

Document:-
A/CN.4/371

Mémoire présenté par M. Nikolai A. Ouchakov

sujet:
Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1983, vol. II(1)

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

Mémoire présenté par M. Nikolai A. Ouchakov

[Original : russe]
[11 mai 1983]

La Commission du droit international a apporté une contribution significative à la codification et au développement progressif du droit international. Comme en témoigne sa longue expérience, la bonne exécution des tâches confiées à la Commission exige l'examen approfondi et complet des problèmes qui lui sont soumis et la définition des normes universellement reconnues du droit international, dont la codification doit se fonder sur l'analyse de la pratique internationale des Etats, des décisions des instances judiciaires internationales et de la doctrine du droit international. Il est indispensable également de tenir compte comme il se doit des principes fondamentaux du droit international contemporain, notamment de ceux incorporés dans la Charte des Nations Unies, dans la mesure où ils possèdent un caractère impératif privilégié.

Ce qui précède s'applique aussi, évidemment, au sujet des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, dans la mesure où les questions examinées à ce propos touchent aux bases fondamentales du droit international.

Le Rapporteur spécial, M. Sucharitkul, a présenté à la Commission, de 1979 à 1982, quatre rapports¹ où il s'efforce de suivre l'approche habituellement adoptée par la Commission à l'égard du problème considéré. Ces rapports présentent un intérêt substantiel et contiennent une abondante documentation.

Néanmoins, un certain nombre de conclusions du Rapporteur spécial ne nous paraissent pas fondées. Il s'agit plus précisément de l'opinion du Rapporteur spécial concernant l'apparition d'une tendance générale en faveur d'une conception « limitée » ou « fonctionnelle » des immunités des Etats.

Cette conception ou théorie est en contradiction avec les principes fondamentaux du droit international et est rejetée par de nombreux Etats, comme nous l'avons à plusieurs reprises signalé à l'attention de la Commission. En conséquence, elle ne peut, à notre avis, constituer la base d'une codification des normes relatives aux immunités des Etats et de leurs biens. C'est ce qui ressort, à notre avis, des considérations qui suivent.

¹ Rapport préliminaire : *Annuaire... 1979*, vol. II (1^{re} partie), p. 243, doc. A/CN.4/323; deuxième rapport : *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 195, doc. A/CN.4/331 et Add.1; troisième rapport : *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), p. 131, doc. A/CN.4/340 et Add.1; quatrième rapport : *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), p. 243, doc. A/CN.4/357.

I

1. Le principe de l'immunité des Etats à l'égard des juridictions étrangères est un principe universellement reconnu du droit international. Il est si bien enraciné dans le droit international qu'il est reconnu sans réticence par tous les Etats sans exception, y compris dans la pratique de leurs organes judiciaires, ainsi que dans la doctrine du droit international de tous les pays sans exception.

Même les Etats qui se réclament depuis quelque temps de la théorie de « l'immunité fonctionnelle » reconnaissent et affirment le principe de l'immunité des Etats à l'égard des juridictions étrangères. Le refus de l'immunité, dans la théorie de l'immunité fonctionnelle, se fonde sur l'idée qu'apparemment, dans les cas considérés, l'Etat agirait non pas en tant qu'Etat (souverain, détenteur de la puissance publique), mais en tant que personne privée.

2. Il est non moins universellement reconnu qu'à la base de l'immunité des Etats se trouvent des principes fondamentaux du droit international, en particulier les principes de la souveraineté et de l'égalité souveraine des Etats.

Il résulte de la souveraineté des Etats, en tant qu'attribut inaliénable de chaque Etat, et de l'égalité souveraine et de l'indépendance des Etats dans leurs relations mutuelles qu'aucun Etat ne peut exercer sa juridiction, c'est-à-dire son pouvoir, à l'égard d'autres Etats. C'est ce qu'exprime en droit international le principe de l'immunité des Etats, qui a précisément pour fondement la non-soumission d'un Etat au pouvoir d'un autre Etat.

Ainsi, l'immunité des Etats est la conséquence même de leur souveraineté aussi longtemps que les Etats restent souverains. Elle ne dépend d'aucune condition ou circonstance préalable, et notamment pas du développement des fonctions des Etats.

