresse l'ordre public — de soulever d'office des faits — internationaux dans le présent cas — que les parties ne lui ont pas présentés.

Sur l'application même de la loi étrangère, le texte, extrêmement synthétique, trahit certaines imprécisions et souffre d'un manque de systématisation. Ainsi, le processus d'application « d'office » de cette loi — à vrai dire sibyllin dès lors qu'il est distingué de celui de la règle de conflit — n'est précisé, partiellement, que par une disposition relative aux aides dont devrait disposer le juge dans la recherche du contenu du droit applicable. C'est donc incidemment que l'on apprend que la recherche est faite par le juge, avec une collaboration des parties dont le caractère de nécessité n'apparaît pas, et que les dispositions étrangères sont appliquées telles qu'elles le sont dans leur pays d'origine, ce qui recouvre notamment le respect de l'interprétation dominante dans ce pays. On aurait préféré une dissociation entre la définition des rôles respectifs du juge et des parties d'une part, et l'organisation de moyens de recherche d'autre part. Sur le premier point, la mesure de la participation des parties appelait une disposition propre, ayant égard à la nécessité de respecter les droits de la défense. Sur le plan des voies de recours pour violation de la loi étrangère, on comprend bien que celles-ci ne doivent pas être de nature identique à celles ouvertes à propos de la loi du for, mais « analogues » seulement. On n'aurait pas moins souhaité des éclaircissements techniques sur l'objet du recours — violation de la loi étrangère ou plutôt celle de la règle de conflit utilisée, dont le texte a souligné le caractère obligatoire — et sur ses limites — nécessité ou non d'une violation flagrante, prudence en cas de controverse dans le pays d'origine.

Il est encore regrettable que le texte ne dise mot de questions dont l'expérience qu'en a faite la jurisprudence belge suggère l'intérêt pratique, à savoir l'attitude à adopter en cas de difficulté ou d'impossibilité d'obtenir la preuve du contenu du droit étranger. Faut-il réserver le cas où le juge est appelé à statuer au provisoire ? Faut-il ordonner une réouverture des débats, déclarer la demande non fondée, exclure l'application du droit étranger au bénéfice du droit du for, utiliser un rattachement subsidiaire, se livrer à des considérations de droit comparé ? Une première version de la proposition de résolution permettait de ne pas appliquer la loi étrangère dans ce cas. L'hypothèse fut supprimée, apparemment pour le motif que la disposition relative à l'ordre public présentait ce moyen comme le seul permettant d'écarter cette application. Cette interprétation ne s'imposera sans doute pas au lecteur des conventions de la conférence de La Haye où ladite clause ne reçoit pas cette portée.

Enfin, l'évocation de l'ordre public a-t-elle bien sa place dans un texte sur l'égalité de traitement — on sera plus hésitant à la qualifier de mécanisme de mise en œuvre de la règle de conflit — ? Le moyen permet certes d'opposer à l'application de la loi étrangère un obstacle que ne peut rencontrer — en dehors du contrôle de la constitutionnalité — celle de la loi du for. Mais le texte en dit-il assez pour fournir aux Etats une recommandation utile sur la mise en œuvre de l'exception, même si la formule reprise

de la Conférence de La Haye est suffisamment claire pour le spécialiste ? Il eût sans doute suffi d'évoquer l'exception d'ordre public dans le préambule. Car son insertion dans le corps du texte suggère que l'Institut aurait également pu donner son avis sur d'autres questions intéressant le statut du droit étranger, comme la qualification *lege causae*, la théorie de l'adaptation ou la théorie de l'application du droit public étranger ou celle des règles d'applicabilité étrangères ...

Ces quelques reproches, on le voit, concernent moins le contenu de la résolution que sa présentation. Même si le texte se contente de proposer des recommandations, la rédaction des dispositions s'inspire, par sa concision comme par certaines ambiguïtés, de la technique législative davantage que de la présentation de résultats d'analyse.

*
* *

La résolution sur *la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats* constitue une contribution importante de l'Institut à l'examen d'une question délicate et de grande actualité. Comme le rappelle le préambule, la problématique des droits de l'homme est depuis longtemps à l'ordre du jour des travaux de l'Institut, une première résolution ayant déjà été adoptée dès 1929.

