
PROMOTING JUSTICE, HUMAN RIGHTS AND CONFLICT
RESOLUTION THROUGH INTERNATIONAL LAW

LA PROMOTION DE LA JUSTICE, DES DROITS DE L'HOMME
ET DU RÈGLEMENT DES CONFLITS PAR LE DROIT
INTERNATIONAL



Lucius Caflisch

GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL STUDIES, GENEVA

PROMOTING JUSTICE, HUMAN RIGHTS AND
CONFLICT RESOLUTION THROUGH
INTERNATIONAL LAW

LA PROMOTION DE LA JUSTICE, DES DROITS DE
L'HOMME ET DU RÈGLEMENT DES CONFLITS
PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Liber Amicorum
Lucius Caflisch

Edited by

Marcelo G. Kohen

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

A C.I.P. Catalogue record for this book is available from the Library of Congress.

Printed on acid-free paper.

ISBN-13: 978 90 04 15383 7

ISBN-10: 90 04 15383 7

© 2007 by Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.

Koninklijke Brill NV incorporates the imprints Brill, Hotei Publishers, IDC, Martinus Nijhoff Publishers and VSP.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, microfilming, recording or otherwise, without written permission from the Publisher.

Authorization to photocopy items for internal or personal use is granted by Brill provided that the appropriate fees are paid directly to The Copyright Clearance Center, 222 Rosewood Drive, Suite 910, Danvers MA 01923, USA.

Fees are subject to change.

PRINTED AND BOUND IN THE NETHERLANDS.

CONTENTS

PRÉFACE	xiii
FOREWORD	xvii
LUCIUS CAFLISCH: Notice biographique (Biographic Summary)	xxi
Publications	xxiii
List of Opinions appended to European Court of Human Rights' judgments	xxxiii
Opinions jointes à des jugements de la Cour européenne des Droits de l'Homme	xxxiii
ABBREVIATIONS	xxxv
ABRÉVIATIONS	xxxv
INTRODUCTION	
1 L'ambassadeur Lucius Caflisch, juriste du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) (1991-1998) <i>Mathias-Charles Krafft</i>	3
I INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS	15
DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DROITS DE L'HOMME	15
2 The Development of the Human Rights Committee's Procedure to Consider States Parties' Reports under Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights <i>Nisuke Ando</i>	17

3	La marche vers une justice pénale internationale <i>Robert Badinter</i>	33
4	La Cour européenne des droits de l'homme et le droit communautaire (Quelques réflexions à propos de l'arrêt <i>Bosphorus</i>) <i>Ireneu Cabral Barreto</i>	55
5	Le « préjudice important » selon le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme. Questions et réflexions <i>Vincent Berger</i>	81
6	La communauté internationale face à la crise du Darfour : de l'échec dans la prévention à la responsabilité de réagir <i>Romualdo Bermejo García et Pilar Pozo Serrano</i>	93
7	The Act of State: the State of the Act Judicial Interpretation and Human Rights Enforcement <i>Andrea Bianchi</i>	129
8	The <i>jus cogens</i> Prohibition of Torture and the Importance of Sovereign State Immunity <i>Andrew Clapham</i>	151
9	Quelques réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de propriété <i>Benedetto Conforti</i>	171
10	L'Etat, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme <i>Jean-Paul Costa</i>	179
11	La Suisse et la Commission des droits de l'homme de l'ONU <i>Blaise Godet et Jean-Daniel Vigny</i>	197
12	The Issue of Reservations and Declarations to the Rome Statute of the International Criminal Court <i>Gerhard Hafner</i>	213

- 13 The Election of Judges to the European Court of Human Rights
John Hedigan 235
- 14 L'application aux conflits armés non internationaux du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé
Charles-Edouard Held 255
- 15 Réunification allemande et droits de l'homme
Martina Keller 267
- 16 Reflections on the Right to Education – the European Perspective
Chava Eve Landau 281
- 17 The Many Faces of the Term *Open City*
Ruth Lapidoth and Christian Franz 307
- 18 Transitional Justice and the International Criminal Court: Some Reflections on the Role of the ICC in Conflict Transformation
Jürg Lindenmann 315
- 19 The European Convention on Royal Rights: Royalty, Aristocracy and the European Convention on Human Rights
Paul Mahoney 339
- 20 De l'incompatibilité des amnisties inconditionnelles avec le droit international
Djamchid Momtaz 353
- 21 L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
Mutoy Mubiala 369
- 22 The European Convention on Human Rights, the Fight Against Terrorism and the Ticking Bomb Situation
Egbert Myjer 379

- 23 Droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire : leurs rapports à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice
José Antonio Pastor Ridruejo 399
- 24 Continuity and Change in the Case-Law of the European Court of Human Rights
Matti Pellonpää 409
- 25 International Criminal Justice: An Institutional Future?
Dan Sarooshi 421
- 26 J.C. Bluntschli's Contribution to the Law of War
Dietrich Schindler 437
- 27 Quelques réflexions sur l'application du principe de l'universalité en droit pénal et sur le rôle de la Suisse en tant qu'Etat hôte d'organisations et de conférences internationales
Paul Seger 455
- 28 Military Occupation and UN Transitional Administrations – the Analogy and its Limitation
Daphna Shraga 479
- 29 Human Rights in the Social Doctrine of the Catholic Church
Krzysztof Skubiszewski 499
- 30 Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine » des Etats et chefs d'Etat en cas de crime de droit international ?
Brigitte Stern 511
- 31 In and Around the Ballot Box: Recent Developments in Democratic Governance and International Law put into Context
Daniel Thürer and Malcolm MacLaren 549
- 32 Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law
Christian Tomuschat 569

33	Freedom of Conscience and Religion <i>Rıza Türmen</i>	591
34	Interim Measures and the <i>Mamatkulov</i> Judgment of the European Court of Human Rights <i>Nina Vajić</i>	601
35	The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights <i>Mark E. Villiger</i>	623
36	De l'évolution des idées sur les missions de la Cour européenne des Droits de l'Homme <i>Luzius Wildhaber</i>	639
II	SPATIAL ASPECTS OF INTERNATIONAL LAW	655
	LE DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES	655
37	Le principe de l' <i>uti possidetis</i> . Son rôle et ses limites dans le contentieux territorial international <i>Georges Abi-Saab</i>	657
38	Quelques considérations sur le condominium en droit international public <i>Julio A. Barberis</i>	673
39	Sur les rives du droit international de l'eau : entre universalité et particularismes <i>Laurence Boisson de Chazournes</i>	685
40	Le droit à l'eau : droit de l'homme ou droit des Etats ? <i>Pierre-Marie Dupuy</i>	701
41	L'Etat du pavillon et la protection des intérêts liés au navire <i>Philippe Gautier</i>	717
42	<i>Jus Cogens</i> and the Law of the Sea <i>Vladimir Ibler</i>	747

43	The Decision on the Delimitation of the Eritrea/Ethiopia Boundary of 13 April 2002: A Singular Approach to International Law Applicable to Territorial Disputes <i>Marcelo G. Kohen</i>	767
44	Some Developments in the Law of International Watercourses <i>Stephen C. McCaffrey</i>	781
45	A Quarter of a Century after UNCLOS III: A Personal Recollection <i>Budislav Vukas</i>	799
46	Antarctica: A Case for Common Implementation of Environmental Standards <i>Rüdiger Wolfrum</i>	809
III	PEACEFUL SETTLEMENT OF DISPUTES	821
	RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDIS	821
47	The Creation of the International Tribunal for the Law of the Sea as a Specialized Court under the United Nations Convention for the Law of the Sea <i>Hugo Caminos</i>	823
48	L'opportunité judiciaire selon l'avis consultatif relatif aux Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé <i>Christian Dominicé</i>	837
49	Les procédures d'urgence devant le Tribunal international du droit de la mer <i>Maurice K. Kamga</i>	855
50	La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice <i>Robert Kolb</i>	875
51	Le règlement pacifique des différends à l'OSCE <i>Heinrich B. Reimann</i>	891

52	No Exit? A Preliminary Examination of the Legal Consequences of United States' Withdrawal from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations <i>W. Michael Reisman and Mahnoush H. Arsanjani</i>	897
53	Dispute-Settlement in the Law of the Sea: Disorder or System? <i>Tullio Treves</i>	927
54	Le Tribunal administratif du Conseil de l'Europe : présentation et aperçu de la Jurisprudence <i>Claudia Westerdiek</i>	951
55	Le médiateur, Tiers impartial au cœur du Droit <i>Eric Wylser</i>	973
56	The Administration of A Permanent Jurisdictional Entity for the MERCOSUR <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	993
57	Unilateral Declarations as a Means of Settling Human Rights Disputes: A New Tool for the Resolution of Disputes in the ECHR's Procedure <i>Christos L. Rozakis</i>	1003
IV	MISCELLANEA	1015
	DIVERS	1015
58	Will New Developments in Global Economic and Financial Policy Erode International Law and the Sovereignty of States? – The Example of Liechtenstein <i>Georges S. Baur</i>	1017
59	The Primacy of International Law Over Force <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	1037
60	Quelques réflexions sur les relations diplomatiques de la Suisse avec le Saint-Siège: Diplomatie et Religion au service du règlement pacifique des différends bilatéraux <i>Jérôme Candrian</i>	1057

61	La Russie et l'Union européenne : des barbelés idéologiques aux espaces du partenariat <i>Bernard Dutoit</i>	1077
62	The Responsibility of the Political Organs of the UN for Palestine in Light of the ICJ's <i>Wall</i> Opinion <i>Vera Gowlland-Debbas</i>	1095
63	Voici venu le temps des traités ! (Quelques réflexions sur l'évolution du droit des contrats d'Etat) <i>Jean-Michel Jacques</i>	1121
64	Le projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien <i>Alain Pellet</i>	1133
65	Les coopérations renforcées entre États membres de l'Union européenne : et si c'était possible ? <i>Jean-Pierre Puissechet et Stéphane Gervasoni</i>	1157
66	Les métamorphoses de la gravité <i>Jean Salmon</i>	1175
67	Le Conseil de sécurité de l'ONU : gouvernement mondial, législateur ou juge ? Quelques réflexions sur les dangers de dérives <i>François Voeffray</i>	1195
	LIST OF CONTRIBUTORS	1211
	LISTE DES CONTRIBUTEURS	1211
	TABLE OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS	1219
	INDEX	1227

PRÉFACE

*Marcelo G. Kohen**

Le 30 septembre 2006, le juge Lucius Caflisch a pris sa retraite de professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales, après avoir formé durant plus de trois décennies plusieurs générations d'étudiants en provenance de toutes les régions du monde. Il fut également le directeur de cette institution entre 1984 et 1990.

Afin de rendre hommage à la carrière exemplaire de Lucius Caflisch et à sa remarquable contribution au droit international, 73 auteurs venant d'horizons très divers ont réuni leurs réflexions dans ce volume. L'homme à qui cet hommage est dédié réunit à la fois les qualités de théoricien et de praticien. Sa trajectoire est marquée par l'excellence dans les différentes activités qu'il a accomplies, comme professeur et auteur de nombreux travaux doctrinaux, juge, juriconsulte du Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, représentant de son pays à plusieurs conférences internationales, conseil et arbitre. Ce *Liber Amicorum* embrasse essentiellement les domaines auxquels Lucius Caflisch a le plus contribué dans ses différentes fonctions : les droits de l'homme et le droit international humanitaire, le droit international des espaces et le règlement pacifique des différends internationaux. Il traite également d'autres aspects qui ont retenu son attention et qui concernent son pays.

Les étudiants qui ont eu l'avantage et le plaisir de suivre ses enseignements ainsi que ses collègues dans ses divers champs d'activité connaissent la rigueur avec laquelle le dédicataire de ce volume examine chaque aspect du droit international. Ceux qui ont eu le privilège, tout en étant très nombreux, de l'avoir eu comme directeur de thèse ou membre de leur jury ont

* Je remercie l'incalculable assistance de Mme Julie Gaudreau et de M. Djacoba L. Tehindrazanarivelo dans le travail d'édition des contributions en langue française de ce volume, ainsi que Mme Divvyra Vorburger-Rajagopalan, qui a rempli la même fonction pour les contributions en langue anglaise. Mes remerciements s'adressent également à Mme Janine Charron pour son travail de secrétariat.

largement bénéficié de sa méthode extraordinairement minutieuse et de ses conseils toujours appropriés. Enfin, tous ceux qui le côtoient apprécient son sens de l'humeur légendaire.

Dans la contribution qui est en tête de ce volume, l'ambassadeur Mathias-Charles Krafft retrace de manière éloquente la contribution de Lucius Cafilisch au droit international à titre de jurisconsulte du Ministère suisse des affaires étrangères. Son hommage va en réalité bien au-delà de cette activité et nous dévoile l'immense travail accompli par le dédicataire de cet ouvrage. Comme représentant de la Suisse, il a été un véritable artisan de textes clés des relations internationales, comme la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Convention d'Ottawa sur les mines anti-personnel ou le Statut de la Cour pénale internationale, pour ne citer que quelques exemples.

Partant de la rigueur qui est la sienne, Lucius Cafilisch procède à une analyse stricte des phénomènes juridiques, tout en manifestant, avec la plume aussi bien que dans l'action, une vocation pour faire avancer concrètement le droit international. Il sait identifier les difficultés majeures et proposer les moyens de les surmonter. D'où son intérêt tout particulier pour le règlement pacifique des différends internationaux. Dans son cours magistral à l'Académie de droit international de La Haye portant sur la question, Lucius Cafilisch montre la voie, malheureusement très souvent incomprise : « En suivant K. Ihering, qui a dit que la procédure est la sœur jumelle de la liberté, on peut être tenté d'affirmer que les règles matérielles valent ce que valent les règles sur le règlement pacifique des différends qui s'y rapportent. Même si l'on hésite d'aller aussi loin, on admettra que tout progrès dans l'application *effective* des règles du droit international passe par l'amélioration des mécanismes de règlement pacifique »¹.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a pu bénéficier, avec Lucius Cafilisch, d'un fin "généraliste" du droit international, atout majeur en ces temps de spécialisation poussée à l'extrême. Ses collègues à Strasbourg ont très rapidement apprécié ses analyses percutantes reliant les problèmes spécifiques des droits de l'homme à la dimension plus large du droit international général. Contrairement à ce que certains auraient pu croire, cela n'a pas été fait au détriment des droits de l'homme, bien au contraire. En témoignent tout particulièrement les opinions du juge Cafilisch dans un domaine sensible comme les rapports entre les immunités d'Etat et les droits de l'homme².

1 L. Cafilisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends internationaux », 288 *RCADI*, 2001, 261.

2 Voy. son opinion dissidente avec le juge Rozakis, auxquels se sont joints les juges Wildhaber,

L'intérêt que Lucius Cafilisch porte aux questions relatives au droit de la mer, des cours d'eau internationaux, de l'Antarctique, de la protection de l'environnement et des frontières trouve lui aussi son expression non seulement dans ses innombrables travaux, dont nous nous limiterons ici à mentionner le cours de référence sur les cours d'eaux internationaux à l'Académie de droit international de La Haye³, mais aussi dans son action proprement dite. La Suisse, mais aussi d'autres pays, lui sont reconnaissants de cette contribution.

Lucius Cafilisch a toujours montré à ses étudiants et collègues que l'étude théorique abstraite du droit international ne suffit pas. Dans cette discipline juridique, comme dans nulle autre sans doute, la connaissance de la pratique étatique s'avère essentielle. Il sait prêcher par l'exemple : sa « Pratique suisse de droit international » qu'il assure depuis 1967 est certainement le répertoire le plus complet et détaillé d'une pratique étatique qui soit.

Au nom de tous les contributeurs de ce volume, nous souhaitons à Lucius Cafilisch une longue activité dans notre discipline, pour le plus grand bonheur de tous.

Costa, Cabral Barreto et Vajić, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (35763/97), son opinion concordante avec les juges Costa and Vajić dans l'affaire *Fogarty c. Royaume-Uni* (37112/97) et son opinion dissidente avec les juges Cabral Barreto et Vajić dans l'affaire *McElhinney c. Irlande* (31253/96).

3 « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », 219 *RCADI*, t. 1989, 9-225.

FOREWORD*

*Marcelo G. Kohen***

On 30 September 2006, Judge Lucius Cafilisch retired from his position as professor of international law at the Graduate Institute of International Studies, having taught several generations of students from around the world for more than three decades. He had also served as the Director of the same Institute between 1984 and 1990.

To mark this occasion, 73 authors from widely diverse backgrounds have gathered their thoughts in this volume to pay tribute both to the exemplary career of Lucius Cafilisch and to his remarkable contribution to international law. The person to whom this work pays tribute is both a successful theoretician and practitioner. His career is marked by excellence in the various activities he has undertaken as a professor and the author of numerous doctrinal works, as a judge, as legal advisor for the Swiss Ministry of Foreign Affairs, as a representative of his country at many international conferences, as counsel and as an arbitrator. This *Liber Amicorum* covers principally those fields in which Lucius Cafilisch made the greatest contribution: human rights and international humanitarian law, the spatial dimensions of international law and the peaceful settlement of disputes. It also deals with other areas which attracted his attention and which concerned his country.

The many students who had the advantage and pleasure of following Lucius Cafilisch's courses, as well as his colleagues in the various positions he has held, know the rigour with which he examines every aspect of international law. The many students who had the privilege of having him as thesis director or as a member of their jury, have hugely benefited from his attention

* Translation. I wish to thank Dr. Sarah Heathcote for the translation into English of the present foreword.

** I wish to thank Mrs Julie Gaudreau and Dr. Djacoba L. Tehindrazanarivelo for their invaluable assistance in editing the French contributions to this work and Mrs Divvyra Vorburger-Rajagopalan who fulfilled the same role in regard to the English contributions. My gratitude is also extended to Mrs Janine Charron for her secretarial work.

to detail and careful advice. All those who come into contact with him appreciate his legendary sense of humour.

In the opening contribution to this volume, Ambassador Mathias-Charles Krafft eloquently retraces Lucius Cafilisch's contribution to international law by reference to his activity as legal advisor to the Swiss Ministry of Foreign Affairs. In reality, this tribute goes much further, as it demonstrates the vast amount of work completed by the colleague and friend who is currently being honoured. What emerges in particular is Lucius Cafilisch's role as a veritable artisan of key texts of international relations, such as the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Ottawa Convention on Anti-Personnel Mines or the Statute of the International Criminal Court, to name but a few examples.

Consistent with his habitual rigour, Lucius Cafilisch is loath to depart from a strict analysis of legal phenomena, whilst at the same time manifesting both with his pen, as well as by his acts, a vocation for making international law advance in concrete terms. He knows how to identify major difficulties and to indicate how they can be overcome. From this stems his particular interest in the peaceful settlement of disputes. In his leading course on the question given at The Hague Academy of International Law, Lucius Cafilisch illuminates the way forward, one which is unfortunately so often misunderstood: "En suivant K. Ihering, qui a dit que la procédure est la sœur jumelle de la liberté, on peut être tenté d'affirmer que les règles matérielles valent ce que valent les règles sur le règlement pacifique des différends qui s'y rapportent. Même si l'on hésite d'aller aussi loin, on admettra que tout progrès dans l'application *effective* des règles du droit international passe par l'amélioration des mécanismes de règlement pacifique".¹

With Lucius Cafilisch on the bench, the European Court of Human Rights has benefited from the input of a subtle "generalist" of international law, a major advantage given the current tendency for heightened specialisation. His colleagues in Strasbourg have been quick to appreciate his incisive analyses which link problems specific to human rights to the broader context of general international law. Contrary to what one could have thought, this has not been done to the detriment of human rights, quite the reverse. The opinions of Judge Cafilisch in sensitive areas such as the relationship between State immunities and human rights, poignantly attests to this fact.²

1 Lucius Cafilisch, "Cent ans de règlement pacifique des différends internationaux", 288 *RCADI* 2001, 261.

2 Cf. his joint dissenting opinion with Judge Rozakis, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral

The interest which Lucius Caflisch has shown in questions relative to the law of the sea, international watercourses, Antarctica, the protection of the environment and boundaries, again finds expression both in innumerable works, of which one can mention here his reference work on international watercourses given at The Hague Academy of International Law,³ as well as in the specific activities he has undertaken. Switzerland and other countries are grateful for his actions.

Lucius Caflisch has always shown his students and colleagues that the abstract theoretical study of international law is insufficient. In this legal discipline, as undoubtedly in no other, knowledge of State practice is essential. He knows how to preach by example; his "*Pratique suisse de droit international*" which has been compiled under his authority since 1967, is certainly the most comprehensive and detailed of State practice inventories.

In the name of all the contributors, we are happy to wish Lucius Caflisch long and continued activity in our discipline.

Barreto and Vajić in the Case of *Al-Adsani v. The United Kingdom* (35763/97), his joint concurring opinion with Judges Costa and Vajić in the Case of *Fogarty v. The United Kingdom* (37112/97), and his joint dissenting opinion with Judges Cabral Barreto and Vajić in the Case of *McElhinney v. Ireland* (31253/96).

3 "Règles générales du droit des cours d'eau internationaux", 219 *RCADI* 1989, 9-225.

NOTICE BIOGRAPHIQUE (BIOGRAPHIC SUMMARY)

Lucius Caflisch

Né le 31 août 1936 à Trin (Grisons), Suisse.

Licence et doctorat en droit de l'Université de Genève (1958 et 1968); M.A. (Science politique) de l'Université Columbia, New York (1962); admis au barreau de Genève (1962). Professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève (depuis 1972), et directeur de cet Institut (1984-1990). Juge au titre du Liechtenstein à la Cour européenne des droits de l'homme (depuis 1998).

Membre associé (1979) puis membre (1985) de l'Institut de Droit international.

Membre de la Cour permanente d'Arbitrage (1990); Membre du bureau de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE (depuis 1995).

Greffier du Tribunal arbitral franco-britannique en l'affaire de la Délimitation du plateau continental (1977-1978) et du Tribunal arbitral franco-américain en celle de l'Accord aérien du 27 mars 1946 (1978). Conseil du Gouvernement du Sénégal, Tribunal arbitral sur la Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal (1987-1989); Conseil du Gouvernement du Sénégal, Cour internationale de Justice, affaire relative à la Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal) (1989-1990).

Chef adjoint de la Délégation suisse à la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (1984-1990); Chef de la Délégation suisse à la Commission préparatoire de l'Autorité internationale des fonds marins (1984-1990); Délégué de la Suisse à la XIe Réunion consultative spéciale du Traité sur l'Antarctique (1990);

Ambassadeur, Jurisconsulte du Département fédéral des affaires étrangères (1991-1998).

Doctorat h.c., Académie nationale de droit, Odessa.

Conseiller juridique adjoint, Conférence européenne de biologie moléculaire (1967-1968);

Président, Commission suisse de recherche polaire (1984-1990).

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflisch, pp. xxi-xxii.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

Assistant, Faculté de droit de l'Université de Genève (1962-1963); Boursier de l'« American Council of Learned Societies », Faculté de droit de l'Université de Californie à Berkeley (1964-1965); Attaché de recherche, Institut universitaire de hautes études internationales à Genève (1965-1968); Chargé de cours, Institut universitaire de hautes études internationales à Genève (1968-1972); Chargé de cours, Faculté de droit de l'Université de Genève (1969-1970, 1971-1972); Boursier de recherche, « Woodrow Wilson International Center for Scholars » à Washington, D.C. (1970-1971); Professeur invité, Faculté de droit de l'Université de Virginie à Charlottesville (1978-1979); Professeur invité, Faculté de droit de l'Université de Genève (1974-1975); Professeur invité, Faculté de droit de l'Université de Lausanne (1982).

PUBLICATIONS

Lucius Caflisch

- 1) The Recent Judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning the Aerial Incident of July 27, 1955, and the Interpretation of Article 36(5) of the Statute of the Court, *American Journal of International Law*, vol. 54, 1960, pp. 855-868.
- 2) Die Gründung Italiens in schweizerischer Sicht, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XIX, 1962, pp. 103-120.
- 3) La crise financière des Nations Unies, *La Suisse dans la Communauté internationale*, vol. 17, 1962, pp. 30-35.
- 4) The Law of State Succession. Theoretical Observations, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1963, pp. 337-366.
- 5) Qui payera les opérations au Congo et au Moyen-Orient? *La Suisse dans la Communauté internationale*, vol. 18, 1963, pp. 22-28.
- 6) Indirect Injuries to Foreign Creditors in International Law, *Revue belge de droit international* 1967, pp. 404-427.
- 7) *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Nijhoff, 1969, pp. xvi-287.
- 8) La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIV, 1967, pp. 119-160.
- 9) La pratique suisse en matière de droit international public 1967, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXV, 1968, pp. 235-282.
- 10) *Conference on Contemporary Problems of the Law of Armed Conflicts*, Summary Record of the Conference, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1971, pp. 63-119.
- 11) La pratique suisse en matière de droit international public 1968-1969, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXVI, 1969-1970, pp. 75-208.
- 12) The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, 1971, pp. 162-196.

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflisch, pp. xxiii-xxxii.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

- 13) International Law and Ocean Pollution: The Present and the Future, *Revue belge de droit international* 1972, pp. 7-33.
- 14) La pratique suisse en matière de droit international public 1970, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXVII, 1971, pp. 153-200.
- 15) (Avec H.-J. Geiser, Ch. Verdon et H. Reimann), *Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice*, série I, 1922-1945, vol. 3 : *Les sujets du droit international*, Genève, IUHEI, 1973, pp. 790.
- 16) (Éd.), Les espaces maritimes dans les relations internationales, *Annales d'études internationales*, vol. 4, 1973, pp. 372.
- 17) Some Aspects of Oil Pollution from Merchant Ships, *Annales d'études internationales*, vol. 4, 1973, pp. 213-236.
- 18) La pratique suisse en matière de droit international public 1971, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXVIII, 1972, pp. 193-294.
- 19) The Future of the Law of the Sea, *Review of the International Commission of Jurists*, 1973, pp. 35-47.
- 20) Propriété privée I : Les biens des étrangers en temps de paix, *Fiche juridique suisse* No. 826, 1974, pp. 31.
- 21) La révision du droit international de la mer, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIX, 1973, pp. 49-81.
- 22) La pratique suisse en matière de droit international public 1972, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIX, 1973, pp. 287-406.
- 23) Résumés de plusieurs affaires devant la Cour permanente de Justice internationale, in : K. Marek (éd.), *Précis de la jurisprudence de la Cour internationale*, vol. I, La Haye, Nijhoff, 1974, pp. 16-27, 562-579, 644-677, 846-855, 912-931, 951-971.
- 24) La pratique suisse en matière de droit international public 1973, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXX, 1974, pp. 101-164.
- 25) La pratique suisse en matière de droit international public 1974, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXI, 1975, pp. 155-269.
- 26) Access of Land-Locked States to the Sea, *Iranian Review of International Relations*, No 5/6, hiver 1975/1976, pp. 53-76.
- 27) *Répertoire suisse de droit international*, 1914-1939, P. Guggenheim (éd.), avec L. Cafilisch, C. Dominicé, J.-B. Dutoit et J.-P. Ritter, 4 vol., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1975, pp. xxxvi-2531.
- 28) Reference Procedures and the International Court of Justice, in: L. Gross (éd.), *The Future of the International Court of Justice*. Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1976, vol. II, pp. 572-609.
- 29) La pratique suisse en matière de droit international public 1975, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXII, 1976, pp. 69-166.