3. Dans le contexte du principe de l'immunité des Etats à l'égard des juridictions étrangères, le terme « juridiction » désigne, à notre avis, la sphère du pouvoir souverain de l'Etat : législatif, exécutif, judiciaire et autre. Ce terme est employé dans le même sens dans la majorité des conventions internationales multilatérales.

Le principe de l'immunité des Etats à l'égard des juridictions étrangères se trouve aujourd'hui à la base de nombreuses conventions multilatérales de codification relatives à différents domaines de relations internationales.

les. Toutes ces conventions sont en un sens liées entre elles.

4. La Commission, au stade actuel de ses travaux, a décidé de limiter sa tâche à la question des « immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens » — ce qui est pleinement admissible. Néanmoins, la Commission ne peut s'écarter de la façon dont cette question est réglée dans les conventions en vigueur.

En particulier, l'article 31 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques² dispose que l'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale. Il jouit également de l'immunité de la juridiction civile et administrative lorsqu'il agit au nom de l'Etat accréditant. Autrement dit, la Convention pose en principe la pleine immunité de l'Etat, en particulier à l'égard des juridictions d'un autre Etat. Des dispositions analogues existent dans d'autres conventions, et sont notoires.

Nous voulons souligner ainsi que le principe de l'immunité des Etats ne peut être appliqué ou interprété de façons diverses.

II

5. Le principe de l'immunité des Etats, comme il est indiqué plus haut, constitue un principe incontesté et universellement reconnu du droit international, qui exprime et affirme la souveraineté des Etats dans les relations internationales.

On se demande parfois, cependant, si l'immunité conférée à un Etat étranger n'a pas pour conséquence une limitation de la souveraineté de l'Etat qui confère cette immunité. La question a été posée aussi par le Rapporteur spécial au sujet de l'immunité juridictionnelle des Etats.

La question ne peut toutefois se poser de cette manière que du point de vue du concept dit de la « souveraineté absolue », qui a été invoquée dans le passé par certains auteurs, qui partaient du principe que l'Etat n'est en rien lié dans ses relations avec les autres Etats et organise ces relations uniquement comme il l'entend.

Cette représentation de la souveraineté amène très logiquement à la conclusion qu'un seul Etat peut être reconnu souverain, étant donné que la souveraineté de tout autre Etat, du seul fait qu'elle existe, signifie une limitation de la souveraineté absolue du premier Etat.

Une telle conception conduit en fait à reconnaître la souveraineté d'un seul Etat — le plus puissant —, à ramener la souveraineté exclusivement à des rapports de force et à nier la souveraineté de tous les autres Etats.

6. En fait, la souveraineté des Etats doit être comprise comme un attribut intangible de chaque Etat. La souveraineté effective a pour limites la souveraineté de tous les autres Etats. L'engagement international, volontaire et mutuel, pris par les Etats de respecter la souveraineté des autres Etats, notamment l'obligation de tout Etat de respecter l'immunité des autres Etats dans le cadre de sa

propre juridiction, ne constitue pas une limitation de la souveraineté mais bien sa confirmation en tant que principe fondamental universel des relations entre Etats.

C'est bien pourquoi le strict respect du principe de l'immunité des Etats à l'égard des juridictions étrangères présente une telle importance pour la garantie du respect de la souveraineté de tous les Etats et de chacun d'eux en particulier.

En respectant l'immunité des autres Etats, chaque Etat attend d'eux qu'ils respectent sa propre immunité.

7. Il convient de noter aussi que l'immunité à l'égard d'une juridiction étrangère ne signifie nullement que l'Etat qui en bénéficie peut ne pas tenir compte de l'ordre légal de l'autre Etat dans la sphère de juridiction de ce dernier. Bien au contraire, il est dans l'obligation de respecter strictement l'ordre légal intérieur de cet autre Etat. En particulier, il ne peut exercer, dans le cadre de l'ordre légal de l'autre Etat, que les activités admises par ce dernier. Chaque Etat a en outre l'obligation de ne pas s'ingérer dans les affaires intérieures d'un autre Etat.

III

8. Tous les Etats sans exception, ainsi que la doctrine du droit international de tous les pays, comme il est indiqué plus haut, reconnaissent inconditionnellement le principe de l'immunité des Etats à l'égard des juridictions étrangères.