L'optique de la résolution est particulière : partant d'une reconnaissance des droits de l'homme en droit international, elle prend pour hypothèse que cette protection a cessé d'appartenir au domaine réservé, à la catégorie des matières qui relèvent des affaires intérieures des Etats et, partant, de leur « compétence nationale ». Aussi s'attache-t-elle à définir les conditions et limites des mesures que le droit international permet aux Etats et organisations de prendre en cas de violation de ces droits.

La résolution ne vise donc pas à établir un catalogue des droits de l'homme.

On retient spécialement l'énoncé d'une obligation que le droit international général impose à l'Etat d'assurer le respect des droits de l'homme — les organisations internationales, comme la Communauté économique européenne, étant passées sous silence. Jusqu'où va cette obligation ? Non précisée dans son contenu, elle est cependant due vis-à-vis de l'ensemble de la Communauté internationale, ce qui implique le droit pour tout membre de cette Communauté de s'en prévaloir « juridiquement » — mais non pas nécessairement devant une juridiction — au titre d'un « intérêt » à cette protection. Le texte ajoute, mais sans autre précision, qu'elle implique un « devoir de solidarité entre tous les Etats ».

Une violation — dont le texte ne précise pas qu'elle doit être grave — de cette obligation — mais s'agit-il aussi du devoir précité de « solidarité » ? — expose l'Etat à la sanction de sa responsabilité internationale, ainsi qu'aux mesures diplomatiques, économiques « ou autres », d'autres Etats, agissant individuellement ou collectivement. Le contenu de ces mesures n'est pas précisé, ni aucun ordre de priorité entre des interventions individuelles et collectives, notamment institutionnelles.

Le texte expose les conditions que doivent remplir ces mesures. Les unes sont générales : ces mesures doivent être admises par le droit international et ne peuvent comporter l'emploi de la force en violation de la Charte des Nations Unies. Les autres sont précises : notification préalable, respect du principe de proportionnalité — notamment prise en compte de la gravité de la violation —, limitation à l'auteur de la violation, considération pour les intérêts des particuliers et des Etats tiers, particulièrement quant à l'incidence de la mesure sur le niveau de vie des populations concernées.

Si les conditions générales paraissent trop synthétiques pour être originales, les autres fournissent aux Etats ou organisations des critères concrets. On relève principalement celui de la prise en considération de l'état de développement de la population concernée. Cela inciterait la Communauté européenne par exemple, à manier avec prudence l'arme économique vis-à-vis de certains pays africains ...

La résolution traite également de l'assistance humanitaire sur le territoire d'Etats connaissant des situations de détresse. L'intervention, à condition de remplir certaines conditions — dont l'absence de discrimination —, ne saurait être considérée comme illicite, et l'Etat destinataire ne peut y opposer un refus « arbitraire ». Celui-ci devrait donc être motivé, en des termes que le texte ne précise cependant pas.

Dans l'ensemble, la résolution, bien centrée, a le mérite de mettre l'accent sur l'importance de la mise en œuvre effective des droits de l'homme. Texte se voulant équilibré et modéré, elle souligne aussi, fût-ce par ses limites, les insuffisances des mécanismes institutionnels existants. Si elle admet que ses dispositions s'appliquent « sans préjudice » de procédures déjà instituées, elle ne précise aucune priorité entre mesures. De plus, un renforcement des « méthodes et procédures internationales » est qualifié seulement de « hautement souhaitable », sans qu'il soit sûr que cette formulation se concilie avec le véritable « devoir de solidarité » par ailleurs imposé aux Etats. Or, en l'absence d'organe institutionnel, force est d'admettre que les nombreuses notions à contenu variable qu'introduit la résolution relèveront de la libre appréciation des parties concernées ...

*

* *

Pour l'avenir, on note que l'Institut a décidé de retenir les nouveaux sujets suivants :

1. *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, à savoir une analyse du rôle du juge interne de droit international privé, et de la portée politique qu'il peut revêtir, parfois à son insu, quant aux relations extérieures de l'Etat ;

2. *La valeur internationale des jugements relatifs à la garde des enfants* de ménages désunis dont les parents sont de nationalités différentes et résident dans des pays différents, principalement une analyse des conventions existantes, au cadre géographique restreint, en vue d'en dégager des principes susceptibles d'acception plus large ;

3. *Les effets des obligations d'une société membre d'un groupe transnational sur les autres membres du groupe*, étudiées sous l'angle des conflits de lois et de juridictions et des règles matérielles de droit international, à l'exclusion des problèmes de protection diplomatique.