- 30) The Doctrine of "Mare Clausum" and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, *in*: Institut universitaire de hautes études internationales, *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Leyde, Sijthoff, 1977, pp. 197-228.
- 31) La pratique suisse en matière de droit international public 1976, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXIII, 1977, pp. 129-248.
- 32) Chapitre 16 ("Switzerland", *in* : E. Lauterpacht & Collier (éd.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs*, New York, Praeger, 1977, pp. 498-545.
- 33) Land-Locked and Geographically Disadvantaged States and the New Law of the Sea, *Thesaurus Acroasium*, vol. VII, 1977, pp. 341-404.
- 34) La pratique suisse en matière de droit international public 1977, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXIV, 1978, pp. 49-162.
- 35) Résumés de plusieurs affaires devant la Cour internationale de Justice, *in* : K. Marek (éd.), *Précis de la jurisprudence de la Cour internationale*, vol. II, La Haye, Nijhoff, 1978, pp. 292-323, 374-389, 588-605, 792-863, 956-1099.
- 36) (Avec Jacques Piccard), The Legal Regime of Marine Scientific Research and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 38, 1978, pp. 848-901.
- 37) (Avec Richard Perruchoud), La pratique suisse en matière de droit international public 1978, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXV, 1979, pp. 117-180.
- 38) Land-Locked States and Their Access to and from the Sea, *British Year Book of International Law*, vol. 49, 1978, pp. 71-100.
- 39) Vers une renaissance de l'arbitrage entre États ? *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève, Georg, 1979, pp. 69-99.
- 40) L'avenir de l'arbitrage interétatique, *Annuaire français de droit international*, t. XXV, 1979, pp. 9-45.
- 41) Les zones maritimes sous juridiction nationale, leurs limites et leur délimitation, *Revue générale de droit international public*, t. 80, 1980, pp. 68-119.
- 42) Le règlement judiciaire et arbitral des différends dans le nouveau droit international de la mer, *in* : *Festschrift Rudolf L. Bindschedler*, Berne, Staempfli, 1980, pp. 351-371.
- 43) La pratique suisse en matière de droit international public 1979, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXVI, 1980, pp. 139-238.
- 44) The Delimitation of Marine Spaces between States with Opposite or Adjacent Coasts, *Anuario de Derecho Internacional Publico* (Buenos Aires), vol. 1, 1981, pp. 85-103.

- 45) (Éd. avec R. Zacklin), *Le régime juridique des fleuves et des lacs internationaux*, La Haye, Nijhoff, 1981, pp. xiv-415.
- 46) La pratique suisse en matière de droit international public 1980, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXVII, 1981, pp. 181-278.
- 47) Submarine Antiquities and the International Law of the Sea, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XIII, 1982, pp. 3-32.
- 48) International Claims: Contemporary Swiss Practice, in: R.B. Lillich & B.H. Weston (éd.), *International Claims: Contemporary European Practice*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1982, pp. 139-186.
- 49) La pratique suisse en matière de droit international public 1981, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXVIII, 1982, pp. 69-152.
- 50) The Fishing Rights of Land-Locked and Geographically Disadvantaged States in the Exclusive Economic Zone, in: B. Conforti (éd.), *La zona economica esclusiva*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 29-48.
- 51) Les zones maritimes sous juridiction nationale, leurs limites et leur délimitation, in: D. Bardonnet et M. Virally (éd.), *Le nouveau droit international de la mer*, Paris, Pedone, 1983, pp. 35-116.
- 52) The Settlement of Disputes Relating to Activities in the International Seabed Area, in: C.L. Rozakis et C.A. Stephanou (éd.), *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983, pp. 303-344.
- 53) La pratique suisse en matière de droit international public 1982, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXIX, 1983, pp. 177-268.
- 54) La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée le 30 avril 1982, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXIX, 1983, pp. 39-104.
- 55) Study and Practice of International Law in Switzerland, *Chinese Yearbook of International Law* 1983, pp. 436-440 (en chinois).
- 56) A New Type of Intergovernmental Organisation: The International Seabed Authority, *Philippine Yearbook of International Law*, vol. IX, 1983, pp. 1-46.
- 57) Der Falkland-Konflikt und seine Hintergründe, in: T. Ginsberg/ M. Ostheider (éd.), *Lateinamerika vor der Entscheidung*, Francfort, Fischer Taschenbuch-Verlag, 1984, pp. 196-216.
- 58) (Avec Georges Abi-Saab), La nouvelle Convention sur le droit de la mer en tant qu'accord de produits de base, *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, pp. 21-50.
- 59) La pratique suisse en matière de droit international public 1983, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XL, 1984, pp. 115-195.
- 60) Monroe-Doktrin, in: I. Seidl-Hohenveldern (éd.), *Lexikon des Rechts: Völkerrecht*, Neuwied, Luchterhand, 1985, pp. 190-191.
- 61) L'héritage grotien et le régime juridique des ressources naturelles de

- la mer, in : *Grotius et l'ordre juridique international*, Lausanne, Payot, 1985, pp. 53-61.
- 62) Sto Je Drzava U Nepovoljnom Geografskom Polozaju?, *Zbornik*, vol. 35, 1985, pp. 599-611 (cf. No. 66).
- 63) La pratique suisse en matière de droit international public 1984, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLI, 1985, pp. 135-234.
- 64) La délimitation des espaces marins entre États dont les côtes se font face ou sont adjacentes, in : R.-J. Dupuy / D. Vignes (éd.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, Economica, 1985, pp. 375-440.
- 65) La pratique suisse en matière de droit international public 1985, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLII, 1986, pp. 41-119.
- 66) Fisheries in the Exclusive Economic Zone: An Overview, in: U. Leanza (éd.), *The International Legal Regime of the Mediterranean Sea*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 149-171.
- 67) What Is a Geographically Disadvantaged State? *Ocean Development and International Law*, vol. 18, 1987, pp. 641-663 (cf. No. 62).
- 68) La pratique suisse en matière de droit international public 1986, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLIII, 1987, pp. 131-187.
- 69) Regime of the International Seabed: Past, Present and Future, *Chinese Yearbook of International Law* 1987, pp. 421-434 (en chinois).
- 70) Le régime juridique de l'Arctique, in : Commission suisse de recherche polaire (éd.), *Les régions polaires et les chercheurs suisses*, Berne, Haupt, 1988, pp. 51-65.
- 71) La pratique suisse en matière de droit international public 1987, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLIV, 1988, pp. 167-249.
- 72) Maritime Boundaries, Delimitation, in: Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, 11e livraison, Amsterdam, North-Holland, 1989, pp. 212-219.
- 73) Land-Locked and Geographically Disadvantaged States, *ibid.*, pp. 169-174.
- 74) (Éd. avec Fred Tanner), *The Polar Regions and Their Strategic Significance*, Genève, PSIS, 1989, 114p. (PSIS Special Studies, No. 2/1989).
- 75) The Law of International Waterways in Its Institutional Aspects, *Festschrift für Dietrich Schindler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, pp. 21-45.
- 76) La pratique suisse en matière de droit international public 1988, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLVI, 1989, pp. 187-254.
- 77) Vers une nationalisation ou une internationalisation des espaces marins? *Relations internationales* No 61, printemps 1990, pp. 59-78.
- 78) Essai d'une typologie des frontières, *Relations internationales* No. 63, automne 1990, pp. 265-293.

- 79) L'Antarctique, nouvelle frontière sans frontières? *Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 157-173.
- 80) Pratique suisse en matière de droit international public 1989, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLVII, 1990, pp. 97-184.
- 81) Chapitre 8 ("The Delimitation of Marine Spaces between States with Opposite or Adjacent Coasts"), in: R.-J. Dupuy / D. Vignes (éd.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 425-499.
- 82) Pratique suisse en matière de droit international public 1990, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1^e année, 1991, pp. 513-580.
- 83) (Avec B. Godet), Chapitre 49 ("La Suisse et le règlement pacifique des différends"), in : A. Riklin/H. Haug/R. Probst (éd.), *Nouveau Manuel de la politique extérieure suisse*, Berne, Haupt, 1992, pp. 957-971.
- 84) The Interaction of Science and Politics in the Field of International Relations: The Case of Antarctica, *Polar Record*, vol. 28, 1992, pp. 159-162.
- 85) La pratique suisse en matière de droit international public 1991, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2^e année, 1992, pp. 551-597.
- 86) *Sic utere tuo ut alienum non laedas* : Règle prioritaire ou élément pour déterminer le droit d'utilisation équitable et raisonnable d'un cours d'eau international ?, *Internationales Recht auf See und Binnengewässern. Festschrift für Walter Müller*, Zurich, Schulthess, 1993, pp. 27-47.
- 87) Vers des mécanismes pan-européens de règlement pacifique des différends, *Revue générale de droit international public*, t. 97, 1993, pp. 1-38.
- 88) Règles générales du droit des cours d'eau internationaux, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 219, 1989-VII, pp. 9-225.
- 89) Unequal Treaties, *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, pp. 52-80.
- 90) Règlement pacifique des différends en Europe: La Procédure de la Valette et les perspectives d'avenir, in : *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 437-456.
- 91) Le règlement pacifique des différends internationaux à la lumière des bouleversements intervenus en Europe centrale et en Europe de l'Est, *Anuario de derecho internacional* (Navarre), vol. IX, 1993, pp. 17-39.
- 92) Le règlement pacifique des différends internationaux: nouvelles ten-

- dances. *Conférence commémorative Gilberto Amado*, Genève, Nations Unies, octobre 1993.
- 93) Friedliche Streitregelung in gesamteuropäischen Rahmen, *Revue de droit suisse*, vol. 112, 1993, pp. 307-325.
- 94) The Law of International Waterways and Its Sources, in: R.St.I. Macdonald (éd.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 115-129.
- 95) Le rôle du tiers dans le règlement des différends, in : Institut International de recherches sur la paix à Genève (GIPRI), *Les grands problèmes de la paix*, Genève, 1993, pp. 129-139.
- 96) La pratique suisse en matière de droit international public 1992, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 3^e année, 1993, pp. 669-749.
- 97) The Role of Law and of Legal Science in the Next Century, *Keio Law Review* (Japon), 1993, pp. 1-19.
- 98) La pratique suisse en matière de droit international public, 1993, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 4^e année, 1994, pp. 597-639.
- 99) Valeur et effet des déclarations faites par des juges ou arbitres internationaux, in : M. Rama-Montaldo (éd.). *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 1159-1180.
- 100) Is the International Court Entitled to Review Security Council Resolutions Adopted under Chapter VII of the United Nations Charter? in: N. Al-Nauimi / R. Meese (éd.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Dordrecht, Kluwer, 1995, pp. 633-662.
- 101) The OSCE Court of Arbitration: Necessary or Redundant? *American Society of International Law Bulletin* N° 9, novembre 1995, pp. 23-27.
- 102) La pratique suisse en matière de droit international public 1994, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 5^e année, 1995, pp. 589-655.
- 103) Emerging Rules on International Waterways: The Contribution of the United Nations, *Political Geography*, vol. 15, 1996, pp. 273-285.
- 104) Réflexions sur la création d'une cour criminelle internationale in : Jerzy Makarczyk (éd.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1997, pp. 859-890.
- 105) (Avec Laurence Cuny), Der Vergleichs- und Schiedsgerichtshof der OSZE: Aktuelle Probleme, *OSZE-Jahrbuch* 1997, pp. 373-382.

- 106) La pratique suisse en matière de droit international public 1995, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 6^e année, 1996, pp. 593-642.
- 107) The OSCE Court of Conciliation and Arbitration: Some Facts and Issues, in: Michael Bothe, Natalino Ronzitti et Allan Rosas (éd.), *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security. Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes*, La Haye, Kluwer, 1997, pp. 381-408.
- 108) La pratique suisse en matière de droit international public 1996, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 7^e année, 1997, pp. 637-707.
- 109) La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire français de droit international*, t. XLIII, 1997, pp. 751-798.
- 110) (Avec F. Godet), De la réglementation à l'interdiction des mines antipersonnel, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 8, 1998, pp. 1-50.
- 111) La pratique suisse en matière de droit international public 1997, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 8^e année, 1998, pp. 615-682.
- 112) Toward the Establishment of a Permanent International Criminal Jurisdiction, *International Peacekeeping*, mai-août 1998, pp. 110-114.
- 113) La condition des épaves maritimes en droit international public, in : L.-A. Sicilanos (éd.), *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, pp. 68-88.
- 114) (Avec Serge Gamma), La Suisse, dépositaire des Conventions de Genève, *Allgemeine Schweizerische Militärzeitschrift*, supplément au NE 3, mars 1999, pp. 7-8.
- 115) Der neue Internationale Strafgerichtshof: Ein Instrument zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte, *Liechtensteinische Juristen-Zeitung*, 20^e année, 1999, pp. 3-12.
- 116) La pratique suisse en matière de droit international public 1998, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 9^e année, 1999, pp. 639-715.
- 117) La pratique suisse en matière de droit international public 1999, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 10^e année, 2000, pp. 627-684.
- 118) Immunité de juridiction et droits de l'homme, in : L. Boisson de Chazournes / V. Gowlland (éd.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Nijhoff, 2001, pp. 651-676.

- 119) Rédaction de définitions relatives au Droit des cours d'eau internationaux, in : J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- 120) Der neue Internationale Strafgerichtshof – Ein nötiger oder wünschenswerter Eingriff in die staatliche Hoheit? *Eingriff in die inneren Angelegenheiten fremder Staaten zum Zwecke des Menschenrechtsschutzes. Jahrestagung der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission vom 22. September bis 24. September 2000 in Brandenburg*, Heidelberg, 2002, pp. 39-62.
- 121) Ehe und Familie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in : E.L. Barnstedt et autres (éd.), *Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an? 35. Reinhäuser Juristengespräche in Gedenken an Karl Michaelis*, Heidelberg, C.F. Müller, 2002, pp. 102-117.
- 122) The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the International Law on Asylum, in: V. Chetail / V. Gowlland-Debbas (éd.), *La Suisse et la protection internationale des réfugiés*, La Haye, Kluwer, 2002, pp. 207-217.
- 123) Le Statut de Rome et la Convention européenne des droits de l'homme, in : R. Bieber (éd.), *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Genève, Droz, 2002, pp. 33-55.
- 124) La pratique suisse en matière de droit international public 2000, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 11^e année, 2001, pp. 573-678.
- 125) The Rome Statute and the European Convention on Human Rights, *Human Rights Journal*, vol. 23, 2002, pp. 1-12 (cf. No. 123).
- 126) La pratique suisse en matière de droit international public 2001, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 12^e année, 2002, pp. 439-488.
- 127) Independence and Impartiality of Judges: The European Court of Human Rights, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, 2003, pp. 169-173.
- 128) Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 288, 2001, pp. 245-467.
- 129) Judicial Means for Settling Water Disputes, in: The Permanent Court of Arbitration/ Peace Palace Papers, *Resolution of International Water Disputes*, La Haye, Kluwer, 2003, pp. 235-245.
- 130) La pratique suisse de la protection diplomatique, in : J.-F. Flauss (éd.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 73-86.

- 131) Der internationale Strafgerichtshof: Straftatbestände, Schutz der Menschenrechte, Kollektive Sicherheit, *Liechtensteinische Juristen-Zeitung*, 24^e année, 2003, pp. 3-11.
- 132) Marriage and Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Cordoba, Drnas-Lerner, 2003, pp. 925-940.
- 133) « Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und dessen Überwachungs-Mechanismen: Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft », *Revue de droit suisse*, vol. 122, 2003, pp. 125-145.
- 134) The Pellegrin Ruling: Origins and Consequences, in: L.C. Vohrah et autres (éd.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, pp. 183-209.
- 135) La Convention européenne des droits de l'homme et les étrangers, *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale scientifica, 2004, pp. 1857-1871.
- 136) La pratique dans le raisonnement du juge international, *Société française pour le droit international, Colloque de Genève : la pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 125-138.
- 137) (Avec Antônio A. Cançado Trindade), Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général, *Revue générale de droit international public*, t. 108, 2004, pp. 5-62.
- 138) The Protection of Human Rights in Europe and the General Rules of International Law, *Liber Amicorum Cançado Trindade*, Porto Alegre, Fabris, 2005, pp. 537-558 (cf. No 137).
- 139) Immunité des États et droits de l'homme. Evolution récente, in : *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress*, Cologne, C. Heymann, 2005, pp. 935-948.
- 140) La pratique suisse en matière de droit international public 2002, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 13^e année, 2003, pp. 439-488.
- 141) La pratique suisse en matière de droit international public 2003, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 14^e année, 2004, pp. 661-719.
- 142) L'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme, in : *El derecho internacional : Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 43-58.
- 143) Neues zur Formulierung und Umsetzung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: *Weltinnenrecht. Liber Amicorum Jost Delbrück*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 101-112.

LIST OF OPINIONS APPENDED TO EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS' JUDGMENTS

OPINIONS JOINTES À DES JUGEMENTS DE LA COUR
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Lucius Cafilisch

(The references appear in the language in which the opinions were appended / Les références paraissent dans la langue dans laquelle les opinions ont été jointes)

1. Affaire Chassagnou et autres c. France (25088/94 ; 28331/95 ; 28443/95), opinion partiellement concordante et partiellement dissidente, à laquelle s'est rallié le juge Pantiru
2. Case of Wille v. Liechtenstein (28396/95), joint concurring opinion with Judges Zupančić and Hedigan
3. Affaire Fuentes Bobo c. Espagne (39293/98), opinion dissidente avec le juge Makarczyk
4. Case of Al-Adsani v. The United Kingdom (35763/97), joint dissenting opinion with Judge Rozakis, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić
5. Case of Fogarty v. The United Kingdom (37112/97), joint concurring opinion with Judges Costa and Vajić
6. Case of McElhinney v. Ireland (31253/96), joint dissenting opinion with Judges Cabral Barreto and Vajić
7. Case of Nikula v. Finland (31611/96), joint dissenting opinion with Judge Pastor Ridruejo
8. Affaire Meftah et autres c. France (32911/96 ; 35237/97 ; 34595/97), opinion partiellement dissidente du juge Costa, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Baka et Cafilisch
9. Case of Jakupovic v. Austria (36757/97), joint dissenting opinion with Judges Kūris and Ress

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Cafilisch, pp. xxxiii-xxxiv.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

10. Case of Ezeh and Connors v. The United Kingdom (39665/98; 40086/98), dissenting opinion of Judge Pellonpää, joined by Judges Wildhaber, Palm and Caflisch
11. Case of Vo v. France (53924/00), separate opinion of Judge Rozakis, joined by Judges Caflisch, Fischbach, Lorenzen and Thomassen
12. Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey (46827/99; 46951/99), joint partly dissenting opinion with Judges Türmen and Kovler
13. Affaire Öcalan c. Turquie (46221/99), opinion partiellement dissidente commune avec les juges Wildhaber, Costa, Türmen, Garlicki et Borrego Borrego, and joint partly dissenting opinion with Judges Costa, Caflisch, Türmen and Borrego Borrego
14. Case of Hirst v. The United Kingdom (no. 2) (74025/01), concurring opinion
15. Case of Roche v. The United Kingdom (32555/96), concurring opinion with Judge Ress
16. Case of Cvetežnik v. Slovenia (75653/01), dissenting opinion of Judge Myjer joined by Judge Caflisch
17. Case of Jalloh V. Germany (54810/00), dissenting opinion with Judge Wildhaber
18. Case of Comingersoll S.A. V. Portugal (35382/97), concurring opinion of Judge Rozakis joined by Judges Sir Nicolas Bratza, Caflisch and Vajić
19. Affaire R.L. et M.-J.D. c. France (44568/98), opinion en partie dissidente du juge Costa, à laquelle se rallient les juges Caflisch et Traja
20. Affaire Uyan c. Turquie (7454/04), opinion partiellement dissidente commune avec le juge Türmen
21. Affaire Kuruçay c. Turquie (24040/04), opinion partiellement dissidente commune avec le juge Türmen
22. Affaire Gürbüz c. Turquie (26050/04), opinion partiellement dissidente avec le juge Türmen
23. Affaire Chiumiento c. Italie (3649/02), opinion concordante commune avec la juge Ziemele
24. Affaire La Frazia c. Italie (N° 3653/02), opinion concordante commune avec la juge Ziemele
25. Affaire Strungariu c. Roumanie (23878/02), opinion concordante à laquelle se rallie le juge Bîrsan
26. Affaire Martinie c. France (58675/00), opinion partiellement dissidente commune avec les juges Costa et Jungwiert

ABBREVIATIONS / ABRÉVIATIONS

ACDI	Annuaire canadien de Droit international
AFDI	Annuaire français de Droit international
AJIL	American Journal of International Law
ALJ	Australian Law Journal
Am U Int'l L Rev	American University International Law Review
Ann CDI	Annuaire de la Commission du droit international
APD	Archives de philosophie du droit
Arb Int'l	Arbitration International
ARIEL	Austrian Review of International and European Law
ASA	Association suisse de l'arbitrage
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ASIL	American Society of International Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
AYBIL	Australian Year Book of International Law
BDH	Bulletin des droits de l'homme
BverfGE	Bundesverfassungsgericht
BYBIL	British Yearbook of International Law
CDH	Comité des droits de l'homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMI	Comité maritime international
CMLR	Common Market Law Review
CPI	Cour pénale internationale
CPIJ	Cour permanente de Justice internationale
CTS	Consolidated Treaty Series
CYIL	Canadian Yearbook of International Law
Den J Int'l L & Pol'y	Denver Journal of International Law and Policy
DPCI	Droit et pratique du commerce international

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflisch, pp. xxxv-xxxviii.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

ECHR	European Court of Human Rights
EHRLR	European Human Rights Law Review
EHRJ	European Human Rights Reports
EJIL	European Journal of International Law
ELR	European Law Review
EPL	European Public Law
ETS	European Treaty Series
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
Fordham Int'l LJ	Fordham International Law Journal
GLJ	German Law Journal
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv Int'l LJ	Harvard International Law Journal
HHRJ	Harvard Human Rights Journal
HRC	Human Rights Committee
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRQ	Human Rights Quarterly
ICC	International Criminal Court
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IDI	Institut de Droit international
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
Ind J Int'l L	Indian Journal of International Law
IRRC	International Review of the Red Cross
JDI	Journal du droit international
JHDI	Journal of the History of International Law
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LJIL	Leiden Journal of International Law

NILR	Netherlands International Law Review
NJIL	Nordic Journal of International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
NYIN	Netherlands Yearbook of International Law
NYU J Int'l L & Pol'y	New York University Journal of Legislation and Public Policy
OJEC	Official Journal of the European Communities
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RADIC	Revue africaine de droit international et comparé
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDE	Revue de droit européen
RDGIP	Revue générale de droit international public
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
RDUE	Revue du Droit de l'Union européenne
Rev Arb	Revue de l'arbitrage
RHDI	Revue hellénique de droit international
RICR	Revue internationale de la Croix-Rouge
RSA	Recueil des sentences arbitrales
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RTAF	Recueil des Traités et Accords de la France
RTDI	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RTSDN	Recueil des traités de la Société des Nations
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
SFDI	Société française pour le droit international
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Stan J Int'l L	Stanford Journal of International Law
Tex Int'l LJ	Texas International Law Journal
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNTS	United Nations Treaty Series
UNYB	United Nations Yearbook
Va J Int'l L	Virginia Journal of International Law
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties
YB ILC	Yearbook of the International Law Commission

YEL	Yearbook of European Law
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

INTRODUCTION

L'AMBASSADEUR LUCIUS CAFLISCH, JURISCONSULTE
DU DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES
ÉTRANGÈRES (DFAE) (1991-1998)

*Mathias-Charles Krafft**

Lors d'un entretien que l'auteur de ces lignes a eu avec Lucius Caflisch à Strasbourg, ce dernier lui a déclaré que les huit années qu'il avait passées à Berne en qualité de juriste du DFAE avaient été certainement parmi « les plus heureuses et les plus intéressantes » de sa carrière, qui, à notre avis, est encore loin d'être terminée. Lorsque le professeur Marcelo G. Kohen nous a approché pour nous demander une contribution à ce recueil d'hommages rendus à un ami de longue date, nous avons pensé qu'une manière d'honorer la dette de reconnaissance que nous avons à son égard était de rappeler les circonstances dans lesquelles Lucius avait été nommé juriste, ainsi que certaines des tâches qui lui avaient été confiées à ce titre. Chef de la Direction du droit international public au DFAE à partir de 1985, nous avons eu le privilège de pouvoir compter sur son soutien constant et ses conseils toujours avisés. Nous avons décidé de quitter Berne la même année, lui pour affronter de nouveaux défis, notamment en tant que juge à la Cour européenne des droits de l'homme, nous pour nous concentrer sur notre enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne et pour y assumer de nouvelles tâches.

I

Rendant hommage à l'ambassadeur Rudolf L. Bindschedler, décédé le 24 mars 1991, Lucius Caflisch écrivait la même année que ce dernier avait

* Ancien ambassadeur, professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

« marqué la politique étrangère de notre pays et la science du droit international »¹. Lucius ne croyait pas si bien dire. Ayant succédé au regretté Jean Monnier, décédé en 1987², il venait de prendre ses fonctions de juriconsulte du DFAE, durant lesquelles il allait sans nul doute marquer d'une empreinte durable la politique étrangère de la Suisse et continuer à enrichir la science du droit international.

Après le décès de Jean Monnier, nous étions rapidement arrivé à la conclusion que le DFAE avait besoin d'un nouveau juriconsulte. Une autre option, parfois discutée mais qui n'avait pas été réalisée, aurait consisté dans la constitution d'un « comité » restreint composé des professeurs de droit international public enseignant dans les facultés de droit suisses et qui auraient été chargés de conseiller le DFAE dans des questions relevant de leur spécialité³. Chaque fois que nous rendions visite à l'ambassadeur Bindschedler, alors gravement atteint dans sa santé, ce dernier nous parlait des avantages de la « formule » du juriconsulte pour la Suisse et ne mentionnait qu'un seul nom : Lucius Cafilisch. Malheureusement pour le Département (et pour nous-même), Lucius n'était alors pas disponible et nous demandait de patienter : il souhaitait mener à son terme son mandat de directeur de l'Institut universitaire de hautes études internationales à Genève.

Même si nos successeurs à la tête de la Direction du droit international public ont choisi d'autres voies, nous n'avons jamais eu à regretter cette décision. Il est vrai que Lucius Cafilisch jouissait déjà d'une telle réputation, sur les plans national et international, que sa nomination par le Conseil fédéral n'a rencontré aucune difficulté. Ses compétences en tant que professeur de droit international étaient largement reconnues. Il disposait en outre d'une grande expérience de la négociation internationale, acquise notamment en sa qualité de chef-adjoint de la délégation suisse à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Enfin, il était capable – qualité particulièrement utile dans un pays comme la Suisse – de rédiger indifféremment en français, en allemand et en anglais.

Dès son entrée en fonction en 1991, le nouveau juriconsulte, à qui le Conseil fédéral avait tenu à conférer le titre d'ambassadeur pour lui faciliter

1 4 *RSDIE*, 1991, 479.

2 Lire l'hommage rendu à Jean Monnier par Luzius Wildhaber et Lucius Cafilisch dans *XLIII ASDI*, 1987, 22-23.

3 Au début de l'année 2005, l'ambassadeur Paul Seger, chef de la Direction du droit international public et juriconsulte du DFAE, a pris l'initiative de réunir les professeurs de droit international public enseignant dans les universités suisses pour un échange de vues entre ces derniers et sa Direction. Cet échange de vues, qui a eu lieu le 8 février 2005, a été jugé « très utile » par tous les participants.

l'accomplissement de ses tâches de représentation de la Suisse sur le plan international, s'est mis au travail avec la rigueur et l'enthousiasme que ses collègues et amis lui connaissent. Jouissant d'une grande indépendance et n'ayant pas de responsabilités administratives, le juriste du DFAE a des compétences étendues qu'il doit exercer en accord avec le chef de la Direction du droit international public. Notre collaboration à cet égard a été exemplaire. Chaque juriste a, bien entendu, ses domaines de prédilection. Pour Lucius Caflisch, il s'agissait, en particulier, du droit de la mer, du régime des cours d'eau internationaux, du règlement pacifique des différends, des problèmes liés à la délimitation des frontières et du droit international humanitaire.

