

INTRODUCTION

The sovereign equality of States and the well established principle *par in parem non habet imperium* entail that States enjoy immunity before courts of foreign States and cannot be made a respondent in such proceedings. This rule was applied in its integrity at a time when States were hardly involved in private economic activities and trade.

However, with the increase of such activities already during the first half of the 20th century and with the growing need of the States to enter into transactions with private individuals, this formerly well established rule was challenged. These activities necessitated an equal treatment of States with private individuals before foreign national courts. Otherwise, States would enjoy an unjustified privilege in relation to private individuals; at the same time, financial institutions were hesitant to grant credits without a possibility to institute judicial proceedings against the debtor. Even the Soviet Union that emphasised absolute immunity since private individuals could not be put on the same level as States had to seek for ways and means to ensure that judicial proceedings before foreign national courts could be instituted against its organs responsible for its external commercial relations.

As a consequence of these needs absolute immunity withered away and was replaced by relative immunity according to which States could not enjoy exemption from legal process before foreign national courts for economic activities. The tendency was corroborated by the need to strengthen the accountability of States towards individuals insofar as one means to produce such an effect was the right of individuals to resort to judicial institution in cases against States. However, this change did not gain universal recognition so that a global uniformity of this rule was not achieved. The courts decided in very different ways and once they applied a relative immunity they based their decision on very different criteria.

Various international institutions made attempts to formulate a generally acceptable rule on State immunity. Under the auspices of international organizations conventions were drawn up, such as the European Convention on State Immunity of 1972, which entered into force on 11 June 1976, or the OAS Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States 1982. However, the application of the European Convention has remained very restricted since, apart from its regional nature, it was ratified by only eight States (Austria, Belgium, Cyprus, Germany, Luxembourg, Netherlands, Switzerland and the United Kingdom). Several international scientific institutions also dealt with this issue, so, for instance, the *Institut de Droit International* already in 1891 (Hamburg), in 1954 (Aix-en-Provence) and 1991 (Basel), the International Law Association in 1982 (Montreal).

INTRODUCTION

Il découle de l'égalité souveraine des États et du principe généralement admis de *par in parem non habet imperium* que les États jouissent de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'États étrangers et ne peuvent pas être mis en cause devant leurs autorités judiciaires. Cette règle était intégralement appliquée à l'époque où les États n'intervenaient pour ainsi dire pas dans les activités économiques et commerciales privées.

Toutefois, en raison du développement de ce type d'activités dès la première moitié du 20^e siècle et du fait que les États ont eu de plus en plus besoin de faire affaire avec des particuliers, cette règle, qui avait été jusque-là généralement admise, a été remise en question. En effet, ces activités rendaient nécessaire d'appliquer aux États le même traitement qu'aux particuliers devant les juridictions nationales étrangères. À défaut, les États jouiraient d'un privilège injustifié par rapport aux particuliers; au demeurant, les institutions financières hésitaient à accorder des crédits sans pouvoir engager des poursuites judiciaires contre le débiteur. Il n'est pas jusqu'à l'Union soviétique, qui accordait une place importante à l'immunité absolue dans la mesure où les particuliers ne pouvaient pas être mis sur le même plan que les États, qui n'ait dû trouver le moyen de s'assurer que les juridictions nationales étrangères puissent engager des poursuites judiciaires contre ceux de ces organes qui avaient la charge de ses relations commerciales extérieures.

Il s'en est suivi que l'immunité absolue a perdu sa raison d'être et a été remplacée par une immunité relative, en vertu de laquelle les États ne pouvaient pas se soustraire à une procédure engagée devant les tribunaux nationaux étrangers au titre de leurs activités économiques. La tendance a été confirmée par la nécessité de renforcer la responsabilité des États vis-à-vis des particuliers dans la mesure où l'un des moyens de produire un tel effet était le droit des particuliers d'engager des procédures judiciaires contre les États. Cela étant, ce changement n'a pas été universellement admis, si bien que cette règle n'a pas été uniformément appliquée à travers le monde. Les tribunaux se sont prononcés de façons très diverses et ont fondé leur décision d'appliquer une immunité relative sur des critères très différents.

Plusieurs organisations internationales ont tenté de formuler une règle généralement acceptable concernant l'immunité des États. Sous les auspices d'organisations internationales, des conventions ont été élaborées, comme la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972, entrée en vigueur le 11 juin 1976, ou le projet de Convention de l'Organisation des États américains sur l'immunité juridictionnelle des États de 1982. Toutefois, l'application de la Convention européenne est restée très limitée car, outre sa nature régionale, elle n'a été ratifiée que par huit États (Allemagne, Autriche,

This situation existing still in the early 1990's revealed large divergences of the views and positions held by States. These were not only views held by the delegates taking part in international discussions, but different positions adopted by their domestic authorities, including their national courts. The reason for this divergence was *inter alia* prompted by the fact that the national positions were still in some sort of development ensuing from the on-going shift of paradigms in international relations.