Enfin, l'assemblée de l'Institut a approuvé la décision de la Commission des travaux de créer en son sein un comité ayant pour objet d'établir un programme de travail à long terme portant sur *les aspects juridiques de la protection de l'environnement*.

RÉSOLUTIONS ADOPTÉES PAR L'INSTITUT À SA SESSION DE SAINT-JACQUES-DE-COMPOSTELLE

I. L'ARBITRAGE ENTRE ÉTATS ET ENTREPRISES ÉTRANGÈRES

(18^e Commission)

Le texte anglais fait foi

Le texte français est une traduction

L'Institut de Droit international,

Considérant que l'Institut a adopté à sa session d'Amsterdam, en 1957, une résolution sur l'arbitrage en droit international privé et à sa session d'Athènes, en 1979, une résolution sur la loi du contrat dans les accords entre un État et une personne privée étrangère ;

Considérant que, sans en avoir traité systématiquement, ces résolutions ont des implications pour un sujet qui revêt une grande importance pratique autant que théorique, à savoir les arbitrages entre États, entreprises d'État ou entités étatiques, et entreprises étrangères ;

Considérant que l'énoncé d'un ensemble cohérent de principes relatifs au rôle et aux obligations de l'arbitre en de tels arbitrages clarifiera certaines questions fondamentales et contribuera à la sécurité juridique ;

Considérant que, alors qu'il existe de nombreux principes qui s'appliquent aux arbitrages internationaux en général et parmi lesquels certains sont rappelés dans cette résolution, il est utile d'attirer aussi l'attention sur d'autres principes qui sont particulièrement importants pour les arbitrages entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques, et entreprises étrangères ;

Considérant que le devoir d'un tribunal arbitral de se conformer à la convention dont il tient ses pouvoirs fixe les limites dans lesquelles la prise en considération de la mise à exécution de la sentence dans un Etat donné peut exercer sur le résultat à atteindre une influence appropriée ; et

Notant que cette résolution réserve les dispositions applicables des traités internationaux ; et

Notant en outre que cette résolution vise seulement les pouvoirs et les devoirs des arbitres dans les arbitrages entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques, et entreprises étrangères ;

Adopte la résolution suivante :

Article premier

Les arbitres tiennent leur compétence et leurs pouvoirs de la convention d'arbitrage. Un arbitre ne doit ni excéder ses pouvoirs ni manquer de faire tout ce qui est nécessaire pour exercer sa compétence intégralement ; il doit exercer ses fonctions avec impartialité et indépendance.

Article 2

En aucun cas un arbitre ne doit méconnaître les principes d'ordre public international sur lesquels un large consensus s'est formé dans la communauté internationale.

Article 3

Sauf si la convention d'arbitrage en dispose autrement, les principes généraux suivants s'appliquent :

a) la convention d'arbitrage est autonome par rapport à la relation juridique à laquelle elle se réfère ;

b) le tribunal détermine l'existence et l'étendue de sa compétence et de ses pouvoirs ;

c) le refus d'une partie de participer à l'arbitrage, soit en raison de la non-désignation d'un arbitre en violation de la convention d'arbitrage, soit par le retrait d'un arbitre, soit par le recours à toute autre manœuvre d'obstruction, ne suspend pas la procédure et ne fait pas obstacle au prononcé d'une sentence valable ;

d) au cas où il deviendrait anormalement difficile de poursuivre un arbitrage au lieu convenu, le tribunal peut, après consultation des parties, transférer l'arbitrage en tel lieu qu'il désignera ;

e) aucune mesure d'obstruction d'un arbitre, en ce compris le refus de remplir sa mission, ne saurait entraîner un retard déraisonnable de la procédure.

Lorsque les autres arbitres conviennent que le retard est devenu déraisonnable, la partie ou l'autorité qui a désigné l'arbitre responsable du retard devrait agir pour remplacer celui-ci. Si cette partie ou cette autorité était en défaut d'agir dans un délai raisonnable, l'autre partie serait autorisée à prendre les mesures nécessaires

pour que le remplacement de l'arbitre soit ordonné par une autorité compétente. En cas de remplacement, la procédure d'arbitrage ne doit pas être recommencée si la majorité du tribunal décide que le compte rendu des débats est adéquat et qu'il existe des motifs sérieux de ne pas réitérer la procédure. Sauf si les parties sont d'un avis contraire ou que les règles applicables en disposent autrement, l'arbitrage se poursuit alors même que l'arbitre défaillant n'a pas été remplacé.