Une tâche privilégiée du juriste mérite d'être notée dans ce contexte : la représentation de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Nous mentionnerons, à titre d'exemple, la déclaration faite par notre représentant au sujet des propositions de la Commission du droit international sur ses méthodes de travail et sur celles de la Sixième Commission⁴. Lucius Caflisch formule d'intéressantes considérations sur la frontière entre le « développement progressif » du droit des gens et sa « codification ». Ce n'est pas trahir un secret que de relever à ce propos que, chaque fois que notre représentant prenait la parole devant ladite Commission, ses collègues prêtaient une attention particulière à son intervention. Il appartenait aussi au juriste de rédiger les observations que le gouvernement suisse consacre aux projets d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies⁵.

Parmi les nombreuses activités que le juriste du DFAE a exercées avec succès durant ses années passées à Berne, notamment sur le plan international, nous sommes obligé de faire un choix qui se révélera nécessairement arbitraire. Nous en relevons deux qui nous paraissent particulièrement dignes d'intérêt : la participation au processus dit « d'Ottawa »⁶ et l'élaboration du Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁷.

L'engagement de Lucius Caflisch en faveur de l'interdiction des mines antipersonnel est bien connu. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la Suisse a

4 5 *RSDIE*, 1997, 639-642.

5 Cf., par exemple, les observations formulées à propos du projet d'articles sur le droit relatif aux cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ; 5 *RSDIE*, 1993, 700-709.

6 Cf. L. Caflisch et F. Godet, « *De la réglementation à l'interdiction des mines antipersonnel* », 1 *RSDIE*, 1998, 1-50.

7 Message du Conseil fédéral du 15 novembre 2000 relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal ; *FF*, 2001 I, 359-536.

joué dans le « processus d'Ottawa » un rôle déterminant, avec d'autres pays tels que le Canada, l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Irlande, le Mexique, la Norvège et la Nouvelle-Zélande. Ce furent essentiellement ces pays qui, se réunissant tantôt à Genève, tantôt à Vienne, assistèrent l'Autriche dans la préparation du projet de traité d'interdiction totale des mines antipersonnel⁸.

Dans le domaine du droit pénal international, Lucius Cafilisch a consacré beaucoup de temps et d'énergie à l'élaboration du Statut de la Cour pénale internationale, considéré comme un instrument au service du droit international humanitaire et des droits de l'homme⁹. Chef de la délégation suisse à la Conférence des Nations Unies sur la création d'une Cour pénale internationale, tâche que seul le juriste du DFAE pouvait remplir en raison déjà de la durée de la conférence qui s'est tenue à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998, Lucius Cafilisch n'a pas ménagé sa peine pour favoriser la création d'un tribunal fort et indépendant. La Suisse a été l'un des membres fondateurs du « groupe des Etats pilotes », coalition d'Etats qui a joué un rôle très important pendant la conférence de Rome notamment¹⁰.

II

Dans l'hommage qu'il a rendu, avec l'ambassadeur Charles-Edouard Held, au professeur Georges Perrin, décédé le 14 février 2000, Lucius Cafilisch a notamment souligné le fait que ce dernier était « un généraliste dans le sens le plus noble du terme », avec quelques domaines de prédilection comme la protection diplomatique et le droit de la responsabilité internationale¹¹. Lucius Cafilisch est (heureusement) encore bien vivant, mais nous croyons pouvoir utiliser d'ores et déjà le même qualificatif pour caractériser son activité comme juriste du DFAE, avec les domaines de prédilection mentionnés ci-dessus.

Grâce à l'obligeance de la Direction du droit international public, nous avons pu retrouver un certain nombre d'avis, de notes et de lettres rédigés

8 Lire aussi, en ce qui concerne la position de la Suisse, le message du Conseil fédéral du 19 janvier 1998 concernant la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction ; *FF*, 1998 I, 541-542.

9 Cf. L. Cafilisch, « Der neue Internationale Strafgerichtshof : ein Instrument zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte », *Liechtensteinische Juristen-Zeitung*, 1999, 3-12.

10 *FF*, 2001 I, 372-374.

11 4 *RSDIE*, 2000, 686.

par notre ami entre 1991 et 1998 et qui, en raison souvent de leur caractère confidentiel, n'ont pas été publiés dans la *Pratique suisse en matière de droit international public*¹², dont on ne relèvera jamais assez le grand intérêt. Nous tenons à souligner ici les très grands mérites de son auteur, qui a accepté de poursuivre ses chroniques même après sa nomination à la Cour européenne des droits de l'homme.

Nous inspirant « mutatis mutandis » des notes de lecture rédigées par le professeur Pierre-Marie Dupuy sur les travaux de Georges Abi-Saab¹³, nous allons essayer de tirer quelques enseignements sur la diversité des activités scientifiques de Lucius Cafilisch durant ses années passées à Berne.

1. Au mois de mai 1991, le juriste du DFAE a adressé à la Direction politique de ce Département une « note »¹⁴ concernant le statut des Républiques baltes dans un certain nombre d'organisations internationales. Le Ministre des affaires étrangères d'un de ces Etats souhaitait connaître le point de vue des autorités suisses au sujet des conséquences de l'annexion de ces Etats en 1940 sur leur qualité de membres de ces organisations. Lucius Cafilisch, après avoir rappelé les différentes théories et la pratique applicables en ce qui concerne l'identité et la continuité ou la succession des Etats dans le droit des organisations internationales, parvient à des conclusions nuancées qui tiennent compte des spécificités de chacune des organisations examinées. L'auteur fait preuve non seulement de sa grande maîtrise du droit des organisations internationales, mais aussi de son sens des réalités politiques et de son aptitude à formuler des conclusions qui puissent être utilisées sans trop de difficultés par le destinataire de l'avis de droit. Le juriste d'un ministère des affaires étrangères est là non seulement pour « dire le droit », mais aussi (et parfois surtout) pour identifier les bases juridiques d'une politique qu'il appartient à d'autres de définir et de mettre en œuvre.

2. La même année, au mois de juin, Lucius Cafilisch a fait parvenir au Dr R.M. Laws, « Scott Polar, Research Institute », à Cambridge, le texte de

12 La chronique de la pratique suisse en matière de droit international public est publiée chaque année dans la *RSDIE*. Lucius Cafilisch, alors chargé de cours à l'Institut universitaire de hautes études internationales à Genève, en a précisé les caractéristiques en 1968 déjà, à propos de la pratique suisse de 1967, dans XXV *ASDI*, 1968, 235-236.

13 « Libre parcours à travers la richesse d'une œuvre : Notes de lecture sur les travaux de Georges Abi-Saab », in : L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debbas, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2001), 9-20.

14 Il s'agissait en fait d'un avis de droit. Le terme de « note » est souvent utilisé dans la correspondance échangée entre les différentes directions du DFAE. Rédigée en allemand, cette note est intitulée « Notiz », ce qui est une sorte d'euphémisme s'agissant d'une consultation ayant un caractère scientifique indéniable.

son exposé à un colloque qui s'est tenu à Zurich et qui avait pour titre : « The Interaction of Science and Politics in the Field of International Relations: the Case of Antarctica ». Avec sa collaboratrice, Madame Evelyne Gerber, le juriste du DFAE a joué un rôle éminent dans la définition de la politique de la Suisse à l'égard du Traité du 1^{er} décembre 1959 sur l'Antarctique¹⁵. Malgré l'incompréhension manifestée par certains parlementaires, Lucius a plaidé avec éloquence pour que la Suisse adhère au Traité, le 15 novembre 1990, conformément à son article XIII, paragraphe 1. Après avoir quitté le DFAE, Lucius Cafilisch a continué à marquer son intérêt pour le régime de l'Antarctique, en insistant sur le fait que la Suisse devait améliorer son statut en devenant partie consultative, grâce à la conduite d'activités substantielles de recherche scientifique, telles que l'établissement d'une station ou l'envoi d'une expédition.

3. Au mois d'avril 1992, le juriste a fait parvenir au secrétaire d'Etat alors en fonction une « note » examinant la question de savoir si la Suisse était en droit de prendre des sanctions sous la forme de représailles à l'encontre d'un Etat qui ne respectait pas l'article 36 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires. Bien que très brève, cette « note » contient une analyse substantielle des conditions dans lesquelles le droit des gens autorise les Etats à prendre des représailles, c'est-à-dire des mesures en soi illicites adoptées en réponse à un fait illicite antérieur imputable à l'Etat destinataire de ces mesures.

4. Le juriste du DFAE a, vis-à-vis du chef de ce Département, c'est-à-dire du ministre des affaires étrangères, une responsabilité particulière : celle d'attirer son attention sur les aspects de droit international d'événements importants se déroulant sur la scène internationale. Lucius Cafilisch n'a pas manqué à cette tradition. C'est ainsi qu'au mois de juin 1993 il a adressé au chef du Département une « note » commentant l'envoi de missiles américains sur Bagdad. Cette communication a permis au juriste d'analyser brièvement les deux justifications possibles sur le plan du droit international, cette opération pouvant se présenter soit comme un acte de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, soit comme des représailles armées.

5. Lucius Cafilisch jouit en matière de règlement pacifique des différends d'une autorité incontestée. Le cours qu'il a donné à l'Académie de droit international de La Haye en 2001 reste un modèle du genre¹⁶. L'importance

15 Cf. le message du Conseil fédéral du 16 août 1989 relatif au Traité du 1er décembre 1959 sur l'Antarctique ; *FF*, 1989 III, 293-317.

16 « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », 288 *RCADI*, 2001, 245-467.

du rôle qu'il a joué dans la création de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) est bien connue¹⁷. Grâce à son engagement personnel, la Suisse a aussi complété et modernisé son réseau de traités bilatéraux de conciliation et d'arbitrage¹⁸. Le 29 octobre 1992, Lucius a présenté devant la Société des juristes zurichois une conférence intitulée : « Friedliche Streitregelung im gesamteuropäischen Rahmen ». Cet exposé remarquable et remarquable témoigne de la disponibilité du jurisconsulte qui, malgré les lourdes tâches qu'il assumait à Berne, a trouvé le temps de déployer simultanément une activité scientifique impressionnante.

6. Le droit de la mer a toujours été un « domaine réservé » du jurisconsulte du DFAE, de Jean Monnier tout d'abord, puis de Lucius Caflisch. Tous deux ont pris une part importante dans la négociation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, adoptée le 10 décembre 1982, appelée aussi Convention de Montego Bay. Faute de temps, Lucius n'a pas pu rédiger le message concernant l'approbation de ladite Convention par la Suisse avant de quitter Berne¹⁹. A cette discipline exigeante, Lucius Caflisch a ajouté le droit des cours d'eau internationaux. Nous avons retrouvé une « note » en date du 15 juillet 1993 dans laquelle le jurisconsulte du DFAE examine le problème de la délimitation de la frontière sur des ouvrages enjambant des cours d'eau frontière, plus spécifiquement sur un pont traversant le Mékong qu'envisageaient de construire le Laos et la Thaïlande. L'auteur rappelle notamment que, dans le cours qu'il a donné en 1989 à l'Académie de droit international de La Haye²⁰, il est arrivé à la conclusion que la pratique conventionnelle a consacré des solutions variées, quel que soit d'ailleurs le tracé de la frontière sur le fleuve lui-même et quelles que soient les règles relatives à la propriété de l'ouvrage : frontière à l'un des points d'ancrage du pont ou au milieu du pont, prolongement de la frontière aquatique vers le haut, cette dernière variante revenant à faire coïncider la ligne divisoire sur l'ouvrage avec la frontière fluviale. Lucius en conclut, de manière nuancée et réaliste, qu'étant donné

17 Cf. le message du Conseil fédéral du 19 mai 1993 concernant la Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), ainsi que les Traités de conciliation et d'arbitrage avec la Pologne et la Hongrie; *FF*, 1993 II, 1081-1110.

18 Cf. le message mentionné à la note 17, *FF*, 1993 II, 1102-1108.

19 La ratification de cette Convention par la Suisse figurait parmi les priorités de la Direction du droit international public du DFAE pour l'année 2005. Lire aussi : L. Caflisch, « *La révision du droit international de la mer* », *XXIX ASDI*, 1973, 49-81.

20 « *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux* », 219 *RCADI*, 1989-VII, 9-225 (92-94).

la diversité des solutions conventionnellement retenues et le fait qu'aucune règle coutumière ne semble s'être dégagée, la question doit, dans chaque cas, être réglée par traité, donc recevoir une solution négociée.

7. Dans un domaine très différent, le juriste du DFAE a rédigé, au mois d'août 1993, une proposition au Conseil fédéral concernant l'application en Suisse de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies relative à la création d'un Tribunal ad hoc pour juger les crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie²¹. La Suisse n'était alors pas encore membre des Nations Unies. Lucius Cafilisch, après avoir fait l'historique de l'adoption de ladite résolution et rappelé le rôle que la Suisse avait joué en organisant notamment une réunion d'une dizaine de conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères de pays européens, à Genève du 8 au 9 février 1993, propose au gouvernement suisse d'appliquer à titre autonome la résolution 827, y compris le Statut du Tribunal international ad hoc²².

8. Parmi les nombreuses tâches du juriste du DFAE figure aussi celle de conseiller le chef de la Direction du droit international public sur des problèmes délicats sur les plans politique et juridique. C'est ainsi qu'au mois de janvier 1995, Lucius Cafilisch a adressé à l'auteur de ces lignes une « note » concernant une procédure judiciaire dans laquelle était impliqué le chef d'Etat d'un pays voisin de la Suisse. Il s'agissait notamment de se prononcer sur l'immunité civile des chefs d'Etat étrangers pour des actes de caractère privé, c'est-à-dire des actes qui ne relèvent pas de leur qualité officielle²³.

Lucius commence par examiner si la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 peut être appliquée par analogie aux chefs d'Etat, ce qu'il n'exclut pas. Il étudie ensuite plusieurs législations nationales étrangères, des décisions de tribunaux internes, la doctrine étrangère, ainsi que la pratique et la doctrine suisses. Sa conclusion est, une fois de plus, nuancée et réaliste. La pratique internationale en la matière étant

21 La résolution porte la date du 25 mai 1993. Cf. P.-M. Dupuy, *Les grands textes de droit international public*, 3^{ème} éd. (Paris, Dalloz, 2002), 197-208.

22 Cf. le message du Conseil fédéral du 18 octobre 1995 concernant l'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire, *FF*, 1995 IV, 1065-1100 (1068-1069).

23 Lucius Cafilisch a publié, en particulier, dans sa chronique sur la *Pratique suisse* de 1998, plusieurs avis de droit ayant trait notamment à l'immunité des Etats, des chefs d'Etat et des agents diplomatiques étrangers en matière pénale et dans le cadre de l'exécution de demandes d'entraide judiciaire pénale, 4/5 *RSDIE*, 1999, 691-696, ainsi qu'à l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, des premiers ministres, des ministres des affaires étrangères et d'autres agents d'Etats étrangers, 4/5 *RSDIE*, 1999, 696-700.

incertaine et en l'absence d'une règle de droit international, le juriste du DFAE estime qu'il convient de s'appuyer sur la pratique suisse existante, bien qu'elle ne soit pas abondante. Cette pratique lui permet d'affirmer que la Suisse préconise une conception relative de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en matière civile, ce qui devrait aboutir à refuser l'immunité dans le cas d'espèce.

9. La même année et le même mois, le juriste du DFAE a fait parvenir à l'auditeur en chef de l'armée une longue étude dans laquelle il répond à la question de savoir si l'ambassade d'un Etat étranger est en droit d'accorder la protection consulaire aux ressortissants de cet Etat se trouvant en Suisse et soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre. Cette « lettre » donne l'occasion à Lucius Caflisch de développer ses réflexions sur un thème qui lui est cher, c'est-à-dire celui de la nature de la protection consulaire comparée avec celle de la protection diplomatique²⁴. Lucius rappelle, en particulier, que la protection consulaire comprend l'assistance aux détenus, non pas pour infléchir ou entraver le déroulement de la procédure, mais pour assurer à l'individu un traitement et une défense convenables. Cet aspect de la protection consulaire est partiellement réglé à l'article 36, paragraphe 1^{er}, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963²⁵.

10. Revenant un peu plus tard sur le régime des cours d'eau internationaux, le juriste rédige à l'intention du DFAE une « note » sur le partage des eaux transfrontière et de leur utilisation au Proche-Orient. Lucius Caflisch se réfère, en particulier, aux travaux de la Commission du droit international des Nations Unies sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, ainsi qu'aux « Règles d'Helsinki » adoptées en 1966 par l'« International Law Association ». Il rappelle en outre que, comme c'est le cas d'une autre catégorie de ressources partagées – celles de la zone économique exclusive et du plateau continental dans le droit de la mer – chaque acteur peut revendiquer un droit de participation équitable, déterminé en fonction de critères traduisant des « principes équitables »²⁶. Lucius formule des conclusions qui partent du principe

24 Cf. notamment L. Caflisch, « *La pratique suisse de la protection diplomatique* », in : J.-F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique – Mutations contemporaines et pratiques nationales*, coll. Droit et justice, vol. 43 (Bruxelles, Bruylant, 2003), 73-86. Lire aussi la déclaration faite le 26 octobre 1998 par Lucius Caflisch devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet du chapitre V, intitulé *Protection diplomatique*, du Rapport de la CDI sur les travaux de sa 50^{ème} session ; 4/5 RSDIE, 1999, 666-668.

25 Au sujet de cette disposition, voir l'arrêt de la CIJ du 27 juin 2001 dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, CIJ. Recueil 2001, 492-494.

26 Lire aussi : L. Caflisch, « *Sic utere tuo ut alienum non laedas : Règle prioritaire ou élément*

selon lequel les accords entre les Etats ou communautés intéressés en matière d'utilisation des eaux internationales de la région formeront une partie intégrante d'un règlement de paix au Moyen-Orient. Ces instruments devraient être fondés sur un certain nombre de règles parmi lesquelles figure celle suivant laquelle les eaux de surface communes à deux ou plusieurs Etats ou communautés, ou leur utilisation, devraient être attribuées selon le principe coutumier du droit de participation équitable. Ce droit est déterminé, pour chaque Etat ou communauté concerné, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, celles-ci pouvant comprendre des facteurs naturels, historiques, économiques et sociaux (« principes équitables »). Le moins que l'on puisse dire est que ces conclusions n'ont pas perdu leur actualité.

11. Enfin, nous avons déjà relevé l'importance de la participation du juriste du DFAE à l'élaboration du Statut de Rome de la Cour pénale internationale²⁷. Concrètement, Lucius Cafilisch, en sa qualité de chef de la délégation suisse à la Conférence de Rome, a signé le rapport de plus de cinquante pages que cette délégation a rédigé avec la date du 3 février 1999. Nous ne pensons pas nous tromper en ajoutant que Lucius a aussi pris une part importante dans la préparation de ce rapport.

III

Quels enseignements pouvons-nous tirer de ce « libre parcours à travers la richesse d'une œuvre »²⁸ ?

Les huit années passées à Berne en qualité de juriste du DFAE sont certes une période trop courte pour oser un jugement péremptoire, notamment si on les compare avec celles qu'il a consacrées à l'Institut universitaire de hautes études internationales à Genève²⁹, comme enseignant³⁰ et comme directeur (1985-1990), ou avec celles qu'il passe à Strasbourg à

pour déterminer le droit d'utilisation équitable et raisonnable d'un cours d'eau international ? », in : *Festschrift für Walter Müller* (Zurich, Polygraphischer Verlag, 1993), 27-47.

27 *Op. cit.* (note 7).

28 *Op. cit.* (note 13).

29 L'auteur de ces lignes se plaît à rappeler que Lucius Cafilisch a entretenu des relations étroites aussi avec la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, où il a notamment enseigné en 1982 à titre de professeur invité.

30 Chargé de cours (*Lecturer*, 1968-1972), puis professeur dès 1972, Lucius Cafilisch a marqué par son enseignement des générations d'étudiantes et d'étudiants qui, nous avons pu le constater à maintes reprises, lui en gardent une grande reconnaissance.

titre de juge à la Cour européenne des droits de l'homme. Elles sont néanmoins suffisantes pour souligner les multiples facettes d'une personnalité hors du commun. Lucius Caflich maîtrise pratiquement tous les domaines du droit international public, à l'exception peut-être du droit international économique³¹. Nous avons eu la possibilité d'admirer ses talents de négociateur lorsqu'il présidait à Genève des réunions internationales portant sur le droit international humanitaire³². Travailleur infatigable, rédacteur hors pair dans plusieurs langues, toujours sensible aux aspects politiques des intérêts qu'il avait à défendre, Lucius a été un grand jurisconsulte dans la lignée de ses prédécesseurs. Nous n'avons, pour notre part, jamais eu à regretter d'avoir suivi la « recommandation » de l'ambassadeur Rudolf L. Bindschedler.

Lucius Caflich quittera l'enseignement en 2006. L'article 23, paragraphe 6, de la Convention européenne des droits de l'homme l'obligera à se retirer aussi de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce sera, pour lui, le début d'une nouvelle carrière au service de son pays et du droit international. « Ad multos annos ».

31 Et encore n'est-il pas inutile de rappeler que Lucius Caflich préside des tribunaux arbitraux dans le cadre du CIRDI. Cf. *ICSID – Annual Report 2004*, 12 s.

32 Notamment les réunions de suivi de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, qui s'est tenue à Genève du 30 août au 1^{er} septembre 1993. Voir la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 809 (septembre-octobre) 1994, 454-464 (note du gouvernement suisse, mars 1994).

PART I

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DROITS DE L'HOMME

THE DEVELOPMENT OF THE HUMAN RIGHTS
COMMITTEE'S PROCEDURE TO CONSIDER STATES
PARTIES' REPORTS UNDER ARTICLE 40 OF
THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND
POLITICAL RIGHTS

*Nisuke Ando**1

1 INTRODUCTION

One of the most remarkable achievements of the United Nations in the field of international cooperation for general welfare has been, perhaps, the global recognition of the need to respect and observe human rights. The central pillar of this achievement was the adoption of the Universal Declaration of Human Rights by the General Assembly in 1948, which set forth universally applicable human rights standards. Later, in 1966, the Assembly adopted two international instruments codifying these standards; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights. The latter is of particular importance in that not only has it elaborated substantive provisions of the Declaration with respect to civil and political rights but it has also established an international mechanism to monitor their implementation. The mechanism provides for the consideration by the Human Rights Committee of reports submitted by States Parties to the Covenant regarding measures that have been taken to implement the provisions of the Covenant.

* Professor at the Doshisha University, Kyoto; Member of the *Institut de Droit international*.

1 As part of its activities to celebrate the occasion, the Committee published a book: N. Ando (ed.), *Towards Implementing Universal Human Rights. Festschrift for the 25th Anniversary of the Human Rights Committee* (hereafter *Festschrift of HRC*) (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004).

In 2002, the Committee, comprised of 18 members elected in their personal capacity by States Parties, celebrated the 25th anniversary of its activities including the strenuous efforts to improve the procedure involved in considering the above mentioned reports.

This contribution purports to follow the development of the Committee's procedure in considering the States Parties' reports. In so doing, it also attempts to clarify the impact of the Cold War on that development. Thus, the analysis of the development is divided into two sections in chronological order; the first section focusing on the Cold War period (1977-1990), the second on the post-Cold War period (1990-present).

2 DEVELOPMENTS IN THE COLD WAR PERIOD (1977-1990)

A. *Adoption of Rules of Procedure by the Committee*

The International Covenant on Civil and Political Rights was adopted by the United Nations General Assembly in 1966. It entered into force ten years later in March of 1976, with the 35th ratification by Czechoslovakia. At the time the regional distribution of the 35 States Parties was the following; 9 from Eastern Europe, 7 from Africa, 7 from Latin America/Caribbean, 5 from Western Europe and 4 from the Middle East, plus Iran, Cyprus and Mongolia. In September of the same year, 37 States Parties gathered to elect 18 members, whose geographical composition was: 4 from Eastern Europe, 3 from Africa, 3 from Latin America/Caribbean and 5 from Western Europe, plus Syria, Iran and Cyprus.² to form the Human Rights Committee.

When the Committee met for the first time in March 1977, its initial task was the election of its Chairperson and the adoption of its Rules of Procedure. However, on both the issues, due to the hostility and distrust prevalent in the Cold War period, the opinions of Eastern European members tended to conflict with those of their Western European counterparts. As a compromise, Mr. Mavrommatis of Cyprus was chosen to the post of Chair, a post he would continue to hold for the next 10 years. Regarding the Rules of Procedure, the Eastern European members initially insisted on adoption by consensus,³ but had to concede because Article 39 of the

2 See, for example, United Nations, General Assembly, Official Records: Thirty-second Session, Supplement No. 44 (A/44/32): Report of the Human Rights Committee (hereafter as Report of HRC (A/44/32)), pp. 1 & 67-68.

3 See, for example, N. Bouziri, "Problèmes particuliers rencontrés dans les premières années d'activités du Comité", *Festschrift of HRC, supra* (note 1), p. 81ff.

Covenant provided “Decisions of the Committee shall be made by a majority vote of the members present”. In any event, most of the provisions of the Rules of Procedure were adopted by the Committee during its first two sessions in 1977. In 1978 during its third session, some minor amendments were adopted along with certain additions relating to Article 41 of the Covenant that were eventually adopted during the 7th session in 1979,⁴ when the Rules of Procedure as a whole was accepted as “comprehensive” and started to regulate the subsequent activities of the Committee.

B. Evolution of the Procedure and Adoption of Guidelines for preparing Reports

► *Initial Reports*

Article 40, paragraph 1(a) of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that States Parties to the Covenant are required to submit their initial reports within a year after its entry into force for them. Accordingly, 17 of the 37 States Parties had submitted their reports before the Committee’s second session that met in August 1977. Prior to examining these reports, the Committee discussed the procedure to be followed in their consideration. It was then agreed that the main purpose of the consideration would be to assist States Parties in the promotion and protection of the human rights recognized in the Covenant. It was also agreed that a delegation from the State Party whose report was to be considered should be invited to make an oral introduction of the report to be followed by questions from the Committee members, and that the delegation should be given an opportunity to answer them orally or to refer them to his/her government for additional information. Furthermore, it was decided that the consideration of a report should be conducted in a constructive spirit so as to assess the progress achieved as well as the difficulties encountered by the State Party in its efforts to implement the Covenant.⁵

Later the second session, the Committee also discussed and adopted “General Guidelines for States Parties regarding the Form and Contents of the Reports to be submitted under Article 40”.