In order to achieve a universally acceptable regime, the ILC started in 1978 a codification process on this topic and submitted in 1991 a set of draft articles to the General Assembly. However, the position of State underwent a fundamental change at that time due to the break-down of the communist system and also due to the commencing change in the position of developing countries so that uncertainties arose as to the legal regime to be applied. Consultations conducted within the General Assembly during three years could not achieve a commonly acceptable solution on five central points so that the General Assembly decided to postpone further work. These five points related to the 1) Concept of a State for purposes of immunity; 2) Criteria for determining the commercial character of a contract or transaction; 3) Concept of a State enterprise or other entity in relation to commercial transactions; 4) Contracts of employment and 5) Measures of constraint against State property.

When the issue was reactivated by the General Assembly, the ILC worked out alternative solutions for these five points, which formed the basis for further consultations within the General Assembly. Finally, on 2 December 2004, the General Assembly adopted the text of a United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property as elaborated in the final stage under the chairmanship of Gerhard Hafner and opened it for signature by 17 January 2005 (Resolution A/RES/59/38).

There is an urgent need of a uniform and global regime in this regard: the issue of State immunity reaches out in the daily life of the cooperation of private companies and States and is therefore of utmost importance in order that international society can work smoothly. It establishes a linkage between the sovereignty of States and the necessities of modern life where States are acting in economic matters.

All parties involved in such dealings, private parties as well as States themselves, are acting within a given legal order and legal system. They need such a relatively uniform legal system since otherwise reasonable and economically sound activities would not be possible and neither legal security nor predictability or stability of the legal relations resulting from such activities could be achieved. Such a regime that is of universal nature and provides certain stability is therefore in the interest of the individuals and entities dealing with States as well as in the interest of the States themselves. It must not be overlooked that in recent years a shift of paradigms of universal effect occurred in international relations which required a fresh look at this issue.

Belgique, Chypre, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suisse). Plusieurs institutions scientifiques internationales ont également traité de cette question; c'est le cas, par exemple, de l'*Institut de droit international*, ce dès 1891 (Hambourg), et en 1954 (Aix-en-Provence) et en 1991 (Bâle), et de l'Association de droit international en 1982 (Montréal).

Au début des années 90, les États conservaient des vues et des positions très divergentes sur la question. Il s'agissait non seulement des vues des délégués participant aux délibérations internationales, mais aussi des positions différentes adoptées par leurs autorités nationales, en particulier leurs juridictions nationales. Ces divergences tenaient notamment au fait que les positions nationales n'étaient pas encore bien arrêtées du fait de l'évolution des conceptions applicables aux relations internationales.

Aux fins d'instituer un régime universellement acceptable, la Commission du droit international (CDI) a engagé en 1978 un processus de codification de cette question et a présenté en 1991 un projet d'articles à l'Assemblée générale. Toutefois, la position de l'État a connu à ce moment-là une mutation fondamentale consécutive à l'effondrement du système communiste et au début de l'évolution de la position des pays en développement; ce qui a fait naître des incertitudes quant au régime juridique à appliquer. Trois années de consultations conduites au sein de l'Assemblée générale n'ont pas permis de dégager de terrain d'entente sur cinq points essentiels, si bien que l'Assemblée générale a décidé d'ajourner ses travaux. Ces cinq points concernaient 1) la notion d'État aux fins de l'immunité; 2) les critères à appliquer pour déterminer si un contrat ou une transaction est de nature commerciale; 3) la notion d'entreprises d'État ou autres entités d'État en matière de transactions commerciales; 4) les contrats de travail; et 5) les mesures de contrainte contre les biens d'un État.

Lorsque l'Assemblée générale a relancé le débat sur la question, la CDI a élaboré diverses solutions concernant ces cinq points, lesquelles ont alimenté les nouvelles consultations menées au sein de l'Assemblée générale. Enfin, le 2 décembre 2004, cette dernière a adopté le texte d'une Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens tel qu'il avait été élaboré dans la dernière phase sous la présidence de Gerhard Hafner et l'a ouverte à la signature le 17 janvier 2005 (résolution A/RES/59/38).

Il est urgent d'instaurer un régime uniforme et universel dans ce domaine : la question de l'immunité des États est inhérente à la coopération des entreprises privées et des États et revêt de ce fait une importance essentielle au bon fonctionnement de la société internationale. Elle établit un lien entre la souveraineté des États et les réalités contemporaines qui amènent ces derniers à intervenir dans les affaires économiques.