9. Néanmoins, certains Etats, par l'intermédiaire de leurs organes judiciaires, ont commencé dans un certain nombre de cas, principalement au cours des dernières décennies, à s'inspirer dans leurs actions du concept dit de « l'immunité fonctionnelle ». Pour l'essentiel, ce concept revient à affirmer qu'un Etat, selon les fonctions qu'il exerce, peut assumer des qualités diverses et, en conséquence, bénéficier ou ne pas bénéficier de l'immunité. C'est ce qu'on appelle aussi parfois la théorie de l'immunité « limitée » ou « relative ».

Au cours des dernières années, un certain nombre d'Etats ont adopté une législation fondée sur ce concept. C'est le cas, en particulier, de toute évidence, du *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* des Etats-Unis d'Amérique³.

10. D'après le concept d'immunité fonctionnelle, il conviendrait de distinguer les activités de l'Etat qui constituent des manifestations de la puissance publique (*jure imperii*) et les activités de l'Etat ayant un caractère privé ou commercial (*jure gestionis*). En d'autres termes, il s'agirait de distinguer les activités de l'Etat ayant un caractère de droit public et celles ayant un caractère de droit privé.

Il est clair cependant que ce concept est inconsistant à de nombreux égards.

11. En premier lieu, il est en désaccord avec le droit international en vigueur, lequel se fonde sur le principe

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 113.

³ *United States Code, 1976 Editions*, vol. 8, titre 28, chap. 97, p. 206.

de la souveraineté et de l'égalité souveraine des Etats dans tous les domaines de leurs relations mutuelles, notamment politique, économique (commercial), social, scientifique et technique et culturel. Dans ses relations extérieures, l'Etat se manifeste toujours en tant qu'*imperium* (pouvoir souverain), c'est-à-dire en tant qu'investi de la puissance publique.

12. L'Etat est un, on ne peut le morceler, et il en est de même du pouvoir de l'Etat. Tous les organes et tous les représentants de l'Etat agissent au nom de la puissance publique, dans les limites de leurs droits et de leurs obligations fixés par l'Etat. Aucun organe de l'Etat ne peut être exclu de l'ensemble, isolé ou opposé à d'autres organes. La compétence globale des organes de l'Etat inclut tous les pouvoirs indispensables à l'exercice des fonctions de l'Etat.

Ainsi, en particulier, les représentations commerciales des Etats, là où elles existent, agissent, de même que les autres organes de l'Etat, au nom de l'Etat et bénéficient de l'immunité à l'égard des juridictions étrangères.

L'activité ou la fonction économique de l'Etat, y compris ce qu'on peut appeler son activité commerciale, n'est pas la moins importante pour l'Etat, y compris dans l'économie capitaliste. L'Etat exerce son activité économique non pas comme une quelconque personne privée, mais précisément en tant qu'Etat, souverain, détenteur de la puissance publique.

Il existe comme on sait à l'heure actuelle dans tous les Etats un secteur d'économie d'Etat. Dans les Etats socialistes, le secteur d'Etat de l'économie nationale est prépondérant. Pour ces Etats, la fonction économique de l'Etat (en URSS on l'appelle la fonction économique et d'organisation) est devenue l'une des plus importantes. Dans de nombreux Etats nouveaux, récemment libérés du joug colonial, le secteur de l'économie d'Etat est en développement constant.

C'est pourquoi, vouloir isoler et considérer à part l'activité commerciale d'un Etat, comme étant sans rapport avec son activité en tant qu'Etat, est absolument sans fondement.

13. La même constatation s'applique, tout aussi nettement, à la distinction entre les activités de droit public et les activités de droit privé de l'Etat.

En ce qui concerne les Etats socialistes, toute référence à leurs activités de droit privé est entièrement dénuée de sens.

Même dans les conditions de l'économie capitaliste, il n'existe aucune norme ou critère permettant d'établir une distinction entre les activités de droit public et les activités de droit privé de l'Etat. C'est pourquoi la pratique juridique des Etats qui se réclament de la théorie de l'immunité fonctionnelle présente tant de divergences, de contradictions et d'inconséquences.