According to the guidelines, each report would be composed of two parts; the first part describing the general legal framework under which civil and political rights are protected in the reporting State, the second part containing

4 See Report of HRC (A/32/44), p. 48ff; Report of HRC (A/33/40), p. 120; and Report of HRC (A/34/40), p. 114ff.

5 Report of HRC (A/32/44), p. 18.

information with respect to Articles in Parts I, II and III of the Covenant. More specifically, the first part would explain if constitutional provisions or domestic legislation already covered any of the Covenant rights; whether Covenant rights could be invoked before domestic courts, and; what judicial, administrative or other remedies were available against violations of those rights. The second part, on the other hand, would indicate how each of the Covenant rights would be implemented under domestic law, and if and under what circumstances any of the rights could be restricted, i.e., whether there existed, in practice, factors and difficulties affecting the enjoyment of each right.⁶

► *Periodic Reports*

The consideration of States Parties' initial reports was generally conducted in accordance with the procedure as described above. However, after the submission of initial reports, Article 40, paragraph 1(b) of the Covenant provides that States Parties shall submit reports "whenever the Committee so requests". In this connection, although the Committee suggested a three or four year periodicity for subsequent reports at the 11th session in October 1980,⁷ it decided to prolong the period to every five years starting from the 16th session in July 1982.⁸ By applying the revised decision on periodicity, the Committee eventually considered the second periodic report of Yugoslavia at its 20th session in November 1983.⁹ Prior to considering the Yugoslavia's report, the Committee discussed the procedure to deal with second periodic reports in general, and decided that the procedure for considering second periodic reports need not, in principle, differ from that followed when considering initial reports. However, in addition, the Committee would also focus on the progress made in each State Party since the consideration of its initial report.¹⁰ In order to facilitate the consideration of Yugoslavia's second periodic report, the Committee set up a sessional working group of three members and entrusted the group to prepare an informal list of issues to be taken up with the delegation of the State Party.¹¹

6 *Ibid.*, pp. 35-36 & 69-70.

7 Report of HRC (A/36/40), p. 102.

8 Report of HRC (A/37/40), p. 92.

9 The names of the States Parties in this contribution are those at the relevant time.

10 Report of HRC (A/39/40), p. 10.

11 *Ibid.*, pp. 10-11.

C. *Lists of Issues*

The list of issues thus prepared for considering the second periodic report of Yugoslavia proved to be highly useful, and the Committee decided once again to establish yet another pre-sessional working group whose task was not only to discuss problems concerning second periodic reports in general but also to prepare a list of specific issues for consideration of the second periodic report of Chile and that of the German Democratic Republic. In fact, at the twenty third session in July 1984, a similar list of issues such as that of Yugoslavia was used successfully for these two States Parties as well.¹² This led to the regular establishment of a pre-sessional working group on Article 40, whose task included the preparation of a non-exhaustive list, specifying issues to be discussed with delegations of States Parties but at the same time leaving room for each Committee member to raise additional issues.¹³

The reason behind the lists of issues was to enhance the efficiency of the Committee’s consideration procedure by avoiding repetition of the same or similar questions by Committee members and focusing attention of States Parties’ delegations to specific issues that were of common concern. Due to its success and efficiency, the lists of issues have now become standard procedure in considering not just the second periodic reports but in considering all other reports, including the the very first report as well.

D. *General Comments*

Article 40, paragraphs 4 and 5 of the Covenant provide that, after considering a State Party’s report, the Committee “shall transmit its own report, and such *general comments* as it may consider appropriate” to the State Party, and that the State Party, in turn, may submit to the Committee observations on such comments.¹⁴ The Committee’s interpretation of these “General Comments” clearly reflects the effect of the Cold War during the early days of its activities.

The question was whether the Committee’s report and in particular, general comments referred to in Article 40 should be interpreted to mean the Committee’s special views with respect to a report of each individual State Party or whether they should reflect the Committee’s general views with respect to States Parties in general. The matter concerned the core of the Com-

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Emphasis supplied.

mittee's functions under Article 40, and while members of Western Europe were for the former interpretation, those of Eastern Europe were for the latter. For that reason, after completing the consideration of most of the initial reports by the end of July 1980, the Committee decided to establish a small group, whose mission was to formulate general comments that were likely to gather the widest possible support from the Committee as a whole,¹⁵ and report back to the plenary for adoption.

At the 11th session in October 1980, in the light of the group's report, the Committee adopted the following statement:

- (a) The Committee, having examined initial reports received from 36 States Parties from different regions of the world with differing political, social and legal systems, should now start to formulate general comments based on the consideration of the reports for transmission to the States [P]arties.
- (b) In formulating general comments the Committee will be guided by the following principle: "They should summarize experience the Committee has gained in considering States reports;"
- (c) "The general comments could be related, inter alia, to the following subjects: Questions related to the application and the content of individual articles of the Covenant;"¹⁶

Thus, it was obvious that the Committee chose to consider that the general comments would reflect "general" views based on the consideration of all the reports, instead of narrowing down the comments to suit each individual member. As a matter of fact, the General Comments Nos. 1-4 adopted by the Committee during the early days of its activities resemble a "commentary" of the provisions of Articles 2, 3 and 4 of the Covenant.¹⁷

3 DEVELOPMENT OF PROCEDURE IN THE POST-COLD WAR PERIOD (1990-PRESENT)

A. *Special Reports*

The provision of Article 40, paragraph 1(b) of the Covenant to the effect that States Parties shall submit reports "whenever the Committee so re-

15 Yearbook of the Human Rights Committee (hereafter Yb of HRC) 1979-1980, Vol. I, p. 428; See, also, Report of HRC (A/35/40), p. 87.

16 Report of HRC (A/36/40), pp. 101-102.

17 *Ibid.*, pp. 109-110

quests” implies that the Committee may request the submission of a special report, as distinguished from periodic reports. During the Cold War period the Committee had been reluctant to request such a report, but starting with its request in 1991 for a special report from Iraq, the Committee became more flexible in this regard.

And yet, the Committee was very cautious in singling out a particular State for requesting a special report. It had to provide sufficient justification in order to distinguish it from other States whose violations of human rights were similarly noticeable. In this connection, the Committee found that the third periodic report of Iraq had been due more than a year earlier on 4 April 1990, and thus on 11 April 1991 the Committee decided to request Iraq to submit its third periodic report by mid-June of the same year to enable it to consider it during the summer session. The Committee added that, since this specific request was made at a short notice, the report could be brief but still contain information on Article 6 (right to life), 7 (prohibition of torture and other inhuman treatment), 9 (protection of detainees) and 27 (right of minorities).¹⁸ Fortunately, Iraq was able to submit the report in time and was thus considered by the Committee at the forty second session in July 1991.¹⁹

Shortly thereafter, in November 1991, the Committee made a similar request to Yugoslavia, which was in the process of disintegration with a number of reported human rights violations. Thus, in its decision on 4 November 1991, the Committee requested Yugoslavia to submit its third periodic report, which had then been overdue for more than three years.²⁰ However, the report was not submitted by the January 1992 deadline, and with further deterioration of situations in Yugoslavia, the Committee’s Chairperson requested on 7 October 1992, after consultation with Committee members, that the governments of Bosnia-Herzegovina, Croatia and Yugoslavia each submit a brief report, by the end of the month, on alleged ethnic cleansings, arbitrary killings, tortures etc., to be considered by the Committee in November 1992.²¹ The three governments responded to the request in time, which enabled the Committee to study the situations.²²

The Committee’s experience with Yugoslavian situations proved the usefulness of special report procedure. Subsequently, the Committee has come

18 Report of HRC (A/46/40), p. 205.

19 *Ibid.*, p. 150ff.

20 Report of HRC (A/47/40), p. 199.

21 Report of HRC (A/48/40), Part I, pp. 15 & 212ff.

22 *Ibid.*, p. 69ff.

to rely on this procedure when it is considered useful and necessary, whether or not the report in question is overdue. The request for a special report from Peru in 1992,²³ from Burundi and Angola in 1993,²⁴ and from Haiti and Rwanda in 1994,²⁵ respectively, are examples that indicate the Committee's active use of the special report procedure in the post-Cold War period.

B. Core Documents

It was customary for the Human Rights Committee, already in the Cold War period, to ask for additional information from a State Party when it found the information in the original report insufficient for the proper appreciation of the situations in the State Party.²⁶ In this connection, when the Committee adopted the General Guidelines regarding the Form and Contents of Reports, the Chairperson stated that those States Parties that had submitted their initial reports were free to decide whether or not to submit a supplementary report in the light of the guidelines.²⁷ It might be recalled that the General Guidelines suggested that initial reports be composed of two parts, the first describing the general legal framework to protect civil and political rights in a reporting State.²⁸

There were some subsequent amendments to the guidelines, and at the forty second session in July 1991, during the adoption of the "Revised Guidelines for the Preparation of State Party Reports", the committee incorporated the "Consolidated Guidelines for the Initial Part of Reports of States Parties" into the Guidelines after discussions with the supervisory bodies established under the United Nations human rights instruments.²⁹ According to the latter, the initial part of any State Party's report should contain infor-

23 Report of HRC (A/47/40), pp. 199 & 69ff.

24 Report of HRC (A/49/40), Vol. I, pp. 14-15 & 58ff.

25 Report of HRC (A/50/40), Vol. I, pp. 14 & 40ff.

26 See, for example, Report of HRC (A/33/40), p. 115.

27 Yb of HRC 1977-1978, Vol. I, p. 154.

28 See Report of HRC (A/32/44), p. 69.

29 Report of HRC (A/46/40), pp. 5, 8 & 206ff. See, also, Official Records of the Human Rights Committee (hereafter Official Records of HRC) 1991/92, Vol. I, p. 181, footnote 1. The supervisory bodies mentioned here refer to the informal meetings of Chairpersons of monitoring bodies established under United Nations human rights instruments: The Human Rights Committee; the Committee on the Elimination of Racial Discrimination; the Committee against Torture; the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, and the Committee on the Rights of the Child, each established under the relevant United Nations instruments, plus the Committee on Economic, Social and Cultural Rights established by a resolution of the Economic and Social Council.

mation on land and people as well as on political structure, in addition to information about the general legal framework to protect human rights. By the Committee’s 45th session in July 1992, some 13 States Parties to the Covenant, including Austria, Belgium and Ecuador, had submitted a “Core Document” in response to the latter guidelines, separate from the regular periodic reports.³⁰ Nonetheless, at the 44th session in April 1992, the Committee considered the core document of Belgium together with its second periodic report.³¹

Subsequently, all core documents have come to be regarded as constituting a part of States Parties’ reports, whether initial or periodic. It must also be pointed out that a core document, by its very nature, can and does form a part of any State Party’s report, whether submitted to the Human Rights Committee or to any other monitoring bodies established under any of the United Nations human rights instruments. In this sense, Core Documents as a tool aid the States Parties to various human rights instruments in focusing their reports on issues peculiar to each relevant instrument. *A fortiori*, it helps States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights in preparing their reports to focus on issues peculiar to the Covenant, thus streamlining the contents of the reports.

C. *From General Comments to Concluding Observations*

During the Cold War period, as explained earlier, the Committee chose to interpret “general comments” referred to in Article 40, paragraph 4, of the Covenant as meaning its general views based on the consideration of the reports. As a result, these comments were perceived as a “commentary” on provisions of a particular Article of the Covenant or on a particular issue related to the Covenant. However, the post-Cold War period witnessed a complete change regarding this practice.

Already in the Cold War period, the Committee had developed a practice under which individual Committee members were given an opportunity to express their own views about the report of a particular State Party at the end of consideration of that State Party’s report. These views reflected an evaluation of the report by each member, and thus naturally the content was often more contradictory than in harmony. In consequence, the State Party had difficulty in assessing between the appreciation of the Committee as a whole and identifying where and how to improve its implementation of Covenant obligations.

30 Report of HRC (A/47/40), pp. 191-192.

31 *Ibid.*

At the 44th session in March 1992, the Committee discussed a report prepared by the pre-sessional working group to modify its method of work under Article 40 and thereafter decided to adopt “Concluding Observations” of the Committee as a whole after the consideration of each State Party’s report.³² The decision made clear that Concluding Observations would reflect the views of the Committee as a whole adding to, albeit not replacing, comments by each Committee member. It was further decided that a rapporteur would be selected to draft Concluding Observations for each State Party’s report in consultation with other members; that the Concluding Observations would cover positive developments as well as factors and difficulties, and include specific issues of concern with appropriate recommendations; and that, after adoption by the Committee, Concluding Observations would be dispatched to the State Party concerned before being publicized.³³

Since its inception in March 1992, the procedure for drafting and adopting Concluding Observations has evolved step by step.

For a while individual Committee members continued to express their own views at the closure of consideration of a State Party’s report. Eventually the practice was replaced by an oral summing-up of their views by the Chairperson. The procedure of adopting and drafting Concluding Observations that erstwhile used to be open to the public, inviting interventions by governments and non-governmental organizations in one form or another was opted out in favor of closed meetings. Furthermore, from the outset, Concluding Observations were adopted in a written form, distinguishing them from the earlier practice of oral presentation of views by the Committee members. These reports were then reduced to summaries of exchanges between Committee members and States Parties delegations and then mentioned in the Committee’s Annual Reports to the United Nations General Assembly. However, in April 1994, at the 50th session, the Committee decided to abolish this practice and to report only Concluding Observations for each State Party in their Annual Report.³⁴ All these evolutions aimed at enhancing the effectiveness of the Committee’s consideration procedure, and to mark a clear shift in the Committee’s interpretation of “general comments” from what might be termed as an “Eastern European version” to a “Western European version”. For the purpose of achieving better implementation of the Covenant, the new practice is certainly more effective than the previous one.

32 Official Records of HRC 1991/92, Vol. I, pp. 147-148 & 153-154.

33 Report of HRC (A/47/40), p. 10.

34 Report of HRC (A/49/40). Vol. I, pp. 12-13.

However, a question may be asked whether the new practice is based on a tenable interpretation of the provision of Article 40, paragraph 4, of the Covenant?³⁵ In this regard, while Article 40, paragraph 4, provides for the Committee’s transmittal of its “general comments” to the States Parties, paragraph 5 of the same Article provides for the States Parties’ right to submit their own observations on the Committee’s comments. It is probably natural to perceive this series of exchanges as constituting a “constructive dialogue” between the Committee and individual States Parties³⁶ and to interpret “general comments” as implying the Committee’s appreciation of individual States Parties’ human rights situations. The fact that a number of States Parties have been submitting such observations to the Committee seems to endorse the validity of the interpretation. For another, the provision at issue refers to the Committee’s “reports, and such general comments”, and it is perfectly possible to conclude that Concluding Observations constitute a part of the Committee’s “reports”.

D. *General Comments in the Period*

The Committee has continued to adopt General Comments even after it started to adopt Concluding Observations under Article 40. It might be recalled that General Comments Nos. 1-4 adopted in the early days of the Committee’s activities were more of a “commentary” with respect to Articles 2, 3 and 4 of the Covenant.³⁷ According to the introduction to these General Comments, their purpose was to make the experience gained from the examination of many States Parties’ reports available for the benefit of all States Parties and to suggest improvements in their reporting procedure in order to promote further implementation of the Covenant.³⁸ Nevertheless, these early General Comments merely reiterated or slightly expanded the wording of the relevant Covenant provisions and were not worthy of the term “commentary”. This held more or less true for General Comments Nos. 5-14, which concerned Articles 1, 6, 9, 10, 14, 19 and 20.³⁹

35 See, for example, Y. Osakata, *The Evolution and Significance of Reporting System under the International Covenant on Civil and Political Rights* [*Jiyuken-Kiyaku ni motozuku Hokokuseido no Hatten to sono Konnichiteki Igi*, in Japanese], Vol. 2 (Ningen-Kankyu-Gaku, 2000), pp. 29ff.

36 For the expression “constructive dialogue”, see, for example, Report of HRC (A/36/40), p. 83 para. 371.

37 See pp. 21-22 of this contribution. For General Comments Nos. 1-6, see Report of HRC (A/36/40), p. 107ff.

38 Report of HRC (A/36/40), p. 107.

39 For General Comments Nos. 5-14, see Report of HRC (A/37/40), p. 93ff; Report of HRC (A/38/40), pp. 109-110; Report of HRC (A/39/40), p. 142ff; and Report of HRC (A/40/40), pp. 162-163.

The situation changed, at the 28th session in July 1986, with the adoption of General Comments No. 15 concerning the position of aliens under the Covenant, because these comments served as detailed commentaries on the related Articles of the Covenant.⁴⁰ The ensuing General Comments Nos. 16, 17, 19-22, 25 and 31 concerning Articles 17, 18, 23, 25 (new) as well as 7 and 10 (revised) followed suit.⁴¹ Furthermore, General Comments Nos. 23, 27 and 28 concerning Articles 3, 12 and 27 referred not only to the experience gained from the consideration of States Parties' reports but also to the jurisprudence of the Committee under the Optional Protocol to the Covenant.⁴² In addition, General Comments No. 29 on Article 4 make reference to the practice of other United Nations organs and international humanitarian bodies as well.⁴³ The Committee also adopted General Comments on issues such as non-discrimination (No. 18), reservations (No. 24), the continuity of Covenant obligations (No. 26) and reporting obligations of States Parties (No. 30).⁴⁴ Obviously, the elaboration of the Committee's work on General Comments has been markedly accelerated after the end of the Cold War, and it certainly helps States Parties' understanding of various Covenant provisions so that they can prepare more relevant reports to promote implementation of the Covenant.

E. Evolution of Procedure relating to Lists of Issues

Since the consideration of the second periodic report of Yugoslavia in November 1983, the Committee has been adopting a list of issues to be taken up with delegation of a reporting State Party. However, it used to be the practice of the Committee to adopt the list for a State Party at the beginning of each session and transmit it to the State Party whose report was to be considered during the same session. Very often, this practice did not allow for sufficient time for the State Party to prepare its response, which could have been detrimental for the proper consideration of its report by the Committee.

40 Report of HRC (A/41/40), p. 117ff.

41 For General Comments Nos. 16, 17, 19-22, 25 and 31, see Report of HRC (A/43/40), p. 181ff; Report of HRC (A/44/40), p. 173ff; Report of HRC (A/45/40), Vol. I, p. 175ff; Report of HRC (A/47/40), p. 193ff; Report of HRC (48/40), Part I, p. 208ff; Report of HRC (A/51/40), Vol. I, p. 98ff; and Report of HRC (A/59/40), Vol. I, p. 175ff.

42 For General Comments Nos. 23, 27 and 28, see Report of HRC (A/49/40), Vol. I, p. 107ff; Report of HRC (A/55/40), Vol. II, p. 128ff.

43 For General Comments No. 29, see Report of HRC (A/56/40), Vol. I, p. 202ff.

44 For General Comments Nos. 18, 24, 26 and 30, see Report of HRC (A/45/40), Vol. I, p. 173ff; Report of HRC (A/50/40), Vol. I, p. 129ff; Report of HRC (A/53/40), Vol. I, p. 102; Report of HRC (A/57/40), Vol. I, pp. 165-166.

In order to enhance the effectiveness of the consideration procedure, the Committee decided at the 55th session in March 1999 to adopt a list, one session ahead of the expected consideration of a State Party’s report, thus giving at least a two month time period for that State Party to prepare itself.⁴⁵ As a result, some States Parties have come to submit their replies in a written form to the Committee, further facilitating comprehensive consideration of the reports to help States Parties in implementing their obligations under the Covenant.

F. Procedure to Follow up Concluding Observations

While this contribution does not deal with the issue relating to the views adopted under the Optional Protocol to the Covenant, it is worth mentioning that since 1990, the Committee has been developing the follow-up procedure with respect to States Parties’ responses to issues where the Committee found a violation of Covenant obligations.⁴⁶ Though in a somewhat different context, the Committee recently started on the follow-up procedure concerning Concluding Observations as well.

As indicated earlier, Concluding Observations were to include specific issues of common concern with appropriate recommendations to a State Party, and the Committee would wait until the submission of the next report in order to confirm the steps that the State Party had taken in response to recommendations. However, some recommendations required urgent responses by the State Party and the Committee could not have waited for several years to learn what the State Party had done with them. Therefore, at the 75th session in July 2002, the Committee designated a “Special Rapporteur for Follow-up on Concluding Observations” whose task is to ensure that a State Party send information, within a year, to the Committee about the steps taken in response to specific recommendations of an urgent character.⁴⁷

According to the reports of Special Rapporteur to the Committee, the responses of States Parties under this procedure have generally been very positive. If the follow-up information is satisfactory, the Committee decides to take no further action, but if not, further or supplementary information is

45 Report of HRC (A/55/40), Vol. I, p. 16.

46 Report of HRC (A/45/10), Vol. II, pp. 205-206. See, also, N. Ando, “The Follow-up Procedure of the Human Rights Committee’s Views”, in: N. Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (The Hague, Kluwer Law International, 2002), p. 1437ff.

47 Report of HRC (A/57/40), Vol. I, p. 153.

requested.⁴⁸ Certainly, the follow-up procedure of Concluding Observations adds to the effectiveness of the Committee's consideration procedure.

G. Consideration of Human Rights Situations of Non-Reporting States

A very troublesome problem for the Committee has been a delay in submission of States Parties' reports or, at times, non-submission. Of course, when a State Party is in a civil war or is severely damaged by a natural disaster, the delay may be justifiable. However, when States Parties do not submit their reports without justification, it is in clear violation of their Covenant obligation under Article 40.

To cope with the problem, the Committee has taken a variety of measures, including dispatch of reminders to States Parties, telephone-calls to States Parties' missions, meetings with United Nations delegations of States Parties, and publication of the list of delaying States Parties in its Annual Reports to the General Assembly. In the end, at the 71st session in March 2001, the Committee amended its Rules of Procedure to enable it to consider human rights situations in States Parties, which have long failed to honor their reporting obligations.

In such considerations, the Committee would proceed on the basis of materials available to it, even in the absence of reports. The amendment was duly notified to all States Parties to the Covenant.⁴⁹

The amended Rules of Procedure was first applied, at the 75th session in July 2002, to the Gambia, which failed to respond to the Committee's warning to apply the amendment and whose second periodic report had been overdue for nearly twenty years. After the consideration of human right situations in the State Party, without its report and without the presence of its delegation, the Committee adopted Concluding Observations but cautiously qualified them as "provisional". At the 78th session in July 2003, the Committee discussed the status of the provisional Concluding Observations on the Gambia, and requested that the State Party submit a periodic report by 1 July 2004, addressing the issues specified in the concluding observations. The Committee also informed the State Party that its failure to respond would result in the conversion of provisional Concluding Observations into final and public ones.⁵⁰

48 Report of HRC (A/59/40); Vol. I, p. 126ff; Report of HRC (A/59/40), Vol. I, p. 156ff.

49 Report of HRC (A/58/40), Vol. I, pp. 8-9.

50 *Ibid.*, p. 9. Due to the Gambia's failure to respond, the Concluding Observations were publicized.

Subsequently, the same procedure was applied to Equatorial Guinea at the 79th session in October 2003 and to the Central African Republic at the 81st session in July 2004, respectively. The initial report of the former and the second periodic report of the latter were both nearly fourteen years in arrears. While the consideration of Equatorial Guinea followed exactly the same pattern as that of the Gambia, the Central African Republic sent its delegation to respond orally to the Committee’s list of issues. Moreover, since the delegation promised to submit the overdue report by the end of 2004, the Committee decided to keep its Concluding Observations as provisional.⁵¹

The Committee’s consideration of human rights situations in non-reporting States Parties is another example of its efforts to develop the consideration procedure in order to make it more effective by every possible means.

4 CONCLUSIONS

This contribution purports to follow the development of the Human Rights Committee’s procedure to consider States Parties’ reports on their implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights. In order to clarify the effect of the Cold War, the analysis of the development is divided into two sections; one dealing with the Cold War period (1977-1990), the other with the post-Cold War period (1990-present). The analysis has made it clear that the Committee has been making strenuous efforts to improve the consideration procedure in order to enhance its efficiency and effectiveness, although the efforts had to experience a certain setback due to difference of opinions among the Committee members. Seen as a whole, however, it is certain that the Committee’s efforts have gradually made the procedure more productive to help States Parties in implementing the Covenant obligations. In the hope that the Committee’s efforts will ultimately serve to promote the respect and observance of human rights in the civil and political field, this contribution suggests the following: First, the number of States Parties to the Covenant should further increase to cover all the States in the world, including several populous States in the Asian region; Second, the content of States Parties’ reports should reflect the actual human rights situations in them as objectively as possible; Third, the United Nations should assign a greater percentage of its budget and personnel to deal with human rights issues; Fourth, there should be stricter

51 *Ibid.*

qualifications for membership of the Human Rights Committee in order to improve the efficiency and effectiveness of its work.

One last remark on the issue of submission-delay and non-submission of reports! As the number of United Nations human rights instruments increases, each obligating States Parties to submit reports to be considered by monitoring organs, more and more States Parties are finding difficulties in meeting their obligations. However, the United Nations Secretariat has been offering external service to assist State Parties' preparation of reports. In the end, it is the States Parties themselves that are competent to revise the instruments the way they consider it necessary and desirable.

LA MARCHÉ VERS UNE JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

*Robert Badinter**

Le XX^e siècle, si chargé en crimes contre l'humanité, aura vu l'émergence difficile d'une justice pénale internationale que les juristes appelaient de leurs vœux. Parmi les militants de cette grande cause, le professeur Lucius Caflisch a toujours figuré au premier rang. Unissant le savoir du professeur à l'expérience du diplomate, alliant la finesse du juriste à l'anticipation créatrice du philosophe, Lucius Caflisch a, dans les enceintes internationales comme dans les universités, contribué à la formation du *corpus juris* international qui a permis, malgré les obstacles politiques, de faire progresser de façon substantielle, au cours du XX^e siècle, la cause de la justice pénale internationale. L'entreprise n'est pas achevée, même si la création de la Cour pénale internationale marque un progrès décisif. Beaucoup reste à faire pour qu'il soit mis un terme à l'impunité scandaleuse dont ont bénéficié trop longtemps les responsables des crimes contre l'humanité. Mais, de ce qui a été réalisé, il était naturel que ce recueil de textes en l'honneur de Lucius Caflisch, dresse le bilan.

Pour qu'à l'internationalisation des droits fondamentaux réponde l'internationalisation de la répression, il a fallu « déchirer le voile étatique ». Au concept classique de responsabilité pour fait illicite de l'Etat en droit international public, il était nécessaire non pas de substituer mais d'ajouter le concept de responsabilité individuelle des personnes auteurs des crimes les plus graves, quand bien même elles agiraient au nom et pour le compte de cet Etat.

Longtemps, et même encore aujourd'hui, l'immunité attachée à la qualité de représentant de l'Etat, de même que les règles nationales relatives à

* Sénateur et ancien ministre de la Justice de la République française, président de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE.

la compétence territoriale des tribunaux, se sont opposées à la répression devant les juridictions nationales des infractions les plus graves, y compris lorsque leur incrimination résultait d'un instrument juridique international contraignant. Ainsi, la Cour internationale de Justice a-t-elle déclaré qu'elle n'était « pas parvenue à déduire de [la] pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité »¹. De même en France, la Chambre d'Accusation de la Cour d'Appel de Nîmes avait-elle considéré qu'un juge d'instruction français n'était pas compétent pour engager des poursuites à l'encontre d'un présumé génocidaire rwandais au motif que « la convention du 9 décembre 1948 sur le génocide ne prévoit aucune règle de compétence universelle » et « qu'elle donne compétence aux tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ou à une Cour Criminelle internationale »².

Pour que progresse la justice pénale internationale, il convenait de définir internationalement les infractions que l'on entendait sanctionner (I). Par ailleurs, pour que l'internationalisation des infractions les plus graves ne reste pas lettre morte, il fallait procéder à une institutionnalisation des mécanismes de répression sur le plan international (II).

1 LES PROGRÈS DANS LA DÉFINITION DES INFRACTIONS LES PLUS GRAVES

Puisqu'il n'est point de justice sans droit, et qu'au nom du principe *nullum crimen sine lege* nul ne peut être poursuivi pour un fait qui n'était pas incriminé au moment où il a été commis, il ne pouvait y avoir de justice pénale internationale sans infractions internationales. Comme l'a indiqué à juste titre Luigi Condorelli, pour que le principe *nullum crimen sine lege* soit respecté, peu importe que l'infraction trouve sa source dans une norme interne ou internationale, ce qui compte est uniquement que le comportement soit préalablement défini et incriminé. Selon ses termes, « pour que le principe *nullum crimen* soit scrupuleusement observé, il n'est absolument pas nécessaire que la norme internationale prévoyant et/ou organisant la

1 *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *CIJ Rec. 2002*, par. 58. Nos italiques.