Toutes les parties associées à ces transactions, les entités privées comme les États eux-mêmes, interviennent dans un ordre et un système juridiques donnés. Elles ont besoin d'un système juridique relativement uniforme : à

Where on the one hand States are relying on their sovereignty, the nature of modern international relations, the increase in particular of economic interactions where States themselves are involved, the growing involvement of actors other than States in international relations, actors which do not enjoy sovereignty, the different legal parameters of State activities and their growing relations demand a fresh look at the question of jurisdictional immunities. No longer can it be said that a restricted immunity infringes upon the sovereign equality of States since there seems a universal tendency surfacing which reflects these changed conditions. Quite a large number of decisions of national courts from all over the world reflect and confirm this tendency. New developments emerged concerning denial of immunity in case of grave breaches of fundamental human rights.

The time has therefore come to reflect this tendency towards a universally acceptable regime. This is necessary even more so because of the modern rapidity of communication, the worldwide extension of various activities including those of States. Under present conditions no State can any longer escape the necessity of this worldwide extension of its activities; whether or not one likes the effects of modern globalization, no one could exclude itself therefrom. It would not be helpful if divergent regimes were continuously applied. Such a situation would undoubtedly be detrimental to predictability and stability in this field and certainly would harm the general issue of international law.

It must in particular be kept in mind that the issue of State immunity is of extremely practical importance for the national courts as proven by the great frequency of national decisions in this regard. It is in full accordance with all these tendencies and attempts of codification that the Council of Europe undertook it to collect and process the practice as provided by the European States in this respect. This material collected by the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) of the Council of Europe during a period of almost two years and comprising materials delivered by 27 Member States of the Council of Europe as well as one Observer State does not only include decisions of national courts, but also relevant legislation and other acts. The purpose of the present report is essentially to compare State practice, mainly the decisions of judicial organs, with the relevant articles of the UN Convention, as well as the European Convention on State Immunity and the draft articles prepared by academic institutions such as the *Institut de Droit international* in 1991 and the International Law Association in 1994. Each of the ten chapters classifies the State practice in order to show common and divergent solutions applied in domestic jurisdictions.

The elaboration of this material was carried out by three institutions, the Department of European, International and Comparative Law of the Vienna University (by Prof. August Reinisch, Dr. Stephan Wittich and MMag. Ulrike Köhler in cooperation with Prof. Gerhard Hafner), the British Institute of International and Comparative Law (Dr. Susan Breau in collaboration with

défaut, les activités raisonnables et économiquement rationnelles deviendraient impossibles et l'on ne pourrait assurer ni la sécurité juridique, ni la prévisibilité ou la stabilité des rapports juridiques découlant desdites activités. Un tel régime, qui a un caractère universel et garantit la stabilité, est donc conforme aux intérêts des particuliers et des entités traitant avec les États ainsi qu'à ceux des États eux-mêmes. Il ne faut pas oublier que, depuis quelques années, il s'est produit dans les relations internationales un changement de cadre théorique de portée universelle, qui impose de réexaminer la question.

En même temps que les États se reposent sur leur souveraineté, la nature des relations internationales contemporaines, l'accroissement, en particulier, des transactions économiques auxquelles les États eux-mêmes sont associés, l'implication croissante d'acteurs non étatiques dans les relations internationales, lesquels ne jouissent pas de la souveraineté, les divers principes juridiques sur lesquels les États fondent leurs activités et les liens croissants entre ces principes exigent de repenser la question de l'immunité de juridiction. On ne peut plus dire qu'une immunité limitée porte atteinte à l'égalité souveraine des États dans la mesure où l'on voit se profiler une tendance universelle qui reflète cette évolution. Cette tendance est confirmée par un très grand nombre de décisions rendues par les juridictions nationales du monde entier. On a vu apparaître quelque chose de nouveau, à savoir le déni d'immunité dans les cas de grave violation des droits fondamentaux de la personne humaine.

Il est donc temps de tenir compte de cette tendance favorable à l'instauration d'un régime qui emporte l'adhésion universelle. C'est d'autant plus nécessaire que nous assistons à une accélération des communications et à l'extension au monde entier de diverses activités, parmi lesquelles celles des États. Dans les circonstances actuelles, aucun État ne peut plus échapper à la nécessité de cette extension mondiale de ses activités; qu'il aime ou non les effets de la mondialisation actuelle, nul ne peut s'y soustraire. Le maintien de régimes différents n'est pas souhaitable : cela serait assurément préjudiciable à la prévisibilité et à la stabilité dans ce domaine et ne manquerait pas de nuire à l'universalité du droit international.