14. D'autre part, il est tout à fait inadmissible qu'un tribunal puisse examiner les activités d'un Etat étranger et les qualifier en tels ou tels termes, contrairement à l'avis de cet Etat. C'est là une ingérence inadmissible dans les affaires intérieures et extérieures des Etats.

15. Enfin, à certains égards, le concept de l'immunité fonctionnelle a pour effet d'identifier l'Etat à des personnes physiques et de lui refuser l'immunité pour les activités qui pourraient être exercées par des personnes privées. C'est là une conception fondamentalement erronée.

L'Etat qui conclut un marché de droit privé ne le fait pas en qualité de personne morale, mais en tant qu'entité spéciale de droit civil. Dans ce cas, il n'agit pas dans l'intérêt d'une personne privée quelconque mais dans l'intérêt de l'Etat, du développement économique et social de sa communauté et de son peuple. C'est pourquoi il est totalement injustifié d'identifier les activités de l'Etat à celles de personnes morales.

16. En conséquence, à notre avis, la théorie de l'immunité fonctionnelle manque manifestement de fondement. Elle vise à soumettre un Etat au pouvoir judiciaire d'un autre Etat — ce qui est fondamentalement contraire aux principes de la souveraineté, de l'égalité souveraine des Etats et de la non-ingérence dans les affaires intérieures et extérieures des Etats.

IV

17. En ce qui concerne la position des Etats, il nous apparaît qu'elle n'est pas correctement reflétée ou interprétée dans les rapports du Rapporteur spécial.

De nombreux Etats — sans doute la majorité — n'admettent pas ou rejettent le concept d'immunité fonctionnelle. C'est pourquoi, il est manifestement faux de parler de l'apparition d'une tendance générale favorable à ce concept.

Ainsi, sur les vingt-neuf Etats qui, à la demande de la Commission, ont envoyé des informations et une documentation en réponse au questionnaire⁴, quatorze assurent une immunité complète et quatre ne possèdent pas de législation ou de pratique dans ce domaine.

Il ressort également de la discussion des parties pertinentes des rapports de la CDI à la Sixième Commission de l'Assemblée générale qu'un large groupe d'Etats prennent position contre ledit concept.

18. On ne peut se référer à la pratique juridique de certains Etats que dans le cas, comme nous l'avons signalé à la Commission, où l'Etat auquel l'immunité est refusée est d'accord avec cette pratique. Nous croyons savoir que, dans la majorité des cas, les Etats ont protesté en de telles occasions. De toute façon, les réactions des Etats aux décisions judiciaires ne sont pas mentionnées dans le rapport du Rapporteur spécial.

19. En particulier, le Rapporteur spécial n'interprète pas correctement la pratique de l'URSS et des autres pays socialistes en matière de contrats; d'après lui, cette pratique témoignerait du fait que l'activité économique de l'Etat est exclue de l'immunité.

La pratique de l'URSS en matière de contrats témoigne du contraire. Dans le cadre de nombreux accords

⁴ Voir Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (numéro de vente : E/F.81.V.10), p. 555 et suiv., sect. V.

commerciaux, l'URSS a volontairement consenti à soumettre ses représentants commerciaux à la juridiction étrangère pour les marchés conclus ou garantis par sa représentation commerciale dans le pays hôte. En dehors de ces cas d'accord volontaire de la part de l'URSS, ses représentants commerciaux bénéficient, en leur qualité de représentants d'un Etat, de l'immunité à l'égard de la juridiction étrangère.

Il convient de noter en outre que, depuis les années 30, l'Union soviétique ne conclut pratiquement plus de marchés commerciaux avec des personnes physiques ou morales étrangères. De tels marchés sont conclus par les organismes soviétiques de commerce extérieur et autres personnes morales de droit national, qui en cette qualité ne bénéficient d'aucune immunité à l'égard des juridictions étrangères.

20. Il apparaît donc que les positions et les pratiques des Etats ne sont nullement uniformes. Il est donc impossible d'en conclure à l'apparition d'une quelconque tendance générale en faveur du concept de l'immunité limitée. Pour le moins, la question exige une étude complémentaire approfondie.