2 Arrêt du 6 mars 1995.

répression du crime définisse jusqu'au dernier détail la *figura criminis* et la peine à appliquer. Il suffit de constater, dans ce but, que l'auteur de l'acte en question était bien soumis, lors du *tempus commissi delicti*, à des normes juridiques claires et accessibles – qu'elles soient internes et/ou internationales – établissant *ante factum* une telle définition »³. D'ailleurs, le reproche fait au Tribunal militaire international de Nuremberg de s'être prononcé sur des crimes qui n'avaient pas été préalablement déterminés, particulièrement s'agissant des crimes contre l'humanité, ne pouvait être retenu. Dès lors que le meurtre et la torture étaient punis dans toutes les législations nationales, y compris dans la législation allemande, le Tribunal a considéré qu'ils appartenaient à la catégorie des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁴, qui constituent une source du droit international au même titre que les traités⁵.

Néanmoins, pour d'évidentes raisons politiques et de sécurité juridique, il apparaissait nécessaire de définir plus clairement dans des instruments juridiques internationaux écrits les infractions les plus graves appelant l'opprobre de l'humanité toute entière. Parmi les deux grands types d'infractions érigées en crimes internationaux, peuvent être distinguées celles commises à l'occasion d'un conflit armé (A) de celles qui ont un caractère autonome (B).

A. *Les infractions commises à l'occasion d'un conflit armé*

Il faut ici distinguer entre la violation des règles qui régissent l'entrée en guerre, le *jus ad bellum*, dont relève le crime d'agression (1), et la violation des règles qui régissent la conduite des hostilités, le *jus in bello*, dont relèvent les crimes de guerre (2).

► *Le crime d'agression*

L'agression est non seulement au cœur des crimes contre la paix tels que définis par le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (TMI) établi par l'Accord de Londres du 8 août 1945, mais elle est aussi à l'origine de tous les autres crimes soumis à la compétence du Tribunal⁶.

3 Chap. 19 de l'ouvrage collectif rédigé sous la direction de H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (éd.), *Droit international pénal* (Paris, Pedone, 2000), p. 246, par. 17.

4 Cf. F. Latty, « La création de la Cour pénale internationale : de Nuremberg à la Haye », *Revue internationale et stratégique*, n° 33, 1999, 88.

5 Art. 38 du Statut de la CIJ.

6 Comme le notait Henri Donnedieu de Vabres, « [l]e crime contre la paix, ou la guerre d'agression, est le grief initial, fondamental, d'où sont issus tous les autres » (« Le procès de

Conformément à l'article 6 a) du Statut, la responsabilité individuelle des dirigeants d'un Etat est pour la première fois reconnue en réponse à la commissions de crimes contre la paix, « c'est à dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités »⁷. Bien que cette disposition mentionne la guerre en violations des traités, le Tribunal n'avait pas estimé nécessaire de traiter la question sous cet angle, axant exclusivement son raisonnement sur les agressions imputables à l'Allemagne⁸.

La guerre d'agression, interdite notamment par le Pacte Briand-Kellog du 27 août 1928 portant renonciation solennelle à la guerre « comme instrument de politique nationale », et qualifiée de « crime international » par la résolution du 24 septembre 1927 de l'Assemblée de la Société des Nations, était jusque là regardée comme un acte par excellence imputable à l'Etat, susceptible de n'engager que sa seule responsabilité. A cet argument soulevé par les défenseurs des criminels nazis jugés à Nuremberg, le TMI avait répondu :

*Il est admis, depuis longtemps, que le droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques [...] Il est surabondamment prouvé que la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites qui commettent des crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international*⁹.

Bien qu'elle ait été regardée comme la « mère » de tous les crimes, tout au moins devant les juridictions *ad hoc* instituées en 1945 et 1946¹⁰, la

Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, 1947-I, 489. Italiques dans l'original.

7 Nos italiques. Cf. aussi l'art. 5 a) de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient approuvée le 19 janvier 1946 par le Commandant suprême des forces alliées en Extrême-Orient.

8 Selon les termes du TMI : « Le Tribunal estime que certains des accusés ont préparé et mené des guerres d'agression contre douze nations et sont donc coupables de ces crimes. Il n'y a pas lieu de traiter en détail la question de la violation des traités ni d'examiner dans quelle mesure ces guerres d'agression furent aussi des 'guerres menées en violation de traités' » (*Jugement rendu par le Tribunal militaire international au cours des audiences tenues les 30 septembre et 1^{er} octobre 1946 dans le procès des grands criminels de guerre* (Paris, Imprimerie des Journaux Officiels, 1946), p. 18).

9 *Jugement rendu par le Tribunal militaire international, ibid.*, pp. 19-20 (Nos italiques)

10 Comme l'avait relevé le Tribunal de Nuremberg : « Déclencher une guerre d'agression n'est donc pas seulement un crime d'ordre international ; c'est le crime international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous » (*Jugement rendu par le Tribunal militaire international, ibid.*, p. 9) (Nos italiques). Sur les 22 accusés devant le Tribunal de Nuremberg, 11 seront condamnés pour crime contre la paix, et, sur les 25 condamnations

définition de l'agression aura également été l'un des principaux obstacles au développement d'une véritable justice pénale internationale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale et constitue encore aujourd'hui le maillon faible de cette justice.

Frein au développement de la justice pénale internationale d'abord, dans la mesure où c'est sur la définition de la notion d'agression que les travaux sur l'adoption d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹¹ et sur l'établissement d'une juridiction criminelle internationale¹² ont le plus échoué. Face aux difficultés rencontrées par la Commission du droit international pour définir l'agression, l'Assemblée générale avait décidé en 1952 d'établir un comité spécial chargé d'adopter une définition « généralement acceptable de l'agression »¹³. Toutefois, les obstacles rencontrés à son tour par ce comité spécial ont conduit l'Assemblée générale à suspendre en 1954 les travaux portant sur l'adoption d'un Code¹⁴ et ceux portant sur l'établissement d'une Cour, eu égard à « la relation qui existe entre la question de la définition de l'agression, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et la question d'une juridiction criminelle internationale »¹⁵. Le comité spécial mettra plus de vingt ans pour aboutir à une définition de l'agression adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale en 1974¹⁶. Ce n'est qu'en 1981 que la Commission du droit international sera à nouveau mandatée pour reprendre ses travaux sur le Code¹⁷ et en 1990, après la fin de la guerre froide, sur l'établissement d'une juridiction. Ces travaux aboutiront à l'adoption en 1998 du Statut de la Cour pénale internationale (C.P.I.) qui comprend à la fois la liste des crimes internationaux et l'institution d'une juridiction criminelle permanente.

L'agression apparaît aussi comme le maillon faible de la justice internationale actuelle, car la définition retenue par l'Assemblée générale en 1974 n'est ni complète, ni contraignante, et surtout n'a pas été reprise dans le

prononcées par le Tribunal de Tokyo, 24 l'ont également été pour crimes contre la paix (cf. M. Dumée, « Le crime d'agression », in : *Droit international pénal, op. cit.* (note 3), chap. 20, p. 254, par. 16).

11 L'Assemblée générale des Nations Unies avait mandaté la CDI d'établir un tel Code dans sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947.

12 Dans sa résolution 489 (V) du 12 décembre 1950, l'Assemblée générale avait chargé un comité composé des représentants de dix-sept Etats membres des Nations Unies « de formuler des propositions concernant la création d'une cour criminelle internationale » (par. 1).

13 Rés. 688 (VII) du 20 décembre 1952.

14 Rés. 897 (IX) du 4 décembre 1954.

15 Rés. 898 (IX) du 14 décembre 1954.

16 Rés. 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974.

17 Rés. 36/106 du 10 décembre 1981.

Statut de la C.P.I.¹⁸. Ainsi, si l'article 5 d) du Statut de la C.P.I. érige bien l'agression en crime international, il conditionne néanmoins la compétence de la Cour relativement à ce crime à l'adoption ultérieure d'une définition de l'agression¹⁹. Jusque donc au moins en 2009²⁰, la Cour ne pourra pas connaître des crimes d'agression, quand bien même le caractère coutumier de la règle faisant de l'agression un crime international ne fait aucun doute au regard du droit international pénal²¹ ; de ce point de vue, il est difficile de parler de progrès.

► *Les crimes de guerre*

La responsabilité individuelle des auteurs de crimes de guerre était reconnue depuis longtemps par les lois nationales et devant les juridictions internes des Etats belligérants, que ces crimes soient commis à l'encontre de l'Etat adverse, ou qu'ils soient commis par les soldats de l'adversaire²². Sur le plan international toutefois, les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, quand bien même elles interdisaient certains comportements à l'occasion des conflits armés, n'incriminaient pas individuellement lesdits comportements. Ainsi que le relevaient Georges et Rosemary Abi-Saab, « jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale, la pénalisation des violations des règles du *ius in bello*, c'est à dire la définition des crimes de guerre et des pénalités qui s'y rattachent, est laissée à l'Etat belligérant lui-même et à son droit interne »²³.

C'est donc l'Accord de Londres qui le premier instituera une responsabilité internationale pénale individuelle des auteurs de crimes de guerre,

18 La définition de l'agression donnée dans la résolution 3314 (XXIX) avait été retenue dans le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture en 1991 par la Commission du Droit international, mais pas dans celui adopté en seconde lecture en 1996, cf. P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*. Nguyen Quoc Dinh, 7^e éd. (Paris, LGDJ, 2002), p. 943, par. 566.

19 Selon les termes du deuxième paragraphe de l'article 5 : « La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies ».

20 Les articles 121 et 123 prévoyant que les amendements ou révisions du Statut ne pourront intervenir que sept ans après l'entrée en vigueur du Statut, soit le 1^{er} juillet 2002.

21 Dès 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies avait ainsi confirmé « *les principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg, et par l'arrêt de cette Cour* » (rés. 95 (I) du 11 décembre 1946. Nos italiques).

22 Cf. l'historique des crimes de guerre avant la Seconde guerre mondiale établi par G. et R. Abi-Saab, « Les crimes de guerre », in : *Droit international pénal, op. cit.* (note 3), chap. 21, pp. 265-269.

23 *Ibid.*, p. 269, par. 13.

« c'est à dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires »²⁴.

Font partie aujourd'hui des lois et coutumes de guerre les règles découlant de ce qu'il est convenu d'appeler le Droit de La Haye d'une part, qui lui même résulte des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 concernant principalement la conduite des hostilités, et le Droit de Genève d'autres part, qui lui découle de la Convention de Genève de 1929 sur les prisonniers de guerre et des quatre Conventions de Genève de 1949 et qui concerne principalement la protection des non combattants. Pourtant, la distinction entre ces deux Droits s'est estompée avec l'adoption des deux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, « l'essentiel de ce qui restait du Droit de La Haye a[yant] été incorporé et étoffé dans les deux Protocoles additionnels. Cette tendance vers la fusion des deux branches du *jus in bello* peut également être observée dans l'approche des crimes résultant de leur violation »²⁵. La fusion n'est toutefois pas absolue et varie selon les circonstances dans lesquelles le crime est commis.

Ainsi, à Nuremberg, seules les infractions aux lois et coutumes de guerre commises à l'occasion d'un conflit armé à caractère international à l'encontre des individus de la puissance adverse relevaient des crimes de guerre ; et il a donc été longtemps considéré que les crimes de guerre ne pouvaient être commis que durant un conflit armé international²⁶. Un tournant a été amorcé avec la mise en place des deux tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et surtout pour le Rwanda, dans la mesure où, les crimes qui allaient être jugés avaient été commis, pour partie dans le cas yougoslave, et entièrement dans le cas rwandais, à l'occasion d'un conflit armé non international. Or, s'il a été admis que certains crimes de guerre pouvaient être commis aussi bien dans le cadre d'un conflit armé international que non international, ce n'est pas le cas de tous, et notamment des « infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 »²⁷.

24 Art. 6 b) du Statut du TMI. Cf. aussi l'art. 5 b) du TMI de Tokyo.

25 Opinion séparée du juge Abi-Saab relative à l'Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence de la Chambre d'appel du TPIY rendue dans l'affaire *Dusko Tadic* du 2 octobre 1995.

26 Cf. G. et R. Abi-Saab, *op. cit.* (note 22), p. 282, par. 56.

27 Infractions visées à l'article 2 du Statut du TPIY. L'article 3 visait lui les « violations des lois

Le Statut de la C.P.I. n'opère pas non plus de fusion complète entre les crimes de guerre commis à l'occasion d'une guerre civile et d'un conflit international. L'article 8 du Statut distingue les crimes de guerre commis à l'occasion d'un conflit armé international constitués par les « infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 »²⁸ et les « autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux »²⁹ des crimes de guerre commis à l'occasion d'un conflit armé non international constitués par les « violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 »³⁰ et les « autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international »³¹. Or si les listes de crimes se recourent, elles ne se recouvrent pas ; et il est notamment légitime de se demander pourquoi par exemple le fait d'utiliser du poison ou des armes empoisonnées, des balles qui se dilatent ou s'aplatissent dans le corps humain, ou encore d'affamer délibérément les civils relèvent de la compétence de la Cour lorsqu'ils sont commis dans le cadre d'un conflit international³² et non pas dans le cadre d'une guerre civile.

Une faille du Statut de la C.P.I. aurait pu également être évitée si l'on n'avait pas accepté la clause de sauvegarde de l'article 124 qui permet aux Membres d'écarter la compétence de la Cour pour les crimes de guerre pendant une période de sept ans. Toutefois, sur les 100 Etats parties au Statut, seuls deux ont recouru à cette clause : la Colombie et ... la France.

B. *Les infractions indépendantes de tout conflit*

Les infractions dont il question ici sont celles qui, quand bien même elles n'interviendraient pas dans un conflit armé, qu'il soit interne ou international, heurtent à ce point la conscience universelle que le voile étatique ne saurait faire obstacle à la responsabilité individuelle de ceux qui les commettent. Il s'agit des crimes contre l'humanité qui ont progressivement

et coutumes de guerre ». La Chambre d'appel dans l'affaire *Dusko Tadic* (arrêt précité note 25) a ainsi jugé que « [l']article 3 doit être considéré comme couvrant toutes les violations du droit international humanitaire autres que les 'infractions graves' aux quatre Conventions de Genève relevant de l'article 2 » (par. 87, souligné dans l'original), « qu'elles aient été commises dans un conflit armé interne ou international » (par. 137), alors que « l'article 2 du Statut ne s'applique qu'aux crimes commis dans le contexte de conflits armés internationaux » (par. 84).

28 Art. 8 a) du Statut, suit la liste des comportements incriminés (i à viii).

29 Art. 8 b) du Statut, suivi de la liste des actes concernés (i à xxvi).

30 Art. 8 c) du Statut, suivi d'une liste des actes incriminés (i à iv).

31 Art. 8 e) du Statut, suivi des crimes visés (i à xii).

32 V. l'art. 8 b) xvii, xix et xxv du Statut.

acquis leur autonomie (1) et du crime de génocide qui lui est la résultante d'une construction conventionnelle *sui generis* (2).

► *Les crimes contre l'humanité*

Même si l'expression « crimes contre l'humanité et la civilisation » avait déjà été employée par la France, la Russie et l'Angleterre le 18 mai 1915 pour qualifier le génocide arménien par les Turcs³³, sa positivité au regard du droit international public n'était pas reconnue avant 1945. Son introduction dans la catégorie des crimes relevant de la compétence du Tribunal de Nuremberg visait à pallier le vide juridique concernant des actes qui, sans relever des crimes de guerre, ne pouvaient être considérés comme de simples crimes de droit commun. Ainsi, conformément à l'article 6 c) du Statut du Tribunal, les crimes contre l'humanité résidaient dans « l'assassinat, l'extermination, la réduction à l'esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »³⁴.

Bien que l'introduction de la notion de crimes contre l'humanité répondait à la volonté de ne pas laisser impunis les crimes commis contre les Juifs et les Tziganes avant et pendant la guerre, dès lors qu'ils ne pouvaient être regardés comme des crimes de guerre, l'exigence de connexité figurant dans le Statut avec les crimes contre la paix et les crimes de guerre priva le Tribunal de la possibilité d'en faire une incrimination autonome. Ainsi, selon les termes du TMI :

Il est hors de doute que, dès avant la guerre, les adversaires politiques du nazisme subirent l'assassinat ou l'internement dans des camps de concentration [...] Mais pour constituer des crimes contre l'humanité, il faut que les actes de cette nature, perpétrés avant la guerre, fussent l'exécution d'un complot ou plan concerté, en vue de déclencher et de conduire une guerre d'agression. Il faut, tout au moins, qu'ils soient en rapport avec celui-ci. Or le tribunal n'estime pas que la preuve de cette relation ait été faite – si révoltants et atroces que fussent parfois les actes dont il s'agit. Il ne peut donc déclarer d'une manière générale

33 Cf. M. Bettati, « Le crime contre l'humanité », in : *Droit international pénal, op. cit.* (note 3), chap. 22, p. 293, par. 1.

34 Cf. aussi l'art. 5 c) du Statut du TMI de Tokyo.

que ces faits, imputés au nazisme, et antérieurs au 1^{er} septembre 1939, constituent, au sens du statut, des crimes contre l'humanité. En revanche, depuis le déclenchement des hostilités, on a vu se commettre, sur une vaste échelle, des actes présentant le double caractère de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. D'autres actes, également postérieurs au début de la guerre et visés par l'acte d'accusation, ne sont pas, à proprement parler, des crimes de guerre. Mais le fait qu'ils furent perpétrés en suite d'une guerre d'agression ou en rapport avec celle-ci permet de voir en eux des crimes contre l'humanité»³⁵.

Cet élément de connexité entre les crimes contre l'humanité et l'existence d'un conflit, qu'il soit interne ou international a aujourd'hui disparu. Le Statut du T.P.I.Y. qui conditionnait la compétence du Tribunal relativement aux crimes contre l'humanité à l'existence d'un conflit constitue un avatar de l'ancien droit qui déroge au droit positif puisque, comme la Chambre d'appel l'a indiqué dans l'affaire *Tadic* : « *Le droit international coutumier n'exige plus de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé* »³⁶. Le Statut de la C.P.I. officialise définitivement la rupture entre crimes contre l'humanité et conflit armé, dès lors qu'il vise le meurtre, la torture, le viol, l'apartheid, etc . . . « *commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, et en connaissance de cette attaque* »³⁷.

S'agissant des crimes contre l'humanité le progrès est donc certain, puisque, d'une institution connexe et limitée, ils sont devenus autonomes et intemporels³⁸.

35 *Jugement rendu par le Tribunal militaire international, op. cit.* (note 8), p. 29. Selon Henry Donnedieu de Vabres, « la catégorie des crimes contre l'humanité, que le statut avait fait entrer par une très petite porte, s'est, du fait du jugement, volatilisée » (« Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *op. cit.* (note 6), p. 527). Toutefois, selon les termes d'Elizabeth Zoller, « ce n'est pas le jugement, mais le statut qu'il faut incriminer. C'est le statut qui interdisait au Tribunal d'ériger les crimes contre l'humanité en notion juridique autonome ; il n'y avait pas de 'petite porte' pour eux, tout au plus un vasis-tas qu'on ne pouvait ouvrir qu'avec soit la manette des crimes contre la paix, soit celle des crimes de guerre » (« La définition des crimes contre l'humanité », *JDI*, 1993, 555).

36 Arrêt déjà cité *supra* (note 25), par. 78. Nos italiques. Plus loin, la Chambre ajoute qu'en « exigeant que les crimes contre l'humanité soient commis dans un conflit armé interne ou international, le Conseil de sécurité a peut-être défini le crime à l'article 5 de façon plus étroite que nécessaire aux termes du droit international coutumier » (par. 141).

37 Art. 7, par. 1, du Statut.

38 Cf. la Convention précitée sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

► *Le génocide*

Qualifié de « crime des crimes » par la Chambre de première instance du T.P.I.R. dans l'affaire *Jean-Paul Akayesu*³⁹, le génocide est condamné en tant que tel, c'est-à-dire en tant qu'infraction autonome des autres crimes, depuis 1948 et l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide le 9 décembre 1948, entrée en vigueur le 12 janvier 1951. Conformément à l'article II de la Convention :

Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- (a) Meurtre de membres du groupe ;
- (b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- (c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- (d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- (e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

La définition du génocide n'a pas évolué depuis lors puisqu'elle a été reprise telle quelle dans les statuts des deux tribunaux *ad hoc*⁴⁰ ainsi qu'à l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale. Comme les crimes contre l'humanité, le génocide est répréhensible quelles que soient les circonstances dans lesquelles il a été commis, peu importe que ce soit à l'occasion d'un conflit ou de simples troubles internes. En revanche, le crime de génocide, contrairement aux crimes contre l'humanité⁴¹, requiert un élément intentionnel discriminatoire dès lors qu'il ne sera qualifié de tel que si les victimes sont visées en raison leur appartenance à l'un des quatre groupes définies par la Convention de 1948 et repris par la Statut de Rome de 1998. Ainsi, selon les termes de la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans l'affaire *Jelusic* : « *L'intention spécifique exige que l'auteur du crime, en commettant l'un des actes prohibés énumérés à l'article 4 du Statut,*

39 Sentence du 2 octobre 1998, ICTR-96-4-T.

40 Cf. l'art. 4 du Statut du TPIY et l'art. 2 du Statut du TPIR.

41 Pour qu'il y ait crime contre l'humanité, la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* a en effet considéré que l'intention discriminatoire n'avait pas à être démontrée dans tous les cas mais uniquement dans ceux où cette intention est spécifiquement requise, comme c'était le cas pour le crime de persécution visé à l'article 5 h) du Statut du TPIY (arrêt du 15 juillet 1999, par. 305). Au nombre des crimes contre l'humanité qui exigent l'établissement d'une intention discriminatoire, l'article 7 j) du Statut de la CPI a ajouté l'*apartheid*.

souhaite détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »⁴².

Ici, le progrès réalisé depuis 1945 ne réside pas dans une évolution de la définition du crime de génocide, mais au contraire dans sa permanence qui fait de lui le crime par excellence, dont la positivité en droit international pénal est incontestable.

Une fois les crimes définis et reconnus comme tels par la communauté internationale, demeurait à organiser la poursuite, le jugement et la condamnation de leurs auteurs.

2 LES PROGRÈS DANS LA RÉPRESSION DES INFRACTIONS

C'est dans l'institutionnalisation et la juridictionnalisation de la répression des crimes les plus graves du droit des gens que les progrès opérés dans la seconde moitié du XX^e siècle sont les plus remarquables. En effet, parallèlement à la définition internationale des infractions, l'idée s'est progressivement imposée, non sans difficultés et à-coups, qu'il fallait qu'une justice qui fût elle-même internationale, et permanente, se mette en place.

Cette institutionnalisation d'une répression non plus exclusivement nationale mais également internationale répond à une double exigence : symbolique d'abord, en montrant que certains crimes atteignent les valeurs essentielles des Etats qui proclament leur attachement aux droits de l'homme et appellent leur condamnation par la communauté internationale, par delà les limites inhérentes au principe de la souveraineté étatique ; d'efficacité ensuite, en palliant à l'inaction des tribunaux internes lorsque les auteurs des crimes les plus graves sont dans le même temps les dirigeants des pays dans lesquels ces crimes sont commis.

Cette révolution ne s'est pas faite aisément, ni hélas *in abstracto*, mais en réaction aux pires atrocités ; la permanence de la Cour pénale internationale (B) répond finalement à la précarité des tribunaux *ad hoc* (A).

A. *Des tribunaux ad hoc* . . .

Bien qu'*ad hoc* (1), les différents tribunaux institués avant 1998 n'en possédaient pas moins des caractéristiques communes (2).

42 Arrêt du 5 juillet 2001, IT-95-10, par. 46. Nos italiques.

► *La spécificité des tribunaux*

Les tribunaux institués avant l'adoption du Statut de la C.P.I. étaient tous qualifiés de tribunaux *ad hoc* en ce sens qu'ils avaient été mis en place pour juger des crimes internationaux commis à l'occasion d'un conflit particulier, de caractère interne ou international ; aucun n'avait vocation à exercer de manière générale sa compétence à l'égard de tout crime, commis en tout lieu et en tout temps par tout individu.

Le caractère *ad hoc* des tribunaux découlait en tout premier lieu de leur mode de création : par voie conventionnelle entre un nombre limité d'Etats protagonistes au conflit s'agissant du tribunal prévu pour juger Guillaume II⁴³ et du Tribunal militaire international de Nuremberg⁴⁴ ; par décision unilatérale du vainqueur dans le cas du Tribunal militaire international de Tokyo⁴⁵ ; et par décision du Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre du Chapitre VII de la Charte pour le T.P.I.Y.⁴⁶ et le T.P.I.R.⁴⁷. Mais surtout, ces tribunaux étaient *ad hoc* du fait de la limitation de leur compétence, que ce soit *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, ou encore *ratione loci*.

Limitation de compétence *ratione materiae* d'abord. Le Tribunal spécial prévu par le Traité de Versailles n'était ainsi compétent que pour juger l'« offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ». Les deux tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et Tokyo étaient pour leur part compétents pour juger les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, tandis que l'agression ne figure pas dans les Statuts du T.P.I.Y. et du T.P.I.R.⁴⁸, compétents tous deux pour connaître des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du crime de génocide.

43 Art. 227 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 entre les puissances alliées et l'Allemagne. Ce tribunal ne verra jamais le jour, Guillaume II réfugié aux Pays-Bas n'ayant pas été extradé. Il n'y eut toutefois jamais de refus formel d'extradition dès lors qu'il n'y eut en réalité aucune demande formelle des alliés en ce sens (cf. C. Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », in : *Droit international pénal, op. cit.* (note 3), chap. 54, p. 637, par. 9).

44 Accord de Londres du 8 août 1945 entre les Etats-Unis, l'U.R.S.S., le Royaume-Uni et la France.

45 Charte du Tribunal approuvée par le Commandant suprême des forces alliées en Extrême-Orient le 19 janvier 1946. La mise en place du Tribunal se fonde néanmoins sur une recommandation de la Commission des crimes des Nations Unies et sur l'accord de la conférence de Moscou des ministres des Affaires étrangères des quatre grands, Chine, Etats-Unis, Union soviétique et Angleterre (cf. J.-P. Bazelaire, Th. Cretin, *La justice pénale internationale* (Paris, PUF, 2000), p. 28).

46 La décision de mettre en place un tribunal résultant de la résolution 808 du 22 février 1993, le Statut du tribunal étant pour sa part fixé par la résolution 827 du 25 mai 1993.

47 Rés. 955 du 8 novembre 1994.

48 Pour le TPIR c'est tout à fait normal dès lors que ce n'était pas un conflit armé international.

Limitation *ratione personae* ensuite. Le Tribunal spécial de 1919 n'était envisagé que pour juger Guillaume II, les autres criminels étant renvoyés aux juridictions nationales. Le Tribunal de Nuremberg n'était pas chargé de juger tous les criminels de guerre, mais uniquement « les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe »⁴⁹ ainsi que les organisations criminelles nazies⁵⁰. Les tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ne sont quant à eux pas compétents pour juger des organisations criminelles mais en revanche ils le sont pour juger toutes les « personnes physiques », quelles que soient leur nationalité⁵¹. S'agissant du T.P.I.R. néanmoins, le Statut conditionne la compétence du Tribunal pour les crimes commis hors du Rwanda à ce qu'ils soient le fait de « citoyens rwandais »⁵².