Il convient en particulier de ne pas oublier que la question de l'immunité des États revêt une très grande importance pratique pour les juridictions nationales, comme l'atteste le très grand nombre de décisions nationales à cet égard. C'est en pleine conformité avec toutes ces tendances et tentatives de codification que le Conseil de l'Europe a entrepris de recueillir auprès des États européens des données sur leur pratique dans ce domaine et d'organiser ces données. La documentation ainsi rassemblée par le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe sur une période de près de deux ans à partir de données fournies par 28 États membres du Conseil de l'Europe et un État observateur regroupe non seulement des décisions rendues par les juridictions nationales, mais aussi des textes législatifs et autres textes pertinents. L'objet du présent rapport est essentiellement de comparer la pratique étatique, en particulier celle des

Mr. Joshua Brien) and the Graduate Institute of International Studies, Geneva (Prof. Marcelo Kohen and MMag. Sérgio Saba). This report is structured according to the structure the United Nations Convention in Jurisdictional Immunities of States and Their Property and is supplemented by a reproduction of the latter Convention and the European Convention on State Immunity, by a digest of the State practice reflected in the files submitted to the CAHDI as well as of a reproduction of these files. The views expressed in this report are not necessarily those of the Council of Europe or its member States. The various authors are responsible only for the chapters assigned to them.

This review of State practice proves that the 2004 Convention of the United Nations on Jurisdictional Immunity of States and Their Property mostly coincides with the practice of the European States so that it is expected that the Convention will be very influential also on the future practice of States. The European Convention on State Immunity of 1972 did not have the intention to codify existing customary rules, but to provide common rules applicable amongst States parties. The result was a compromise that did not cope with the problem of giving effect to judgments pronounced against States. This probably explains the States' lack of eagerness to become parties. The national practice does not show any single application of the European Convention by domestic courts, although some decisions discussed the scope of some of its articles, even if the Convention was not applicable to the cases under scrutiny. Compared with the European Convention, the 2004 UN Convention is more streamlined as it does hardly contain heavily procedural rules. It is therefore to be hoped that a moment has been reached where a certain generally acceptable uniformity of the legal regime has been achieved to the mutual benefit of States and of the private persons being in relations with States.

Gerhard Hafner
Marcelo G. Kohen
Susan Breau

organes judiciaires, avec les articles pertinents de la Convention des Nations Unies, ainsi que ceux de la Convention européenne sur l'immunité des États et les projets d'articles préparés par institutions académiques telles que l'Institut de Droit international en 1991 et l'International Law Association en 1994. Chacun des dix chapitres du présent volume classe la pratique étatique afin de montrer les solutions communes et divergentes appliqués par les juridictions internes.

L'élaboration de cette documentation a été confiée à trois institutions, le Département de droit européen, international et comparé de l'Université de Vienne (August Reinisch, Stephan Wittich et Ulrike Köhler, en coopération avec Gerhard Hafner), l'Institut britannique de droit international et comparé (Susan Breau, en collaboration avec Joshua Brien) et l'Institut universitaire de hautes études internationales à Genève (Marcelo Kohen et Sérgio Saba). Le présent rapport est organisé sur le modèle de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens et est complété par le texte de cette Convention et celui de la Convention européenne sur l'immunité des États, une synthèse de la pratique des États telle qu'elle ressort des fichiers présentés au CAHDI et le texte de ces fichiers. Les vues exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles du Conseil de l'Europe ou celles de ses États membres. Les auteurs ne sont responsables que des chapitres qu'ils ont été chargés de rédiger.

Cette analyse de la pratique des États montre que la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens est conforme pour l'essentiel à la pratique des États européens, si bien que l'on s'attend à voir la Convention exercer également une influence très importante sur la pratique future des États. La Convention européenne sur l'immunité des États de 1972 n'avait pas l'intention de codifier les règles coutumières existantes, mais de fournir des règles communes applicables aux États parties. Le résultat était un compromis qui n'a pas réglé le problème de rendre effet aux jugements prononcés contre des États. Ce qui explique sans doute le peu d'empressement des États pour devenir parties de la Convention européenne. La pratique étatique ne témoigne d'aucune application de cette Convention par les juridictions internes, même si certaines décisions ont abordé la portée de certains de ses articles. Par rapport à la Convention européenne, la Convention des Nations Unies de 2004 apparaît comme plus efficace, à partir du moment où elle ne contient pas de lourdes règles procédurales. Il est donc permis d'espérer que l'on est parvenu à un moment où une certaine uniformité généralement admise du régime juridique a acquis droit de cité dans l'intérêt tant des États que des particuliers ayant affaire à eux.

Gerhard Hafner
Marcelo G. Kohen
Susan Breau