Article 4

Lorsque la validité de la convention d'arbitrage est contestée, le tribunal tranche la question en appliquant une ou plusieurs des sources de droit suivantes : la loi choisie par les parties, la loi déclarée applicable selon le système de droit international privé désigné par les parties, les principes généraux de droit international public ou privé, les principes généraux de l'arbitrage international, ou la loi qui serait appliquée par les juridictions du lieu où le tribunal siège. En faisant ces choix, le tribunal sera guidé, en chacun des cas, par le principe *in favorem validitatis*.

Article 5

Un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti.

Article 6

Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de procédure et de droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres. En particulier, (1) les diverses questions soulevées peuvent être respectivement soumises à des règles et principes différents,

et (2) ces règles et principes peuvent être empruntés à différents systèmes juridiques nationaux ainsi qu'à des sources non nationales, comme les principes du droit international, les principes généraux du droit et les usages du commerce international.

Dans la mesure où les parties ont laissé la question ouverte, le tribunal recherche les règles et principes nécessaires parmi les sources indiquées à l'article 4.

Article 7

L'accord d'une entreprise d'Etat à un arbitrage n'implique pas par lui-même que l'Etat consent à être partie à cet arbitrage.

Article 8

L'exigence d'épuisement des recours internes comme condition de mise en œuvre de l'obligation d'aller devant les arbitres ne peut être admise sauf si la convention d'arbitrage en dispose autrement.

Article 9

Dans les arbitrages entre un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique et une entreprise étrangère, la compétence du tribunal ne peut être déniée pour des motifs déduits de la souveraineté de l'Etat.

(12 septembre 1989)

II. L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LA LOI DU FOR ET LA LOI ÉTRANGÈRE

(10^e Commission)

Le texte français fait foi

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 la conclusion de traités, notamment sous les auspices 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 ;

qu'il est contraire à une réglementation équilibrée et ouverte des relations internationales de donner à la loi du for une supériorité de nature sur la loi étrangère ;

que l'adoption de règles de conflit bilatérales est de nature à favoriser normalement cet objectif ;

que l'égalité de traitement de la loi du for et de la loi étrangère y apparaît également nécessaire et peut aujourd'hui être mieux atteinte grâce au développement des moyens d'information sur les droits étrangers ;

Se référant à la résolution qu'il a adoptée à Sienna 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 :

I. Etablissement de la règle de conflit

1. Il est recommandé aux Etats :

- a) d'adopter, lorsque leurs intérêts essentiels ne s'y opposent pas, des règles de conflit de lois fondées sur des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for ; et, par conséquent,
- b) d'éviter l'adoption de règles de conflit qui étendent le domaine d'application de la loi du for aux dépens de celui de la loi étrangère ;
d'exclure notamment de pareilles règles, lorsqu'elles ont pour conséquence de consacrer une discrimination entre les parties fondée sur des éléments d'appartenance personnelle de l'une d'elles à l'Etat du for, tels que la nationalité ou la religion.

2. Il est recommandé aux Etats, lorsque l'adoption de règles de conflit subsidiaires leur paraît nécessaire, d'utiliser des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère comme à celle de la loi du for.

3. Il est recommandé aux Etats, lorsqu'ils introduisent des règles de conflit visant à réaliser un résultat matériel déterminé, comme les règles alternatives, d'utiliser des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère comme à celle de la loi du for.

II. *Mise en œuvre de la règle de conflit*

a) Etant donné le caractère obligatoire de la règle de conflit, qu'elle désigne la loi étrangère ou la loi du for, il est recommandé aux Etats, dans la mesure où leurs règles de procédure le permettent,

- d'imposer à leurs autorités compétentes de soulever d'office la question de l'applicabilité de la règle de conflit, et
- dans le cas où cette applicabilité est admise, d'appliquer d'office la loi étrangère que cette règle désigne.

b) Il est recommandé que les autorités judiciaires, à l'aide des moyens que leur offrent les règles de procédure de leur pays, puissent prendre les initiatives nécessaires en vue de la recherche et de la constatation des dispositions des droits étrangers, telles qu'elles sont appliquées dans leur pays d'origine, en demandant notamment leur collaboration aux parties.

c) Il est recommandé que l'application du droit étranger donne ouverture à des voies de recours analogues à celles qui ont pour objet la loi du for.

d) L'application de la loi étrangère normalement compétente ne peut être écartée que si les effets en sont manifestement contraires à l'ordre public.