V

21. Non moins erronée nous apparaît l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle, parmi les juristes contemporains, il n'existerait pas de partisans de l'immunité absolue ou complète des Etats, et que les spécialistes seraient unanimement favorables à une limitation de l'immunité des Etats en ce qui concerne leurs activités marchandes ou commerciales.

22. En premier lieu, les spécialistes soviétiques du droit international se déclarent fermement et unanimement en faveur de l'immunité complète des Etats à l'égard des juridictions étrangères, du fait de la souveraineté des Etats, de leur indépendance et de leur égalité de droits. Le concept de l'immunité fonctionnelle et les autres théories limitatives de l'immunité ont fait l'objet de critiques approfondies, qui ont montré leur inconsistance sur le plan théorique. Nous avons nous aussi consacré notre attention à cette question dans un ouvrage publié en 1963⁵. Telle est également la position, nous semble-t-il, des autres pays socialistes sur le plan de la doctrine du droit international.

23. Les spécialistes du droit international des pays occidentaux sont d'ailleurs loin d'être unanimes sur la question. De nombreux auteurs occidentaux se sont prononcés et se prononcent contre le concept de l'immunité fonctionnelle et autres théories limitatives de l'immunité. Nous n'en citerons qu'un seul exemple : l'ouvrage d'Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*⁶.

Citant les arguments de quelques auteurs en faveur du concept de l'immunité limitée, Brownlie écrit :

⁵ N. A. Ouchakov, *Suverenitet v sovremennom mejdounarodnom prave* [La souveraineté dans le droit international contemporain], Moscou, 1963, Institut des relations internationales.

⁶ 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1973.

De tels arguments ont un certain fondement, mais un examen plus attentif montre qu'à des degrés divers, aucun d'eux n'est convaincant. En premier lieu, l'attitude de nombreux juristes à l'égard du concept de « souveraineté sur le marché » se fonde sur des conceptions concernant le rôle de l'Etat et la signification des biens d'Etat qui ne sont même pas applicables à un grand nombre de pays dans l'économie capitaliste contemporaine. C'est précisément cet aspect politique qui rend difficile la recherche d'un fondement logique pour l'application du principe de la limitation. Comme il est souligné [dans les ouvrages spécialisés] l'activité économique d'un Etat demeure une activité d'Etat. De ce point de vue, il serait même plus logique de se passer totalement d'immunité⁷.

Un peu plus loin l'auteur écrit :

Ni la pratique des Etats ni les arguments de principe ne justifient le remplacement du principe de large immunité par un autre principe quelconque, et il convient de reconnaître que la recherche d'autres formules est jusqu'à présent restée vaine⁸.

Telle est la position en matière de doctrine.

VI

24. Il est assez évident que les tentatives visant à soumettre un Etat au pouvoir judiciaire d'un autre Etat ne peuvent conduire qu'à des contradictions et à des différends stériles entre Etats. D'ailleurs, le respect de l'immunité des Etats étrangers ne constitue nullement un obstacle au développement de relations commerciales internationales mutuellement profitables, y compris entre Etats ayant des systèmes sociaux différents.

25. Chaque Etat a des possibilités suffisantes de défendre ses intérêts, notamment dans le cadre de sa juridiction.

En premier lieu, l'Etat peut ne pas admettre que ses ressortissants, personnes physiques ou morales, concluent des marchés avec des gouvernements étrangers.

En deuxième lieu, l'Etat peut, dans le cadre d'un contrat, recevoir l'accord d'un autre Etat pour que ce dernier soit soumis à la juridiction locale pour une catégorie déterminée d'affaires.

En troisième lieu, l'Etat peut exiger que ses ressortissants, personnes physiques ou morales, ne concluent de marchés qu'à la condition que figure dans le contrat avec le gouvernement étranger une disposition concernant le règlement des différends par voie judiciaire ou par voie d'arbitrage commercial.

L'Etat conserve le droit, dans les cas appropriés, de défendre ses ressortissants, personnes physiques ou morales, par la voie diplomatique. Il existe aussi d'autres possibilités.

VII

26. Il ressort de ce qui précède qu'une codification basée sur le concept de la limitation de souveraineté serait sans fondement et sans portée.

Le problème exige, tout au moins, une nouvelle étude approfondie.

⁷ *Ibid.*, p. 325.

⁸ *Ibid.*, p. 326.