Ratione temporis, la compétence du TMI n'était pas déterminée par le Statut mais le Tribunal avait considéré qu'elle était limitée aux événements qui s'étaient produits après le 1^{er} septembre 1939⁵³. Le Statut du T.P.I.R. prévoit pour sa part que le Tribunal est compétent pour juger des crimes commis entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994⁵⁴, alors que le Statut du T.P.I.Y. détermine une date de départ, le 1^{er} janvier 1991, mais ne fixe aucune limite dans le temps à la compétence du Tribunal ; c'est la raison pour laquelle il peut aujourd'hui connaître des crimes commis au Kosovo en 1999 alors même qu'ils ne sont pas directement liés au conflit qui avait été à l'origine de la mise en place de cette juridiction⁵⁵.

Limitation *ratione loci* enfin. La limitation ne vise alors pas nécessairement un territoire expressément défini, mais plutôt un ensemble de territoire qui se déduit du lieu où les crimes ont été commis. Les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo étaient ainsi compétents pour connaître des crimes commis sur le territoire des Etats agresseurs ou sur les territoires occupés par eux, que ces actes « aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés »⁵⁶. En revanche, la compétence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie est expressément limitée « au territoire de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie, y compris son espace terrestre,

49 Art. premier du Statut. 24 personnes seront poursuivies, 12 condamnées à mort, 9 à l'emprisonnement et 3 acquittées (J.-P. Bazelaire, Th. Cretin, *La justice pénale internationale, op. cit.* (note 45), p. 24).

50 Art. 9 du Statut.

51 Art. 6 du Statut du TPIY et 5 du TPIR.

52 Art. premier.

53 V. *supra*, par. 1, B, 1.

54 Art. premier.

55 Cf. H. Ascensio, « Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda », in : *Droit international pénal, op. cit.* (note 3), chap. 58, pp. 719-720, par. 15.

56 Cf. les art. 6 du Statut du TMI de Nuremberg et 5 du TMI de Tokyo.

son espace aérien et ses eaux territoriales »⁵⁷ tout comme celle du Tribunal pour le Rwanda « s'étend au territoire du Rwanda, y compris son espace terrestre et son espace aérien, et au territoire d'Etats voisins en cas de violations graves du droit international humanitaire commises par des citoyens rwandais »⁵⁸.

Ces restrictions à la compétence des tribunaux *ad hoc* avaient pour effet de limiter leur universalité mais non leur efficacité. Bien au contraire, l'institution de ces juridictions spécialisées bénéficiant de l'appui unanime de la communauté internationale a entamé l'impunité qui faisait jusque là figure de règle.

► *Les caractéristiques communes des tribunaux*

La première des caractéristiques communes aux quatre tribunaux *ad hoc* mis en place après 1945 est qu'ils étaient également des tribunaux *post hoc*, c'est-à-dire institués après – ou pendant s'agissant du T.P.I.Y. – que les crimes relevant de leur compétence aient été commis. Ni les alliés en 1945 et 1946, ni le Conseil de sécurité en 1993 et 1994, n'ont jamais considéré que la mise en place *a posteriori* d'un tribunal n'était contraire à un quelconque principe de non-rétroactivité de la justice pénale internationale, contrairement à la solution retenue finalement par les négociateurs du Statut de la C.P.I.⁵⁹.

Un autre point commun aux juridictions *ad hoc*, et plus particulièrement aux tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, est qu'elles s'intègrent dans le cadre plus général du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. La justice internationale fait ici partie intégrante du processus de rétablissement de la paix. Ainsi, dans sa résolution 808 du 22 février 1993, le Conseil de sécurité estimait-il que les auteurs d'atrocités devaient voir engager leur responsabilité pénale individuelle et se déclarait « convaincu que, dans les circonstances qui prévalent dans l'ex-Yougoslavie, la création d'un tribunal international permettrait d'atteindre cet objectif et contribuerait à la restauration et au maintien de la paix »⁶⁰. Sans être une

57 Art. 8 du Statut.

58 Art. 7 du Statut.

59 V. *infra*, B, 2.

60 Nos italiques. De même, dans sa résolution 955 du 8 novembre 1994 instituant le TPIR, le Conseil de sécurité se déclarait « convaincu que, dans les circonstances particulières qui règnent au Rwanda, des poursuites contre les personnes présumées coupables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire permettraient d'atteindre cet objectif et contribueraient au processus de réconciliation nationale ainsi qu'au rétablissement et au maintien de la paix ».

fin en soi, la poursuite et le jugement des auteurs des crimes internationaux les plus graves par une justice internationale est ainsi consacrée comme un élément fondamental du maintien de la paix et de la sécurité internationales qui ne sauraient se satisfaire de l'impunité des criminels, fussent-ils des gouvernants.

C'est d'ailleurs sur ce dernier point que l'expérience des tribunaux *ad hoc* est la plus remarquable et peut-être la plus significative des progrès de la justice pénale internationale. En effet, il est formellement établi devant chacun des quatre tribunaux institués que la qualité de dirigeant étatique officiel ne peut être invoquée pour échapper à la justice internationale ; aucune immunité ne saurait profiter aux auteurs de tels crimes, quel que soit leur statut au regard du droit international. Conformément à l'article 7 du Statut du TMI de Nuremberg qui est sans équivoque : « *La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de peine* »⁶¹. Cette formule a été reprise quasiment à l'identique dans les statuts des deux tribunaux *ad hoc* pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie⁶², ce dernier étant le premier à juger en la personne de Milosevic un chef d'Etat.

De même, l'existence d'un lien hiérarchique de subordination ne saurait constituer un clause exonératoire de responsabilité lorsqu'il s'agit de crimes qui heurtent l'humanité dans son ensemble, tout au plus cela peut-il constituer un motif de diminution de peine⁶³.

B. . . . A une Cour pénale internationale permanente

L'idée d'instaurer une juridiction criminelle internationale avait été avancée en 1872 par Gustave Moynier auprès du Comité international de secours aux blessés militaires pour juger les auteurs d'infractions aux Conventions de Genève de 1864, et repoussée par l'Institut du droit international parce que trop prématurée. Une Convention de la Société des Nations de 1937 sur le terrorisme prévoyait également l'institution d'une juridiction pour juger les terroristes, sans plus de succès⁶⁴. De même, l'article VI de la Convention

61 Nos italiennes. Cf. aussi l'art. 6 du Statut du TMI de Tokyo.

62 Art. 7, par. 2, du Statut du TPIY et 6, par. 2, du TPIR.

63 V. les art. 8 du Statut du TMI de Nuremberg ; 6 de Tokyo ; 7, par. 4, du TPIY et 6, par. 4, du TPIR.

64 F. Latty, « La création de la Cour pénale internationale : de Nuremberg à la Haye », *Revue internationale et stratégique*, n° 33, 1999, 87.

pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 envisageait-il de faire juger les auteurs de génocides « devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ». Toutefois, et sans qu'il soit nécessaire de revenir sur tout le processus, ce n'est qu'au bout de quarante ans d'efforts, entamés en 1947 à l'initiative de l'Assemblée générale des Nations Unies, et appuyés par les O.N.G., qu'une véritable cour criminelle internationale permanente verra le jour à Rome en 1998 ; encore a-t-il fallu attendre quatre ans avant que le soixantième instrument de ratification ne soit déposé pour que cette nouvelle Cour pénale internationale soit effectivement mise en place le 1^{er} juillet 2002.

Néanmoins, la vocation universelle de la Cour (1) n'aura raison des limites juridiques inhérentes à son Statut (2) que lorsque l'ensemble des Etats, ou tout au moins une écrasante majorité d'entre eux, auront accepté d'y adhérer, ce qui est loin d'être le cas⁶⁵.

► *La vocation générale et universelle de la Cour*

Le Statut de Rome de 1998 met en place une organisation internationale dotée de la personnalité juridique⁶⁶, la Cour pénale internationale. Là où les tribunaux *ad hoc* s'inscrivaient dans le cadre plus large du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, l'institution de la C.P.I. fait de la justice pénale internationale un objectif en soi, une exigence à part entière.

Ce « pas de géant », selon les termes de Kofi Annan, dans la marche vers l'instauration d'une véritable justice pénale internationale marque l'attachement de la communauté internationale à un ensemble de valeurs qui transcendent les souverainetés étatiques et la volonté de mettre un terme à l'arbitraire dans le traitement des crimes selon le lieu où ils ont été commis et selon leurs auteurs – pourquoi un tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et Milosevic et pas pour le Chili et Pinochet ? La création de la Cour « est l'une des manifestations de cette prise de conscience et traduit, à sa manière, le lent progrès de l'humanité vers une solidarité plus réelle et plus affirmée »⁶⁷.

La vocation universelle de la Cour est proclamée dès le Préambule dont le neuvième alinéa dispose que ses auteurs sont « [d]éterminés, à ces fins et

65 A ce jour, 100 Etats sont parties au Statut de la Cour et 139 sont signataires.

66 Art. 4 du Statut.

67 A. Pellet, « Pour la Cour pénale internationale quand même ! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 5, 1998, 144.

dans l'intérêt des générations présentes et futures, à créer une cour pénale internationale permanente et indépendante reliée au système des Nations Unies, ayant compétence à l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ».

Sa compétence s'exerce de manière générale à l'égard de tous les crimes mentionnés plus haut, à savoir l'agression, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre⁶⁸. Cette liste peut éventuellement être allongée par amendement conformément aux articles 121 et 123 du Statut, auquel cas la compétence de la C.P.I. sera limitée aux Etats qui ont accepté l'amendement en question.

C'est toutefois dans son mode de fonctionnement, et plus particulièrement dans l'organisation du système des poursuites, que l'universalité de la Cour devrait être garantie, et l'arbitraire lié aux intérêts particuliers des Etats écarté. En effet, si les poursuites peuvent être engagées par le Procureur dans les cas où une situation lui est déférée par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou par un Etat Partie⁶⁹, et que dans ces conditions des considérations d'opportunité politique ne sont pas à écarter, elles peuvent également l'être de la « propre initiative » du Procureur « au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour »⁷⁰.

Dans cette hypothèse, et afin de vérifier s'il est ou non opportun d'ouvrir une enquête, le Procureur peut rechercher des informations auprès de toutes les sources qu'il juge appropriées, Etats, Organisations internationales, O.N.G., etc... Cependant il ne pourra ouvrir une enquête qu'avec l'autorisation de la Chambre préliminaire de la Cour⁷¹. Les considérations liées à l'opportunité des poursuites ne sont néanmoins pas exclues, mais elles sont strictement encadrées, puisque le Procureur ne pourra refuser d'enquêter que « s'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la Justice », et que ses choix en la matière sont soumis au contrôle de la Chambre préliminaire qui peut de sa propre initiative se saisir de la décision du Procureur de ne pas poursuivre⁷².

68 Art. 5 du Statut. Sous réserve pour l'agression et les crimes de guerre de ce qu'il a été dit *supra*, par. I, A, 1 et 2.

69 Art. 13 et 14 du Statut. Ceci constitue une différence importante avec le Procureur du TPIY et du T.P.I.R. qui « agit en toute indépendance. Il ne sollicite ni ne reçoit d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autre source » (art. 18, par. 2, et 15, par. 2, des Statuts respectifs).

70 Art. 15, par. 1, du Statut.

71 Art. 15, par. 3, du Statut. La Chambre préliminaire est composée de un ou trois juges de la Section préliminaire (art. 39, par. 2, a) iii).

72 Art. 53, par. 1, c) et par. 3, b) du Statut.

Par ailleurs, même si l'équivalent de la constitution de partie civile permettant aux victimes d'engager l'action publique n'existe pas formellement devant la Cour, les personnes qui s'estiment victimes d'un crime relevant de sa compétence peuvent adresser des représentations à la Chambre préliminaire pour faire valoir leur point de vue⁷³.

Il est encore trop tôt pour savoir quelle sera la politique du Procureur dans l'exercice de son pouvoir de diligenter des enquêtes *proprio motu* en dehors de toute saisine par un Etat ou le Conseil de sécurité. Les deux enquêtes ouvertes concernant les crimes commis en République démocratique du Congo (R.D.C.) et en Ouganda l'ont été à la suite d'une demande des Présidents respectifs de ces deux pays⁷⁴. S'agissant du Congo, le Procureur, Luis Moreno Ocampo, avait informé l'Assemblée des Etats Parties en septembre 2003 qu'il était prêt à ouvrir une enquête de sa propre initiative, au vue des informations qui lui avaient été transmises, mais que la tâche lui serait faciliter si la R.D.C. elle-même lui déférait la situation.

Si cet épisode traduit le souhait légitime du Procureur d'obtenir une coopération la meilleure possible de la part de l'Etat sur le territoire duquel il devrait être amené à enquêter, il est en revanche souhaitable qu'il ne reflète pas une doctrine qui consisterait pour le Procureur à ne se saisir que des situations dans lesquelles un soutien lui est *a priori* accordé, sinon à restituer *de facto* aux Etats ce à quoi ils ont renoncé *de jure*, à savoir le soin de déterminer discrétionnairement les actes susceptibles de faire l'objet d'une condamnation par la justice pénale internationale.

Ainsi dans un premier temps, la crédibilité, et donc l'avenir de la Cour, reposera nécessairement sur les épaules du Procureur qui, tel Atlas, portera à lui seul le lourd fardeau de parler et de requérir au nom de la communauté internationale.

► *Les limites à la compétence universelle de la Cour*

Si l'institution d'une Cour criminelle internationale permanente résulte d'une vision communautariste de la société internationale, les dispositions du Statut de la C.P.I. révèle les conceptions interétatistes de ses membres⁷⁵.

73 Art. 15, par. 3, du Statut. D'une manière générale, le statut des victimes est mieux pris en compte devant la C.P.I. que devant les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, puisque l'article 75 du Statut de Rome consacre un droit à réparation du préjudice subi et que l'article 79 prévoit la mise en place par l'Assemblée des Etats Parties d'un fond au profit des victimes des crimes relevant de la compétence de la Cour.

74 La décision du Bureau du Procureur d'ouvrir une enquête en R.D.C. a été prise en juin 2004 et en Ouganda en juillet 2004. Le gouvernement de la République centrafricaine a déféré au Procureur la situation de ce pays le 6 janvier 2005. Pour l'instant le Procureur n'a pas décidé l'ouverture d'une enquête.

75 Cf. notamment A. Pellet, « Pour la Cour pénale internationale quand même ! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine », *op. cit.* (note 67), p. 145.

Cela se ressent d'abord évidemment dans son mode de création par un traité international qui, conformément au principe de l'effet relatif des traités, ne lie que les Etats qui acceptent d'y adhérer. Cet obstacle n'en serait cependant pas un – ou tout du moins serait relativisé – si les critères de compétence retenus pour que la Cour exerce sa juridiction n'étaient pas aussi restreints.

Ainsi, la Cour n'est compétente qu'à l'égard des crimes qui ont été commis sur le territoire d'un Etat ayant admis sa juridiction, ou qui ont été commis par une personne ayant la nationalité d'un Etat qui a admis sa juridiction⁷⁶. Or si, comme certains le proposaient, sa compétence avait également été reconnue pour les crimes dont les *victimes* ont la nationalité d'un Etat partie au Statut de la Cour, le verrou de la non adhésion des Etats criminels aurait sauté en grande partie.

La seule hypothèse dans laquelle ce verrou n'est pas opposable est celle où c'est le Conseil de sécurité qui saisit le Procureur ; dans ce cas, peu importe qu'un Etat soit ou non partie au Statut de la Cour, cette dernière pouvant alors être saisie comme le serait un tribunal *ad hoc*⁷⁷.

L'éventualité d'une saisine de la Cour par le Conseil de sécurité était toutefois largement compromise par l'attitude hostile des Etats-Unis à son égard. Ces derniers, non seulement ne reconnaissent pas la juridiction de la Cour, mais mènent une politique active vis-à-vis des Etats tiers pour qu'ils n'adhèrent pas eux-mêmes à la Cour et concluent avec eux des accords par lesquels ils s'engagent à ne pas lui livrer les militaires américains⁷⁸. Ils ont défendu, heureusement en vain, le renouvellement pour la troisième fois consécutive des résolutions 1422 du 12 juillet 2002 et 1487 du 12 juin 2003 du Conseil de sécurité qui en application de l'article 16 du Statut de la C.P.I.⁷⁹ interdisaient la poursuite des ressortissants des Etats non parties au Statut participant à des missions de maintien de la paix décidées par le Conseil de sécurité.

Le comportement des Etats-Unis était difficilement soutenable sur le long terme. Comment pouvaient-ils en effet continuer à être les premiers à

76 Art. 12, par. 2, du Statut.

77 Cette constatation résulte d'une lecture conjointe des articles 12, par. 2, et 13 b) du Statut.

78 *Le Monde* 2 faisait état de 80 pays ayant conclu des accords d'immunités bilatéraux avec les Etats-Unis, (n° 32, 25 septembre 2004, p. 24).

79 Au terme duquel : « Aucune enquête ni aucunes poursuites ne peuvent être engagées ni menées en vertu de présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ».

qualifier des actes de génocide comme l'a fait le Secrétaire d'Etat Colin Powell à propos du Darfour tout en considérant qu'« aucune nouvelle action n'est dictée par ce qualificatif »⁸⁰. Renonçant à cette position extrême, ils ne se sont ainsi pas opposés à l'adoption par le Conseil de sécurité le 31 mars 2005 de la résolution 1593 qui déférait la situation au Darfour au Procureur de la C.P.I. De surcroît, contrairement au principe de primauté de juridiction qui prévaut devant les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, principe au nom duquel les juridictions étatiques doivent se dessaisir au profit du tribunal international si la demande leur en ait faite⁸¹, la C.P.I. se fonde elle sur un principe de complémentarité qui privilégie de prime abord les juridictions nationales⁸².

L'article 17 du Statut prévoit en effet qu'une affaire est irrecevable devant la C.P.I. si elle fait déjà l'objet d'une enquête de la part d'un Etat compétent ou si une personne a déjà été jugée pour les mêmes faits. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'Etat exerçant ses compétences n'a pas la volonté, par exemple en poursuivant un individu pour mieux le soustraire à la justice internationale, ou la capacité de mener à bien une enquête, que la C.P.I. pourra elle-même engager des poursuites.

Enfin, le dernier élément qui limite la compétence de la Cour non plus dans l'espace mais dans le temps, et ce quel que soit le nombre d'Etats Parties, est le critère de sa juridiction *ratione temporis* défini à l'article 11 du Statut et selon lequel la « Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence commis après l'entrée en vigueur du présent Statut »⁸³.

Non seulement cette limitation temporelle de la compétence de la Cour est moralement regrettable, mais à l'encontre d'auteurs des crimes les plus atroces, déclarés imprescriptibles, elle ne répond à aucune exigence fondée soit sur le principe *nullum crimen sine lege* soit sur celui de la non-rétroactivité des traités. En effet, les actes qui relèvent de la compétence de la Cour étaient déjà considérés comme des crimes au regard du droit international conventionnel et coutumier d'une part, et, d'autre part, le principe de

80 Déclaration de Colin Powell devant la Commission des affaires étrangères du Sénat le 9 septembre 2004 (*Le Monde*, 11 septembre 2004, p. 6).

81 Art. 9, par. 2, du Statut du TPIY et 8, par. 2, du TPIR.

82 Conformément au dixième alinéa du Préambule, « la Cour pénale internationale dont le présent Statut porte création est complémentaire des juridictions criminelles nationales » (nos italiques).

83 L'article 24, par. 1, ajoute que : « Nul n'est pénalement responsable, en vertu du présent Statut, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du Statut ».

non-rétroactivité des traités tel que codifié par l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'est pas une règle impérative relevant du *jus cogens*, mais uniquement applicable en l'absence d'intention inverse.

La mise en place de la Cour pénale internationale apparaît ainsi non pas comme un aboutissement mais comme une étape nouvelle, assurément essentielle, mais encore insuffisante, vers l'instauration d'une véritable justice pénale internationale, capable à terme non seulement de juger et condamner les auteurs des crimes qui portent atteinte à l'humanité toute entière, mais aussi, et surtout, de les dissuader de passer à l'acte. Une brèche a été ouverte dans le roc de l'impunité. A la justice pénale internationale d'agir.

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE

(Quelques réflexions à propos de l'arrêt Bosphorus)

*Ireneu Cabral Barreto**

I

La Cour réaffirme, depuis toujours, que les parties à la Convention restent en principe soumises aux engagements assumés au moment de la ratification de la Convention et qu'elles ne peuvent pas s'y soustraire même dans le cas où elles concluent des traités internationaux dont l'objet serait de nature à soustraire certaines situations à l'empire de la Convention ; toute personne qui relève de la juridiction de l'Etat partie à la Convention reste protégée contre les actes et omissions imputables aux autorités de cet Etat. De plus, si les autorités d'un Etat approuvent « formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention. Toute autre conclusion serait incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 1 de la Convention »¹.

Si un Etat partie ne peut pas être responsable pour les actes ou omissions d'autres Etats, il reste en principe responsable de la sorte d'une personne qui relève de sa juridiction. L'Etat partie doit veiller à ce que cette personne ne subisse pas des agissements contraires à la Convention de la part d'un Etat tiers ou d'une organisation internationale ; d'après la jurisprudence de la Cour, certaines dispositions de la Convention possèdent ce

* Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

¹ Arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, *Recueil des arrêts et décisions (R)*, 2001-IV, p. 262, §81.

que l'on pourrait appeler un effet indirect, même lorsqu'elles ne sont pas directement applicables. Ainsi, par exemple, un Etat peut violer l'article 3 de la Convention en ordonnant une extradition ou une expulsion vers un pays – qu'il soit ou non partie à la Convention – où l'intéressé court un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants contraires aux dispositions citées de la Convention².

Ce même raisonnement vaut en sens inverse : la responsabilité d'une partie contractante peut être engagée du fait qu'elle prête la main à l'exécution d'un jugement étranger – provenant d'un Etat contractant ou tiers – obtenu dans des conditions qui constituent une violation de l'article 6, que ce soit un jugement en matière civile ou en matière pénale et, dans ce dernier cas, qu'il comporte une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté. Dans l'arrêt *Drozd et Janousek*³, la Cour a décidé que lors de l'exécution d'une peine privative de liberté imposée par une procédure pénale dans un Etat tiers, les Etats contractants doivent se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice.

Il me semble que dans son arrêt *Pellegrini*⁴, la Cour a renforcé cette idée. Il s'agissait de faire exécuter par les tribunaux internes une décision des tribunaux ecclésiastiques qui avaient prononcé la nullité d'un mariage. La Cour a précisé :

(...) le Vatican n'a pas ratifié la Convention et, du reste, la requête est dirigée contre l'Italie : la tâche de la Cour consiste donc non pas à examiner si l'instance devant les juridictions ecclésiastiques était conforme à l'article 6 de la Convention, mais si les juridictions italiennes, avant de donner l'exequatur à ladite déclaration de nullité, ont dûment vérifié que la procédure y relative remplissait les garanties de l'article 6 ; un tel contrôle s'impose, en effet, lorsque la décision dont on demande l'exequatur émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention. Pareil contrôle est d'autant plus nécessaire lorsque l'enjeu de l'exequatur est capital pour les parties.

Dans le cas où ce sont les Etats qui transfèrent des pouvoirs souverains à des organisations internationales, la question de savoir comment les organes de contrôle doivent examiner le droit et les actes juridiques émanant de l'organisation internationale et qui peuvent toucher aux droits et libertés

2 Arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, série A, n° 161, g. 35, §91.

3 Du 26 juin 1992, série A, n° 240, p. 34, §110 ; voir aussi la décision de la Commission du 19 janvier 1994, req. n° 16462/90, *Iribarne Perez c. France*, *Décisions et rapports (DR)* 76, p. 18.

4 Du 20 juillet 2001, *R* 2001-VIII, p. 353.

garantis par la Convention a été au cœur de nombreuses décisions de la Commission et de la Cour.

Le 30 juin 2005, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour) a prononcé son arrêt *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlande* (arrêt *Bosphorus*), qui constitue une étape dans le rapport entre la Cour et le droit communautaire. Dans cet arrêt, la Cour a défini avec force et clarté des principes qui se trouvent dans une ligne de cohérence qui a toujours animé les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention) et qui découlent de son article 1 : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention ».

Les considérations subséquentes seront dédiées à l'analyse de l'interaction entre le droit communautaire et la Convention, à la lumière de l'arrêt *Bosphorus*.

II

Les organes de contrôle de la Convention (la Commission européenne des droits de l'homme (Commission) et la Cour) ont eu, à plusieurs reprises, la possibilité d'examiner la conformité du « droit communautaire » par rapport à la Convention.

Il me semble que, pour l'analyse de cette jurisprudence, il serait judicieux de distinguer parmi les actes qui relèvent du droit communautaire, ceux qui trouvent leur origine et restent dans la sphère juridique interne de l'Union européenne (UE), ceux qui, bien qu'ils émanent d'un organe de l'UE, vont déclencher des effets juridiques dans l'ordre juridique des Etats parties à la Convention et ceux qui trouvent leur fondement dans le droit communautaire mais émanent des organes des Etats membres de l'UE et qui sont aussi parties à la Convention.

Une attention particulière doit être portée aux actes, soit des organes de l'UE, soit des organes des Etats parties, qui ont été examinés par les organes de contrôle du système juridique de l'UE (Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI)).

1. Les actes communautaires qui trouvent leur origine dans des organes de l'UE et restent dans leur sphère juridique ont été l'objet de requêtes adressées aux organes de contrôle de la Convention contre :

- a) l'UE ;
- b) les Etats membres pris collectivement ;
- c) les Etats membres pris individuellement.

1.1. La Commission, dans une première décision sur la question⁵, a examiné une plainte de la Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) contre les Communautés européennes et, subsidiairement, contre la collectivité des Etats membres et contre les Etats membres considérés individuellement.

La requérante alléguait la violation des articles 11, 13 et 14 de la Convention dont elle prétendait avoir été victime à l'occasion de la désignation des organisations de travailleurs comme membres du Comité consultatif visé à l'article 18 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (C.E.C.A.), désignation effectuée par le Conseil des Communautés européennes. Il s'agissait donc d'un acte d'un organe communautaire portant sur la composition d'un autre organe communautaire, acte déployant ses effets dans le cadre interne des Communautés européennes.

La requête a été déclarée irrecevable *ratione personae* pour les raisons suivantes :

- a) les Communautés européennes ne sont pas partie contractante à la Convention ;
- b) les Etats membres des Communautés européennes, en participant aux décisions du Conseil des Communautés européennes, n'exercent pas leur « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention.

Cette décision a été critiquée par une partie significative de la doctrine⁶ – au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, un acte de la Communauté est un acte collectif d'exercice de leur juridiction par les Etats membres⁷ –, mais la Commission n'a pas changé de direction dans des affaires postérieures, comme en témoigne, parmi d'autres, la décision du 5

5 Décision du 10 juillet 1978, req. n° 8030/77, DR 13, p. 231.

6 Pour un résumé de la critique favorable et défavorable, voir S. Muñoz Cordón, *Coexistencia de sistemas de protección de Derechos Humanos en Europa* (Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 1998). Voir encore A. Bultrini, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », 13 *RRTDH*, n° 49 (janvier), 2002, p. 5, maxime p. 13, et L. Besselink, « Entrapped by the maximum standard: On fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union », 35 *CMLR*, 1998, p. 629, maxime, p. 655.