(12 septembre 1989)

III. LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET LE PRINCIPE DE NON-INTERVENTION DANS LES AFFAIRES INTÉRIEURES DES ÉTATS

(8^e Commission)

Le texte français fait foi

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Déclarations de New York (1929) sur « les droits internationaux de l'homme » et 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 » ;

Considérant que la protection des droits de l'homme, en tant que 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 ;

que les 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 ;

que les violations graves et fréquentes des droits de l'homme, y compris celles qui affectent les minorités ethniques, religieuses et linguistiques, suscitent la légitime et croissante indignation de l'opinion publique et déterminent maints Etats et organisations internationales à recourir à des mesures diverses pour assurer le respect des droits de l'homme ;

que de telles réactions, de même que la doctrine et la jurisprudence internationales, témoignent du fait que les droits de l'homme, bénéficiant désormais d'une protection internationale, cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats ;

qu'il importe toutefois, autant dans l'intérêt du maintien de la paix et des relations amicales 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 imposées par le droit international aux mesures que les Etats et les organisations internationales peuvent adopter en réponse aux violations des droits de l'homme ;

Adopte la résolution suivante :

Article premier

Les droits de l'homme sont l'expression directe de 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 déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Cette obligation internationale est, selon une formule utilisée par la Cour internationale de Justice, une obligation *erga omnes* ; elle incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout Etat a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme. Cette obligation implique au surplus un devoir de solidarité entre tous les Etats en vue d'assurer le plus rapidement possible une protection universelle et efficace des droits de l'homme.

Article 2

Un Etat agissant en violation de l'obligation énoncée à l'article premier ne peut se soustraire à sa responsabilité internationale en prétendant que ce domaine relève essentiellement de sa compétence nationale.

Sans préjudice des fonctions et pouvoirs que la Charte attribue 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'adopter, à l'égard de tout autre Etat ayant enfreint l'obligation énoncée à l'article premier, des mesures diplomatiques, économiques et autres, admises par le droit international et ne comportant pas l'emploi de la force armée en violation de la Charte des Nations Unies. Ces mesures ne peuvent pas être considérées comme une intervention illicite dans les affaires intérieures de l'Etat.

Les violations de nature à justifier le recours aux mesures visées ci-dessus doivent s'apprécier en tenant compte de la gravité des violations dénoncées ainsi que de toutes les circonstances pertinentes. Des mesures propres à assurer la protection collective des droits de l'homme sont tout spécialement justifiées lorsqu'elles répondent à des violations particulièrement graves de ces droits, notamment des violations massives ou systématiques, ainsi qu'à celles portant atteinte aux droits auxquels il ne peut être dérogé en aucune circonstance.

Article 3

Les démarches diplomatiques, de même que l'expression purement verbale de préoccupation ou de désapprobation au sujet de violations quelconques des droits de l'homme, sont licites en toute circonstance.

Article 4

Toute mesure, individuelle ou collective, destinée à assurer la protection des droits de l'homme, répondra aux conditions suivantes :

1. sauf en cas d'extrême urgence, l'Etat auteur de la violation aura été mis en demeure de la faire cesser ;
2. la mesure sera proportionnée à la gravité de la violation ;
3. elle sera limitée à l'Etat auteur de la violation ;
4. l'Etat qui y recourt tiendra compte des intérêts des particuliers et des Etats tiers, ainsi que de l'incidence de la mesure sur le niveau de vie des populations concernées.

Article 5

L'offre, par un Etat, un groupe d'Etats, une organisation internationale ou un organisme humanitaire impartial tel que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), de secours alimentaires ou sanitaires à un Etat dont la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé ne saurait être considérée comme une intervention illicite dans les affaires intérieures de cet Etat. Toutefois, de telles offres de secours ne peuvent, notamment par les moyens mis en œuvre, revêtir les apparences d'une menace d'intervention armée ou de toute autre mesure d'intimidation ; les secours seront accordés et distribués sans discrimination.

Les Etats sur le territoire desquels de telles situations de détresse existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires.

Article 6

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 et des institutions spécialisées ou régionales.

Article 7

Le renforcement des méthodes et procédures internationales, en particulier des méthodes et procédures des organisations internationales visant à prévenir, réprimer et éliminer les violations des droits de l'homme, est hautement souhaitable.

(13 septembre 1989)