7 M. Melchior, « Intervention sur L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des Droits de l'Homme », in : *Colloque de Louvain* (Bruxelles, Bruylant, 1981), p. 82.

octobre 1987, requête n° 11574/85 (Associazione spirituale per l'unificazione del Mondo cristiano c. Italie), non publiée :

La Commission relève que les Communautés européennes ne sont pas partie contractante à la Convention européenne des droits de l'homme (article 68 de la Convention). Dans cette mesure, l'examen des griefs soulevés par la requérante contre le Parlement européen, institution des Communautés européennes, échappe à la compétence *ratione personae* de la Commission⁸.

1.2. Depuis le 1^{er} novembre 1998, la nouvelle Cour n'a pas encore eu l'opportunité d'examiner cette matière d'une façon satisfaisante.

Dans la requête n° 51717/99, (Société Guérin Automobiles contre les 15 Etats de l'Union européenne), la société en question, qui avait un large contentieux avec la France et les organes de l'UE, se plaignait de ce que, dans le cadre d'un recours en annulation déclaré d'office irrecevable pour avoir été introduit hors délai, la Commission européenne de Bruxelles lui avait envoyé des lettres qui ne comportaient pas les indications relatives aux voies, délais, computation des délais et juridictions de recours. Elle y voyait une violation des articles 6 et 13 de la Convention. Mais la Cour, dans sa décision du 4 juillet 2000, n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur les questions de compétence *ratione personae* et d'applicabilité des articles invoqués de la Convention, dans la mesure où, en tout état de cause, la requête était irrecevable comme étant incompatible *ratione materiae*, vu que les articles 6 et 13 de la Convention ne couvrent pas les garanties d'être informé tant des délais que de la computation des délais et des voies et juridictions de recours disponibles.

La Cour a de nouveau manqué l'opportunité de se pencher à fond sur le problème dans la requête n° 56672/00, Senator lines GmbH contre les quinze membres de l'UE, considérés individuellement⁹.

La requérante, qui avait subi une amende de la Commission européenne pour violation des règles de concurrence établies par le Traité instituant la Communauté européenne, se plaignait du fait qu'un recours de la décision de la Commission n'avait pas un effet suspensif et, par conséquent, du fait que le destinataire risquait d'être écarté du marché avant que sa cause ne

8 Voir encore la décision du 19 janvier 1989, req. n° 13539/88, *Christiane Dufay c. Communautés européennes*, subsidiairement, la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement ; après un certain temps, les décisions de la Commission en la matière ont été prises par des comités – voir la décision d'irrecevabilité du 29 mai 1991, req. n° 15894/89, non publiée.

9 Décision du 10 mars 2004, à paraître dans *R* 2004-IV.

soit examinée par un juge, au mépris de l'article 6 (droit à un procès équitable, à un accès effectif à un recours juridictionnel et à la présomption d'innocence) de la Convention. La société requérante soutenait que la Cour était compétente pour statuer sur la compatibilité des décisions des institutions de la Communauté européenne avec la Convention, et que les Etats défendeurs sont individuellement et collectivement responsables des actes de ces institutions.

La Cour n'a pas rejeté la requête de *plano*. L'affaire a été déférée à la Grande Chambre par une Section. La Grande Chambre a organisé une audience avec la participation de la Commission européenne et a autorisé une série d'ONG à intervenir comme tierces parties ; elle s'attendait à trancher la question de la compétence *ratione personae*. Toutefois, le TPI a procédé à l'annulation de l'amende infligée à la société requérante. Par la suite, la Cour, en considérant que les faits n'ont jamais été de nature à permettre à la société requérante de se dire victime d'une violation de ses droits découlant de la Convention, a rejeté la requête, conformément à l'article 34 et à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention (absence de qualité de victime).

Est-ce que le fait que la Section a communiqué la requête et a par la suite renvoyé l'affaire à la Grande Chambre était un signe que la Cour voulait changer la direction prise à cet égard, notamment par la Commission ? Nonobstant le souci de la Grande Chambre de poursuivre l'examen de l'affaire de façon approfondie, dire ou même prévoir ce que pourra décider la Cour au moment adéquat relève de la spéculation¹⁰.

2. L'arrêt *Matthews*¹¹ constitue un bon exemple de l'application de la Convention à des actes qui émanent de l'UE et qui vont produire des effets juridiques sur des personnes qui relèvent de la juridiction des Etats parties à la Convention.

Dans cet arrêt, la Cour a examiné la situation existant à Gibraltar dans la perspective des élections au Parlement européen. D'abord, et pour la pre-

10 La décision de la Cour du 12 décembre 2001, req. n° 52207/99, *Banković et autres c. les Pays membres de l'OTAN et Parties à la Convention*, R 2001-XII, p. 361, a été également une occasion manquée pour résoudre cette question. La Cour a décidé de rejeter la requête parce qu'elle n'était pas persuadée de l'existence d'un lien juridictionnel entre les personnes ayant été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs (§82), en ajoutant, dans le paragraphe 83 : « Eu égard à sa conclusion ci-dessus, la Cour considère qu'il ne s'impose pas d'examiner les autres observations des parties sur la recevabilité de la requête. Les questions qui s'y trouvaient abordées se rapportaient à la possibilité d'engager la responsabilité solidaire des Etats défendeurs pour un acte accompli par une organisation internationale dont ils sont membres (. . .) ».

11 Du 18 février 1999, R 1999-I, p. 305.

mière fois, la Cour a considéré le Parlement européen comme un « organe législatif » au sens de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention (§ 44). Ensuite, la Cour a étudié la responsabilité du Royaume-Uni au titre de la Convention pour n'avoir pas organisé d'élections au Parlement européen à Gibraltar, malgré le caractère communautaire de celles-ci.

La Cour a réaffirmé, une fois de plus, que les actes de la Communauté européenne ne peuvent être attaqués en tant que tels devant la Cour, car la Communauté n'est pas partie contractante. En outre, la Cour a rappelé que la Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être « reconnus » ; pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres (§ 32).

Se penchant sur le cas d'espèce, la Cour a constaté que

la violation de la Convention résulterait de la combinaison d'une annexe à l'Acte de 1976, auquel le Royaume-Uni a souscrit, avec l'élargissement des compétences du Parlement européen opéré par le Traité de Maastricht. La Décision du Conseil, l'Acte de 1976 (paragraphe 18 ci-dessus) et le Traité de Maastricht ayant modifié le Traité CEE constituent tous des instruments internationaux auxquels le Royaume-Uni a librement souscrit. De fait, l'Acte de 1976 ne peut être attaqué devant la Cour de justice des Communautés européennes, car il ne s'agit pas d'un acte « ordinaire » de la Communauté, mais d'un traité conclu au sein de l'ordre juridique communautaire. Le Traité de Maastricht n'est pas, lui non plus, un acte de la Communauté, mais un traité, par la voie duquel s'est réalisée la révision du Traité CEE. Le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au Traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* au titre de l'article 1 de la Convention et, en particulier, de l'article 3 du Protocole n° 1, des conséquences de ce traité (§ 33).

La situation était complexe : il y avait un transfert de responsabilité mais l'Etat devenait responsable pour les violations commises parce qu'il n'y avait aucune protection au niveau de l'organisation internationale ayant reçu le transfert de responsabilité¹². La violation en cause trouvait son origine dans des instruments internationaux souscrits par le Royaume-Uni ; la CJCE n'avait donc aucun contrôle. S'il n'existait pas une « protection équivalente », au niveau substantiel et procédural¹³, la Cour restait la seule entité capable d'évaluer la situation.

12 La Cour a parlé d'une responsabilité conjointe de toutes les parties au traité de Maastricht mais, à mon avis, ce serait aller trop loin que d'y voir un signe sur l'acceptation de la responsabilité collective des Etats parties à la Convention et membres de l'UE pour d'éventuelles violations de la Convention.

13 Pour la « protection équivalente », voir ci-après.

La Cour a poursuivi son analyse :

(...) il n'est pas contesté que les textes résultant du processus législatif communautaire touchent la population de Gibraltar de la même manière que ceux qui émanent exclusivement de la Chambre de l'assemblée locale. De ce point de vue, il n'y a aucune différence entre la législation européenne et la législation interne, et aucune raison de considérer que le Royaume-Uni n'est pas tenu de « reconnaître » les droits consacrés par l'article 3 du Protocole n° 1 en rapport avec la législation européenne de la même manière que ceux-ci doivent être « reconnus » en rapport avec la législation purement interne.

L'arrêt *Matthews* vient, de ce fait, reprendre les exigences de faire respecter la Convention : en appliquant le droit, soit le droit interne soit le droit international, l'Etat est obligé de ne pas violer la Convention. Et la Cour demeure le gardien des droits et libertés que la Convention accorde aux personnes¹⁴.

3. Dans l'arrêt *Cantoni*¹⁵, la Cour a étudié la responsabilité des Etats parties à la Convention du fait d'actes internes trouvant leur fondement dans le droit communautaire.

Il s'agissait de la transposition en droit interne français d'une directive (la directive CEE 65/65, du 26 janvier 1965 du Conseil des ministres de la Communauté économique européenne) qui définissait le terme « médicament ». La France a introduit dans son code de la santé publique (art. L. 511) une notion de médicament qui reprend, mot pour mot, la notion inscrite dans la directive.

M. Cantoni, gérant d'une grande surface, fit l'objet de poursuites pour exercice illégal de la pharmacie : il avait vendu dans son magasin des produits que les tribunaux internes ont considéré comme des médicaments et, partant, il fut condamné au paiement d'une amende.

M. Cantoni, dans son recours en cassation, critiquait sans succès le fait que, d'après lui, la notion de médicament, telle qu'elle ressortait des textes ayant fondé sa condamnation, ne présentait pas une clarté permettant d'identifier avec précision les actes de nature à engager sa responsabilité pénale. Le

14 L'arrêt *Matthews* a été l'objet de l'intérêt de la doctrine : voir, parmi d'autres, le commentaire de G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, « A propos de l'arrêt *Matthews* c. Royaume-Uni (18 février 1999) », 35 *RTDH*, n° 4 (octobre-décembre), 1999, p. 637, A. Bultrini, *op. cit.* (note 6), p. 20, et S. Sanz Caballero, « El control de los actos comunitarios por el TEDH », 10 *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (juillet-décembre) 2001, p. 473.

15 Du 15 novembre 1996, R 96-V, p. 1616.

requérant alléguait une violation de l'article 7 de la Convention, puisque l'article L. 511 du code de la santé publique se révélait très imprécis et laissait une grande marge d'appréciation aux tribunaux. Cette thèse a été souscrite par la Commission.

La Cour, après avoir rappelé la jurisprudence concernant l'article 7 de la Convention¹⁶, a souligné que « [l]a circonstance, rappelée par le Gouvernement, que l'article L. 511 du code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 (§ 12 ci-dessus) ne le soustrait pas à l'empire de l'article 7 de la Convention » (§ 30).

Ce paragraphe est en soi très significatif : la Cour rejette toutes sortes d'« exceptions communautaires » qui permettraient à un Etat partie le non-respect de la Convention quand le grief trouve son origine dans une obligation dérivée du droit communautaire¹⁷. La Cour a ainsi réaffirmé que tous les actes des autorités des Etats parties sont soumis à l'*imperium* de la Convention et qu'elle est le dernier garant du respect de la Convention. Par la suite, la Cour a examiné le grief du requérant sans se soucier du fait qu'une directive de la CEE pouvait être mise en cause¹⁸, pour arriver à la conclusion que l'article 7 n'avait pas été méconnu parce que la norme de l'article L. 511 du code de la santé publique était prévisible, claire et accessible.

4. La position de la Cour ne serait pas si différente s'il s'agissait non pas d'une directive mais plutôt d'un règlement communautaire¹⁹.

Nonobstant l'applicabilité directe des règlements, une intervention des institutions ou des Etats membres n'est pas exclue même si le pouvoir discrétionnaire s'avère très réduit, voire inexistant.

Quoi qu'il en soit, l'application d'un règlement communautaire par les Etats membres aux cas concrets doit se faire aussi dans le respect des droits

16 L'article 7 dispose : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

17 D. Spielmann, « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », *RTDH*, n° 32 (octobre), 1997, p. 8.

18 Ni du fait que la CJCE a été saisie à plusieurs reprises de questions préjudicielles relatives à l'interprétation de la notion de médicament.

19 A la différence de la directive, le règlement est obligatoire, directement applicable dans tout Etat membre, ce qui signifie qu'il prend effet dans les ordres juridiques internes des Etats membres sans qu'aucune mesure de réception dans le droit national ne soit nécessaire – arrêt *Bosphorus*, §83 ; voir D. Simon, « Le système juridique communautaire », 3^e édition (Paris, PUF, 2001), p. 321.

et garanties inscrits dans la Convention. L'affaire Procola contre le Luxembourg en fournit un bon exemple²⁰.

A la suite de l'introduction, dans les Etats membres de la Communauté européenne, du régime dit des « quotas laitiers » par les règlements CEE 857/84 et 857/84, du 31 mars 1984, le Luxembourg adopta, par un règlement grand-ducal du 3 octobre 1984, les dispositions transposant en droit national ledit régime. Ce régime fut plus tard modifié par un nouveau règlement grand-ducal du 7 juillet 1987, régime auquel une loi a donné un effet rétroactif. Le 21 septembre 1987, le secrétaire d'Etat prit quatre arrêtés ministériels fixant pour chacune des quatre périodes annuelles de campagnes laitières, allant du 2 avril 1984 au 31 mars 1988, les quotas laitiers attribués à la requérante.

Procola (une laiterie constituée sous la forme d'une association agricole) introduisit devant le comité du contentieux du Conseil d'Etat du Luxembourg quatre requêtes visant chacune l'annulation des arrêtés en question. Le Conseil d'Etat rejeta les requêtes. Quatre des cinq membres dudit comité avaient auparavant pris part à la rédaction de l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de règlement et à l'élaboration du projet de loi en cause. Dans la requête n° 14570/89, introduite par Procola et 63 de ses membres, l'association requérante se plaignait de ce qu'une « amende de surproduction » lui aurait été imposée rétroactivement et invoquait à cet égard la violation de l'article 7 § 1 de la Convention.

Dans sa décision sur la recevabilité²¹, la Commission a toutefois précisé que le prélèvement supplémentaire a été institué par des règlements communautaires obligatoires dans le domaine de la politique agricole commune, que les textes qui l'ont appliqué au Luxembourg revêtent un caractère administratif et qu'ils ont pour but d'assurer, dans l'ensemble de la Communauté, la maîtrise de la production laitière ; dans ces conditions, il ne revêtait pas de caractère pénal au sens de l'article 7 § 1 de la Convention.

Sur le grief de la requérante consistant à dire que le prélèvement supplémentaire dont elle était redevable se traduisait par une privation de son droit de propriété sur des biens légitimement acquis, à savoir le lait en vue de sa transformation ainsi que le prix de vente de ce lait, la Commission a relevé qu'il s'agissait d'une mesure prévue par la loi, c'est-à-dire par des dispositions de droit communautaire directement applicables au Grand-duché et par le règlement grand-ducal du 7 juillet 1987, et que le but pour-

20 Voir aussi l'affaire *Van Hurk*, rapport de la Commission du 10 décembre 1992, et arrêt de la Cour du 19 avril 1994, série A, n° 288.

21 Du 1er juillet 1993, DR 75, p. 5.

suivi au niveau communautaire, à savoir la maîtrise de la production laitière, peut être qualifié de cause d'utilité publique dans la mesure où il visait à stabiliser ce marché et qu'il existait un rapport de proportionnalité entre le but tel qu'il est rappelé ci-dessus et les moyens employés.

La Commission a considéré qu'elle était compétente pour étudier la conformité des règlements communautaires avec les dispositions de la Convention et la façon de son application par les autorités internes. Cette compétence des organes de la Convention a été confirmée par la Commission elle-même dans son rapport du 6 juillet 1994 et par la Cour dans son arrêt du 28 septembre 1995²².

Il découle ainsi de leur jurisprudence que les organes de contrôle de la Convention s'estimaient compétents pour étudier la conformité des actes et du droit communautaire (sources secondaires incluses)²³, une fois qu'ils produisent des effets juridiques dans les Etats parties à Convention touchant les droits et libertés y garantis.

5. S'il est vrai que la Cour se considère compétente *ratione materiae* pour examiner les actes qui trouvent leur origine dans le droit communautaire et produisent des effets juridiques sur les personnes et la juridiction des Etats parties à la Convention, il reste à déterminer l'étendue du contrôle. L'intervention des organes de contrôle existant dans l'UE va introduire ici une différenciation qualitative dans l'examen des organes de contrôle de la Convention. L'affaire *M. & Co* en est, à bien des égards, un exemple frappant.

5.1. La Commission, dans cette affaire *M. & Co*, a déclaré la requête irrecevable parce qu'elle était incompatible *ratione materiae*²⁴. Dans le cas d'espèce, il s'agissait de faire exécuter par les tribunaux allemands un arrêt de la CJCE confirmant une décision de la Commission des Communautés européennes qui infligeait une amende à la requérante.

La requérante invoquait les articles 1 et 6 §§ 2 et 3 c) de la Convention ; elle estimait que condamner un employeur ou lui infliger une amende pour une faute commise par un employé constituait une violation du principe « *nulla poena sine culpa* » ; de plus, assumer jusqu'à preuve du

22 Rapport et arrêt publiés dans la série A, n° 326.

23 Pour les sources secondaires, voir D. Simon, *op. cit.* (note 19), p. 334.

24 Décision du 9 février 1990, req. n° 13258/87 (*M. & Co*), *DR*, 64, p. 138. La position de la Commission de déclarer la requête « incompatible *ratione materiae* » a été mal reçue par la doctrine (parmi d'autres, voir F. Tulkens, « L'Union européenne devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », 12 *RUDH*, n° 1-2 (septembre), 2000, p. 50) et n'a pas eu de suivi par la Cour. Même la Commission a revu sa position. Voir ci-après.

contraire qu'une faute a été commise par un ou des employés dans le cadre de son ou leurs activités porterait atteinte à la présomption d'innocence. En outre, la requérante alléguait une violation du principe « in dubio pro reo », en ce que la CJCE n'avait pas tenu compte du fait que le principal témoin, qui avait à l'origine incriminé la requérante, était par la suite revenu sur ses affirmations et avait déclaré sous serment qu'il les avait formulées pour protéger ses intérêts personnels ; enfin, la requérante se plaignait du fait que ses dirigeants n'avaient pas été autorisés à participer à la procédure devant la CJCE, à poser des questions aux témoins et à se défendre personnellement.

La Commission, en examinant la question, a précisé :

La Convention n'interdit pas à un Etat membre de transférer des pouvoirs à des organisations internationales. Néanmoins, la Commission rappelle que « si un Etat assume des obligations contractuelles et conclut par la suite un autre accord international qui ne lui permet plus de s'acquitter des obligations qu'il a assumées par le premier traité, il encourt une responsabilité pour toute atteinte portée de ce fait aux obligations qu'il assumait en vertu du traité antérieur (. . .). La Commission estime qu'un transfert de pouvoirs n'exclut pas nécessairement la responsabilité d'un Etat en vertu de la Convention, lorsqu'il s'agit de l'exercice des pouvoirs transférés. A défaut, les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues sans motif et être ainsi privées de leur caractère contraignant. L'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains (la Convention) appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (. . .). En conséquence, le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n'est pas incompatible avec la Convention, à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente.

Et, par la suite, la Commission a constaté :

(. . .) le système juridique des Communautés européennes non seulement reconnaît les droits fondamentaux mais assure aussi le contrôle de leur respect. Certes, les traités constitutifs des Communautés européennes ne contenaient pas un catalogue de ces droits. Néanmoins, le Parlement, le Conseil et la Commission des Communautés européennes ont souligné, dans une déclaration commune du 5 avril 1977, qu'ils attachaient une importance primordiale au respect des droits fondamentaux, tels qu'ils résultent notamment des constitutions des Etats membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Ils se sont engagés à respecter et à continuer à respecter ces droits dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes (. . .). En outre, la Cour de justice des Communautés européennes a élaboré une jurisprudence selon laquelle elle est appelée à contrôler les actes des Communautés sur le fondement de droits fondamentaux, y compris ceux consacrés dans la Convention européenne des Droits de l'Homme. Conformément à ce raisonnement, la Cour de justice a

souligné, dans la présente affaire, que le droit à un procès équitable était un principe fondamental du droit communautaire. Elle a affirmé que le droit communautaire contenait tous les critères conditionnant non seulement l'examen, mais éventuellement la réparation du grief de la société requérante selon lequel son droit à un procès équitable aurait été violé (...). Elle est néanmoins parvenue à la conclusion que ce grief n'était pas fondé.

La Commission a aussi tenu compte du fait qu'il serait contraire à l'idée même de transfert de pouvoirs à une organisation internationale de tenir les États membres responsables, dans chaque cas particulier, avant de donner l'**exequatur** à un arrêt de la Cour européenne de justice, de l'examen du point de savoir si l'article 6 de la Convention a été respecté dans la procédure en question²⁵.

Pour arriver à cette conclusion²⁶, il se peut que la Commission ait été très sensible à deux éléments : d'abord, au fait que les autorités internes ne disposaient d'aucune marge de manœuvre dans l'exécution de l'arrêt et, en plus, qu'il s'agissait d'un arrêt de la CJCE, organe qui reste toujours très attentif au respect de la Convention²⁷. Toutefois, il était loisible à la Commission de réaffirmer sa compétence pour connaître de la requête et, éventuellement, de la déclarer plutôt mal fondée parce que, malgré tout, il ne devrait pas exister de présomptions irréfragables dans une matière aussi sensible que les droits de l'homme.

5.2. La Commission, si on peut le dire ainsi, est par la suite revenue sur la matière et a « révisé » sa position en réaffirmant sa compétence pour examiner les griefs dans des requêtes où les principes de la « protection équivalente » étaient en cause.

25 La Commission a appliqué l'approche *M. & Co* dans sa décision du 10 janvier 1994, req. n° 21090/02 (*Heinz c. Etats contractants également Parties à la Convention sur le brevet européen*), DR 76-B, p. 125, où elle s'est considérée incompétente *ratione personae* pour connaître de la requête parce qu'elle était « dirigée en substance contre l'Office européen des brevets ».

26 La doctrine parle de l'influence qu'a provoqué sur la Commission l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande, *Solange-II*, du 22 octobre 1986, arrêt où cette cour a décidé de renoncer, au profit de la CJCE, à l'exercice de son contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé. Voir, parmi d'autres, F. Tulkens et J. Callewaert, « La Cour de justice, la Cour européenne des Droits de l'Homme et la protection des droits fondamentaux », in : M. Dony et E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne* (Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002), p. 175.

27 La CJCE a imposé au travers des principes généraux du droit communautaire le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et, depuis 1975 (arrêt *Rutili*, du 28 octobre 1975), la CJCE mentionne expressément la Convention et la jurisprudence de la Cour. Voir les notes 5 à 8 de l'arrêt *Bosphorus* et l'arrêt de la CJCE, n° 105/03, (*Maria Pupino*), du 16 juin 2005.

Dans les affaires *Waite and Kennedy* (requête n° 26083/94) et *Beer et Regan* contre l'Allemagne (requête n° 28934/95), les requérants se plaignent, sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention, de ne pas avoir été entendus par un tribunal sur la question de l'existence d'une relation contractuelle entre eux et l'Agence spatiale européenne (ASE).

Le gouvernement allemand a excipé des principes de la protection équivalente mais la Commission a estimé que les requêtes soulevaient des questions importantes de droit et de fait dont la complexité appelait un examen au fond et, partant, a déclaré les requêtes recevables²⁸. Dans son rapport, la Commission a accueilli les principes de la « protection équivalente », en réaffirmant ce qu'elle avait déjà dit dans *M. & Co* :

(...) les Etats peuvent transférer des compétences à des organisations internationales et leur accorder l'immunité de juridiction, à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente (...). Il s'agit d'une particularité du principe général selon lequel « si un Etat assume des obligations contractuelles et conclut par la suite un autre accord international qui ne lui permet plus de s'acquitter des obligations qu'il a assumées par le premier traité, il encourt une responsabilité pour toute atteinte portée de ce fait aux obligations qu'il assumait en vertu du traité antérieur (...)»²⁹.

La Commission s'est livrée à l'examen du régime juridique de l'ASE, pour arriver à la conclusion que la limitation de la capacité des requérants d'entamer une procédure judiciaire contre l'ASE ne s'analysait pas en un déni injustifié de leur « droit à un tribunal » protégé par l'article 6 § 1. Les affaires furent ensuite portées devant la Cour.

Dans ses arrêts du 18 février 1999, la Cour a eu une approche un peu différente. Elle a d'abord examiné la question du transfert de compétences à une organisation internationale, notamment dans son arrêt *Waite et Kennedy*³⁰ :

(...) lorsque des Etats créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renforcer leur coopération, et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le

28 Décisions du 24 février 1997 ; la décision dans l'affaire *Beer et Regan* est publiée dans *DR* 88-B, p. 130.

29 Rapport du 2 décembre 1997, *R* 99-I, p. 449.

30 *R* 99-I, p. 433.

domaine d'activité concerné. Il y a lieu de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique (voir, comme exemple récent, l'arrêt *Aït-Mouhoub c. France* du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, p. 3227, § 52, citant l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 12-13, § 24).

Ensuite, la Cour a rappelé que

le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises car il commande de par sa nature même une réglementation par l'Etat. Les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir l'arrêt *Osman* précité, p. 3169, § 147, et le rappel des principes pertinents dans l'arrêt *Fayed c. Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, série A n° 294-B, pp. 49-50, § 65 (§ 59).

La Cour, à l'instar de la Commission, observe que l'octroi de privilèges et immunités aux organisations internationales est un moyen indispensable au bon fonctionnement de celles-ci, sans ingérence unilatérale de tel ou tel gouvernement, et donc que la règle de l'immunité de juridiction, que les tribunaux allemands ont appliquée à l'ASE, poursuit un but légitime. La question qui restait à déterminer était celle de savoir si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention. La Cour a conclu :

(...) le critère de proportionnalité ne saurait s'appliquer de façon à contraindre une telle organisation à se défendre devant les tribunaux nationaux au sujet de conditions de travail énoncées par le droit interne du travail. Interpréter l'article 6 § 1 de la Convention et ses garanties d'accès à un tribunal comme exigeant forcément que l'on applique la législation nationale en la matière entraverait, de l'avis de la Cour, le bon fonctionnement des organisations internationales et irait à l'encontre de la tendance actuelle à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale.

(...) Eu égard en particulier aux autres voies de droit qui s'offraient aux requérants, on ne saurait dire que les restrictions de l'accès aux juridictions allemandes pour régler le différend des intéressés avec l'ASE aient porté atteinte à la substance même de leur « droit à un tribunal » ou qu'elles aient été disproportionnées sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention (§§ 72 et 73).

De l'analyse des positions de la Commission et de la Cour, il est difficile de dire qu'il n'y a pas une position commune pour l'examen de la question de la « protection équivalente », même si l'expression « protection équivalente » n'existe plus dans l'arrêt de la Cour. La Commission nous parle d'un « déni » injustifié du droit d'accès à un tribunal ; la Cour, des restrictions de l'accès qui portent atteinte à la substance même du droit.

Au-delà d'essayer de discerner les différences d'approche, il paraît plus important de souligner que tant la Commission que la Cour se sont considérées compétentes pour examiner la question. La Cour a même rappelé qu'il lui appartient de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention.

6. L'arrêt *Bosphorus* a donné à la Cour la possibilité de revenir sur l'ensemble du problème de la « protection équivalente ».

Dans cet arrêt, il s'agissait des règlements communautaires appliqués par un Etat partie à l'UE et à la Convention. L'application de tels règlements à la requérante a été contestée devant les juridictions internes. A un moment donné, la Cour suprême a demandé l'avis préjudiciel de la CJCE. La Cour suprême s'est conformée à l'arrêt rendu par la CJCE.

La bonne compréhension de la situation demande que certains faits soient connus.

6.1. La société requérante est une compagnie aérienne charter constituée en Turquie en mars 1992. Par un contrat du 17 avril 1992, elle prit en location auprès de la compagnie aérienne nationale yougoslave, Yugoslav Airlines (« la JAT »), deux aéronefs Boeing 737-300.

A partir de 1991, les Nations Unies adoptèrent, et la Communauté européenne mit en œuvre, une série de mesures de sanction contre l'ex-République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) – « la RFY » –, en réponse au conflit armé et aux violations des droits de l'homme dans ce pays.

En janvier 1993, la société requérante entama des discussions avec TEAM Aer Lingus (« TEAM ») en vue de faire procéder à des opérations d'entretien sur l'un des aéronefs qu'elle louait. TEAM, une société à responsabilité limitée dont l'activité principale était la maintenance d'aéronefs, était une filiale de deux compagnies aériennes irlandaises dont l'Etat irlandais était propriétaire à 100%.

Le 17 avril 1993, le Conseil de sécurité des Nations Unies adopta la résolution 820 (1993), laquelle énonçait que les Etats saisiraient notamment tous les aéronefs se trouvant sur leur territoire dans lesquels une personne ou une entreprise de la RFY ou opérant à partir de celle-ci détenait un inté-

rêt majoritaire ou prépondérant. Cette résolution fut mise en œuvre par le règlement (CEE) n° 990/93, qui entra en vigueur le 28 avril 1993.

Le 17 mai 1993, l'un des aéronefs loués par la société requérante arriva à Dublin. Un contrat fut signé avec TEAM en vue de l'exécution de prestations d'entretien. Le 28 mai 1993 à midi, TEAM informa la société requérante que les opérations d'entretien étaient terminées et qu'après paiement d'une somme de 250 000 USD l'aéronef pourrait partir. Plus tard dans la journée, TEAM reçut ladite somme de la société requérante et l'aéronef fut autorisé à partir. Alors qu'il attendait l'autorisation de décoller du contrôle du trafic aérien, l'aéronef en fut empêché. Il ressort du rapport établi par le directeur de l'aéroport de Dublin que TEAM lui avait indiqué que, d'après le ministère des transports, elle « enfreindrait le régime des sanctions » si elle laissait l'aéronef partir.

Le 4 juin 1993 fut adopté le règlement d'exécution (*statutory instrument*) n° 144 relatif aux règlements communautaires de 1993 interdisant les échanges avec la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). Par une lettre du 8 juin 1993, le ministre des transports informa les directeurs de l'aéroport de Dublin qu'il avait, jusqu'à nouvel ordre, autorisé la saisie de l'aéronef, en application de ce règlement d'exécution.

Par une lettre du 16 juin 1993 adressée au ministère des transports, la société requérante contesta la saisie, faisant valoir que le règlement (CEE) n° 990/93 ne visait pas la simple propriété juridique mais plutôt le contrôle opérationnel.

La société requérante demanda l'intervention de la *High Court* qui décida, par un arrêt du 21 juin 1994, que le règlement ne s'appliquait pas à l'aéronef et, par conséquent, la saisie de l'aéronef fut levée³¹. Le 8 août 1994, le ministre des transports interjeta appel devant la Cour suprême contre l'arrêt de la *High Court* du 21 juin 1994. Par une ordonnance du 12 février 1995, la Cour suprême posa la question suivante à la CJCE et sur-sit à statuer :

Convient-il d'appliquer l'article 8 du [règlement (CEE) n° 990/93]³² à un aéro-nef dans lequel une participation majoritaire ou une minorité de contrôle est

31 Sans intérêt pour notre analyse, il faut dire dans un souci de précision que le ministre des transports procéda à une nouvelle saisie mais la *High Court*, dans un arrêt du 22 janvier 1996, annula également la décision du ministre.

32 Cet article 8 disposait : « Tous les navires, véhicules de transport, matériels roulants et aéro-nefs dans lesquels une participation majoritaire ou une minorité de contrôle est détenue par une personne physique ou morale ayant son siège dans la [RFY] ou opérant depuis cette république sont saisis par les autorités compétentes des Etats membres. Les frais afférents à la saisie des navires, véhicules de transport, matériels roulants et aéronefs peuvent être imputés à leurs propriétaires ».

détenue par une personne morale ayant son siège dans la [RFY] alors que cet aéronef a été donné en location pour une période de quatre ans à compter du 22 avril 1992 à une personne morale dans laquelle aucune personne physique ou morale ayant son siège dans la [RFY] ou opérant depuis cette république ne détient de participation majoritaire ou de minorité de contrôle ?

Le 30 avril 1996, l'avocat général Jacobs rendit ses conclusions. Il estima que, compte tenu de la participation majoritaire de la JAT dans l'aéronef, l'article 8 du règlement (CEE) n° 990/93 s'appliquait ; quant à la question du respect dans ledit règlement des droits fondamentaux et du principe de proportionnalité, l'avocat général souligna :

Il est constant que le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit communautaire et que, en assurant le respect de ces droits, la [CJCE] tient compte des traditions constitutionnelles des Etats membres et des conventions internationales, notamment de [la Convention], qui a une importance particulière à cet égard.

L'article F, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne (...) consacre la jurisprudence [de la CJCE] dans le traité. (...) En relation avec le Traité CE, il confirme et renforce la jurisprudence [de la CJCE], en soulignant l'extrême importance du respect des droits fondamentaux.

Le respect des droits fondamentaux est donc une condition de légalité des actes communautaires – en l'espèce, du règlement. Les droits fondamentaux doivent naturellement aussi être respectés par les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre des mesures communautaires. Tous les Etats membres sont, en tout cas, parties à la [Convention], même si cette dernière n'a pas dans tous le statut de loi interne. Bien que la Communauté elle-même ne soit pas partie à la Convention et ne puisse le devenir sans modification à la fois de la Convention et du Traité et quoique la Convention ne puisse lier formellement la Communauté, la Convention peut néanmoins être considérée, à des fins pratiques, comme faisant partie du droit communautaire et être invoquée comme telle à la fois devant la [CJCE] et devant les juridictions nationales lorsque le droit communautaire est en cause. C'est en particulier le cas lorsque, comme en l'espèce, c'est l'application du droit communautaire par des Etats membres qui est en cause. Le droit communautaire ne peut dégager les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu de la Convention.

Pour conclure en ces termes :

(...) la décision contestée n'est pas la source d'un équilibre injuste entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Cette conclusion paraît être en harmonie avec la jurisprudence de [la Cour] considérée d'une manière générale. [La société requérante] n'a, en effet, pas non plus laissé entendre qu'aucune jurisprudence faisant application de la [Convention] corroborait sa propre conclusion.

Le 30 juillet, la CJCE rendit son arrêt où elle conclut à l'applicabilité du règlement (CEE) n° 990/93 ; sa réponse à la question fut la suivante :

L'article 8 du règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993, concernant les échanges entre la Communauté économique européenne et la [RFY], s'applique à un aéronef qui est la propriété d'une personne morale ayant son siège dans la [RFY] ou opérant depuis cette république, alors que ce propriétaire a donné cet aéronef en location pour une période de quatre ans à une autre personne morale qui n'a pas son siège dans cette république ni n'opère depuis cette république et dans laquelle aucune personne physique ou morale ayant son siège dans cette république ou opérant depuis cette république ne détient de participation majoritaire ou de minorité de contrôle.

6.2. La Cour a d'abord souligné qu'une fois non contesté que la mesure dénoncée par la société requérante³³, à savoir la saisie de l'aéronef qu'elle avait loué pour une certaine période, avait été mise en œuvre par les autorités de l'Etat défendeur, sur le territoire de celui-ci, à la suite d'une décision du ministre irlandais des transports, la société requérante, en tant que destinataire de la mesure litigieuse, relevait de la « juridiction » de l'Etat irlandais et son grief relatif à cette mesure était compatible *ratione loci, personae et materiae* avec les dispositions de la Convention – (§ 137).

Ensuite, la Cour a estimé que la Cour suprême était obligée³⁴, en tant

33 La société requérante soutenait que la façon dont l'Irlande avait appliqué le régime des sanctions pour saisir son aéronef s'analysait en l'exercice d'un pouvoir d'appréciation susceptible de contrôle aux fins de l'article 1 de la Convention et en une violation de l'article 1 du Protocole no 1.

34 Sur la nature juridique de cette obligation, la Cour, dans sa décision du 7 septembre 2000, req. n° 38399/97, non publiée, note : « (...) aux termes de l'article 177 du traité C.E., lorsqu'une question préjudicielle est soulevée dans le cadre d'une affaire pendante devant une juridiction dont les décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours juridictionnel, celle-ci est tenue de saisir la Cour de justice. Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'obligation de renvoi n'est pas absolue lorsqu'il ne subsiste aucun doute quant à la réponse à fournir (théorie de l'acte clair). La Cour observe que l'on ne saurait déduire de l'article 6§1 de la Convention le droit absolu à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel devant la Cour de justice. Cela étant, la Cour reconnaît que, dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale appelée à se prononcer en dernière instance peut porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire (voir Commission européenne D.H. No 20631/92, Déc. 12.5.1993, DR 74, p. 274, à la p. 277) ».

Sur la théorie dite de l'acte clair, voir D. Simon, *op. cit.* (note 19), p. 676. Sur la marge de manœuvre de la juridiction suprême nationale pour demander l'avis préjudiciel, voir H. Kanninen, « La marge de manœuvre de la juridiction suprême nationale pour procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes », in : *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodrigues Iglesias* (Berlin, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003), p. 611.

que juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, d'opérer, comme elle l'a fait, un renvoi préjudiciel à la CJCE, que l'arrêt de la CJCE s'imposait à la Cour suprême et que cet arrêt avait vidé la question au cœur de la procédure interne³⁵.

Sur la justification de la saisie, la Cour a rappelé :

Etant donné que le second paragraphe doit s'interpréter à la lumière du principe général énoncé dans la première phrase de l'article 1, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ; en d'autres termes, il incombe à la Cour de rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général à cet égard et l'intérêt de la société concernée. Ce faisant, elle reconnaît à l'Etat une ample marge d'appréciation tant pour choisir les moyens à mettre en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif poursuivi (. . . .) (§ 149).

L'intérêt général étant évident, il restait à savoir dans quelle mesure cet intérêt général pouvait justifier l'atteinte portée par lui aux droits de propriété de la société requérante. A ce stade, la Cour est revenue sur le transfert des pouvoirs souverains à une organisation internationale. Sans oublier que l'organisation internationale concernée ne peut, tant qu'elle n'est pas partie à la Convention, voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux – (§ 152), elle a également jugé que les parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. Il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné : les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective – (§§ 153 et 154).

La Cour, dans son arrêt *Pafitis*, du 26 février 1998, R1998-I, p. 459, §95, n'a pas considéré pour le compte du délai de la procédure la période de temps prise par la CJCE pour l'examen d'une demande d'avis préjudiciel parce qu'« en tenir compte porterait atteinte au système institué par l'article 177 du traité CEE et au but poursuivi en substance par cet article ».

35 Sur la force obligatoire des arrêts de la CJCE émis dans le cadre de la demande des avis préjudiciels, voir D.W.K. Anderson, M. Demetriou, *References to the European Court* (London, Sweet & Maxwell, 2002), p. 331.

La Cour a rappelé que l'Etat demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (§ 154), pour ajouter aux paragraphes 155 e 156 :

De l'avis de la Cour, une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention (M. & Co., décision précitée, p. 152, démarche à laquelle les parties et la Commission européenne souscrivent). Par « équivalente », la Cour entend « comparable » : toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (paragraphe 150 ci-dessus). Toutefois, un constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux.

Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation.

Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale (Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A n° 310, § 75).

La Cour, en tenant compte des garanties en matière de droits fondamentaux mises en place par le droit communautaire qui s'imposent non seulement aux Etats membres et aux institutions communautaires mais aussi aux personnes physiques et morales (les « particuliers »), a conclu que la présomption de l'observation était acquise, malgré l'accès restreint des particuliers à la CJCE. Et si c'est essentiellement par l'intermédiaire des juridictions nationales que le système communautaire fournit aux particuliers un recours leur permettant de faire constater qu'un Etat membre ou un autre individu a enfreint le droit communautaire, il est aussi vrai que la CJCE maintient son contrôle sur l'application par les juridictions nationales du droit communautaire, y compris les garanties en matière de droits fondamentaux, par le biais de la procédure prévue par l'article 177 du Traité CE. Néanmoins,

(. . .) la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits,

« équivalente » (. . . .) à celle assurée par le mécanisme de la Convention. Par conséquent, on peut présumer que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne (. . .) » (§ 165).

La Cour a conclu que la présomption n'a pas été renversée dans le cas concret, eu égard à l'intérêt général poursuivi et à l'arrêt de la CJCE auquel la Cour suprême devait se conformer ; ce qu'elle a fait. Il n'y avait donc pas « insuffisance manifeste, de sorte que ladite présomption de respect de la Convention par l'Etat défendeur n'a pas été renversée » (§ 167).

6.3. Dans cet arrêt, la Cour a donné un pas, mais un pas décisif dans les rapports entre le droit communautaire et la Convention, lequel s'inscrit dans la ligne de cohérence depuis toujours soutenue. La Cour a réaffirmé sa compétence *ratione materiae, loci et personae* pour examiner toutes les allégations de violations à la Convention faites par des personnes relevant de la juridiction d'un Etat partie à la Convention. Elle se réaffirme comme dernier ressort pour l'examen des violations à la Convention. Peu importe que la violation alléguée trouve son support dans la législation ordinaire de l'Etat ou dans le droit communautaire, comme rien ne change à cet égard si l'auteur de l'acte à exécuter se trouve à l'extérieur de l'ordre juridique de l'Etat concerné : si les effets juridiques de l'acte se produisent dans l'Etat partie à la Convention et visent une personne relevant de sa juridiction, la Convention s'applique et la Cour devient compétente³⁶.

Un autre point très important est l'acceptation du transfert de pouvoirs souverains des Etats aux organisations internationales sans que cela ne signifie que les Etats, dans cette hypothèse, ne sont plus responsables vis-à-vis de la Convention. La responsabilité des Etats reste engagée sauf s'il existe dans l'organisation internationale une protection « équivalente », comparable à celle existant dans le système conventionnel, au niveau substantiel et au niveau procédural, sans oublier qu'il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable et éternelle parce que des changements pourraient survenir.

La Cour note aussi que toutes les organisations internationales ne se préoccupent pas de la même façon des droits fondamentaux. Toutefois, la protection des droits fondamentaux dans l'UE est (était à l'époque des faits) équivalente, dans le sens de « comparable » à celle offerte par le système de

36 Si on pouvait considérer la position de la Commission dans l'affaire *M. & Co* déjà dépassée par les décisions dans les affaires *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan*, elle a été complètement abandonnée dans cet arrêt.

la Convention. Il s'agit là d'un des passages les plus importants de l'arrêt. Dans ce champ, il n'y a pas de certitudes permanentes parce qu'il n'y a pas de présomptions irréfragables. La protection des droits de l'homme exige de la Cour une vigilance constante et permanente ainsi qu'un examen du cas d'espèce pour vérifier s'il y a eu ou pas une « insuffisance manifeste ».

7. De toute cette analyse, deux conclusions peuvent être tirées.

Premièrement, la Cour s'attend à ce que les parties à la Convention ne violent pas, d'une façon directe ou indirecte, par des actes ou omissions, ou encore par acquiescement à des actes ou omissions imputables à des particuliers ou d'autres Etats ou organisations internationales, les droits et libertés dont jouissent les personnes qui relèvent de leur juridiction. Deuxièmement, la Cour se considère compétente pour examiner en dernier ressort et en toutes circonstances si les obligations envers la Convention ont été respectées, même dans le cas d'un transfert des compétences à des organisations internationales, comme l'UE.

Dans l'arrêt *Bosphorus*, la Cour est animée par le même souci d'assurer la protection de la Convention à toute personne relevant de la juridiction des Etats parties et de ne pas permettre aux Etats d'affaiblir ce niveau de protection par le transfert de leur responsabilité à des Etats tiers ou à des organisations internationales, interdisant ainsi aux Etats de s'écarter à leur guise de l'application de la Convention.

Enfin, la Cour a poursuivi un chemin qui a commencé avec l'arrêt *Öztürk*³⁷ :

Le législateur qui soustrait certains comportements à la catégorie des infractions pénales du droit interne peut servir à la fois l'intérêt de l'individu (...) et les impératifs d'une bonne administration de la justice, notamment dans la mesure où il décharge les autorités judiciaires de la poursuite et de la répression de manquements, nombreux mais de peu d'importance, à des règles de la circulation routière. La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la « décriminalisation » existant – sous des formes fort diverses – dans les Etats membres du Conseil de l'Europe ; le Gouvernement a raison d'y insister. Toutefois, si les Etats contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'« administrative » plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention.

37 Du 21 février 1984 (au principal), série A, n° 73, p. 18, §49.

Malgré tout, la fin de la route est encore lointaine et passe par des endroits que la Cour ne domine pas, notamment l'adhésion de l'UE à la Convention³⁸.

III

En écrivant ce texte à la suite du « non » français et hollandais au Traité de Constitution européenne, dans une période d'incertitude et d'inquiétude, j'aimerais terminer en exprimant un vœu et un regret.

Mon vœu : que jamais notre Cour ne puisse arriver à la conclusion que la présomption selon laquelle l'UE et les Etats membres observent la Convention a été renversée dans un cas qui avait reçu l'approbation de la CEJA, comme celui examiné dans l'arrêt *Bosphorus*. Et, en plus, que l'harmonisation des ordres juridiques appelés à résoudre les problèmes du citoyen européen, – la loi nationale, le droit communautaire et la Convention – devienne une constante.

La situation examinée dans l'arrêt *Koua Poirrez*³⁹ est un bon exemple de ce qui fait encore défaut. Le requérant, un résident français de nationalité ivoirienne, handicapé physique, fut adopté par un ressortissant français. Toutefois, la déclaration de nationalité française que le requérant souscrivit fut jugée irrecevable au motif qu'il était majeur à la date de sa demande. Même si une carte d'invalidité lui fut attribuée, la caisse d'allocations familiales refusa cependant de lui accorder une allocation pour adulte handicapé. Cette décision fut confirmée par la commission de recours amiable parce que le requérant n'avait pas la nationalité française et n'était pas un ressortissant d'un pays ayant conclu une convention de réciprocité avec la France

38 L. Wildhaber, J. Callewaert, « Espace constitutionnel européen et droits fondamentaux », in : *Une communauté de droit, op. cit.* (note 34), p. 61, écrivent : « (...) la circonstance que la décision d'une juridiction interne a été rendue sur la base d'un arrêt préjudiciel de la Cour de justice, en revanche, ne soustrait pas cette décision au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. (...) le paradoxe demeure qu'en l'état actuel des textes, une partie importante de la jurisprudence communautaire – la partie préjudicielle – est déjà sujette à un contrôle – fût-il indirect –, par la Cour européenne des droits de l'homme, contrairement à l'autre partie, celle qui est rendue sur les recours directs. Seule l'adhésion de l'Union à la CEDH peut lever cette incohérence et rendre uniforme la position du droit de l'Union face à la Cour de Strasbourg ».

39 Du 30 septembre 2003, R2003-X, p. 51. Voir sur cet arrêt, J. Callewaert, « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination – L'interaction entre les ordres juridiques national, communautaire et conventionnel à l'épreuve de la pratique (en marge de l'arrêt *Koua Poirrez*) », 16 *RTDH*, n° 61 (janvier), 2005, p. 159.

en la matière. Le tribunal des affaires, saisi par le requérant, demanda l'avis préjudiciel de la CJCE, qui se prononça en faveur de la conformité de la loi française aux dispositions européennes. Par conséquent, les juridictions françaises rejetèrent le recours du requérant.

Pour la Cour, l'exclusion du requérant, qui remplissait les autres conditions légales, du bénéfice de l'allocation fondée sur le fait qu'il ne possédait pas la nationalité française se traduisait en une discrimination qui ne reposait sur aucune « justification objective et raisonnable ». Même si la France n'était pas liée par des accords de réciprocité avec la Côte d'Ivoire, elle s'est engagée, en ratifiant la Convention, à reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction, ce qui était le cas, les droits et libertés définis par la Convention. Partant, il y avait eu méconnaissance de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1⁴⁰. Voilà une situation où il existait une conformité et une harmonie entre le droit national et le droit communautaire mais pas entre ces derniers et le droit de la Convention.

Mon regret : nonobstant les avancements en la matière, il reste encore du chemin (un long chemin) à faire pour affiner les rapports du droit communautaire avec la Convention, préciser le rôle de la Cour en la matière et déterminer comment la présomption du respect des droits de l'homme par l'UE doit être évaluée⁴¹.

La sagesse, la prudence et l'équilibre d'une pensée comme celle de Lucius Caffisch vont sûrement nous manquer pour le faire !

40 Mais il faut le dire : malgré certaines distorsions, au long des années, il y a eu plus d'harmonie et de complémentarité entre les deux cours, celle de Luxembourg et celle de Strasbourg, – voir D. Spielmann, « Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et de Luxembourg dans le domaine des droits de l'homme : conflits, incohérences et complémentarités », in : *L'Union européenne et les droits de l'homme* (Bruylant, Bruxelles, 2001), p. 190 ; R. Harmsen, « National Responsibility for European Community Acts under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate », 17 *EPL*, n° 1 (March), 2001, p. 627 ; J.-F. Flauss, « Les droits de l'homme dans l'Union européenne. Chronique d'actualité 2001-2002 », 13 *RSDIE*, n° 1, 2001, p. 143, maxime p. 160. Pour les emprunts réciproques entre Strasbourg et Luxembourg, voir J.-Y. Carlier, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », 13 *Revue québécoise de droit international*, n° 1, 2000, p. 37, et G. Cohen-Jonathan, « Aspects européens des droits fondamentaux. Libertés et droits fondamentaux », 3^e éd. (Paris, Montchrestien, 2002), p. 175, maxime p. 182.

41 Les opinions concordantes jointes à l'arrêt *Bosphorus* en témoignent.

LE « PRÉJUDICE IMPORTANT » SELON LE PROTOCOLE
N° 14 À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS
DE L'HOMME. QUESTIONS ET RÉFLEXIONS

*Vincent Berger**

On blâme l'injustice, non par l'aversion que l'on a pour elle, mais par le préjudice que l'on en reçoit.

La Rochefoucauld

Ouvert à la signature à Strasbourg le 13 mai 2004, le Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention ») vise à amender le système de contrôle de celle-ci. Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont insisté, dans le préambule de ce nouvel instrument, sur le caractère « nécessaire et urgent » d'une telle opération, « afin de maintenir et de renforcer l'efficacité à long terme du système de contrôle en raison principalement de l'augmentation continue de la charge de travail de la Cour européenne des Droits de l'Homme et du Comité des Ministres ».

Parmi les mesures adoptées, et qui frappent par leur caractère disparate, l'article 12 occupe une place centrale. Linos-Alexandre Sicilianos, président du Comité d'experts du Conseil de l'Europe pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme, n'hésite pas à voir dans son adoption « l'épine de la négociation »¹.

Cette disposition modifie ou plus exactement complète l'article 35 de la Convention, intitulé « Conditions de recevabilité ». Elle dispose que la Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de

* Jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, professeur au Collège d'Europe. L'auteur s'exprime à titre personnel.

1 L.-A. Sicilianos, « La 'réforme de la réforme' du système de protection des droits de l'homme », *AFDI*, 2003, 626.

l'article 34 lorsqu'elle estime « que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

Selon le rapport explicatif, la nouvelle condition de recevabilité « donne à la Cour un outil supplémentaire important qui devrait lui permettre de se concentrer sur les affaires qui justifient un examen au fond » et « ne restreint pas le droit des individus de saisir la Cour ni ne change le principe selon toute requête individuelle doit faire l'objet d'un examen quant à sa recevabilité » (par. 39).

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, consultée par le Comité des Ministres, a déclaré : « L'Assemblée ne peut pas accepter l'adjonction d'une nouvelle condition de recevabilité à l'article 35 [...] qu'elle est vague, subjective et susceptible de faire subir une injustice grave au requérant, et qu'elle ne permettrait d'écarter que 1,6% des cas existants. Par ailleurs, elle pourrait avoir pour effet involontaire une discrimination à l'égard des requérants devant la Cour, en mettant, par exemple, l'accent sur le préjudice financier subi »².

Quant à la Cour, qui avait été invitée par le Comité directeur pour les droits de l'homme (« le CDDH ») à soumettre des commentaires sur le rapport intérimaire de ce dernier, elle a adopté sa réponse le 2 février 2004. Sur le point en question, « [l]a Cour peut se rallier au souhait affiché de renforcer le principe de subsidiarité et d'adopter en conséquence toute nouvelle condition de recevabilité. Elle comprend la préoccupation sous-jacente à cette proposition. Elle relève toutefois l'incertitude qui règne quant à l'efficacité que pourra avoir pareille condition nouvelle de recevabilité » (par. 19). Dans un esprit de compromis, elle a cherché à formuler « un critère alternatif », qui ne se réfère pas à un « préjudice » et qui introduit un élément de flexibilité supplémentaire. Ce critère lui permettrait de déclarer irrecevable toute requête individuelle lorsqu'elle estime « que le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles n'impose pas l'examen de la requête » (par. 22). Les représentants des gouvernements ont fait la sourde oreille.

Il convient donc de s'interroger sur le nouveau dispositif, en relevant d'ailleurs que le mot « préjudice » fait pour la première fois son entrée dans le texte de la Convention. S'agit-il d'un simple exercice de prospective ? Oui, dans la mesure où le Protocole n° 14 n'est pas encore en vigueur. Non,

2 Avis n° 251 (2004) I, 28 avril 2004, par. 11.

dès lors que sa ratification par tous les Etats est probable et que ses conséquences paraissent pour certains prévisibles et pour d'autres vraisemblables.

Trois domaines se dessinent : celui du fonctionnement du système, celui de l'interprétation de la Convention et celui de la politique de la Cour.

1 LE FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME, OU LES INCIDENCES PRATIQUES

Le système de contrôle tel qu'il fonctionne aujourd'hui, c'est-à-dire depuis le 1^{er} novembre 1998 – date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 –, devrait connaître plusieurs changements. Trois d'entre eux semblent d'ores et déjà s'imposer. Ils touchent la rédaction de la requête, le traitement de la requête et le contrôle de l'examen de l'affaire par un tribunal interne.

A. *La rédaction de la requête*

Depuis un demi-siècle le formulaire de requête à la Commission puis à la nouvelle Cour n'a guère changé. Sa rubrique « Exposé de l'objet de la requête » s'est enrichie en 1998 de l'ajout « et prétentions provisoires pour une satisfaction équitable ». Nul ne doute qu'après l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 le requérant sera tenu de fournir un grand nombre d'informations supplémentaires sur lui-même et sur le préjudice allégué.

Des informations sur le requérant ? On songe bien évidemment aux revenus et au patrimoine, mais aussi à la situation familiale et sociale, à l'état de santé, à la profession, aux conditions de logement, au niveau d'études, etc.

Des informations sur le préjudice ? On pense à la nature de ce dernier (dommage matériel, tort moral, perte de chances), à son étendue, à son chiffrage.

Dans l'un et l'autre cas se posera la question de la preuve. De quels justificatifs la Cour aura-t-elle besoin ? Un effort accru sera donc exigé du requérant, pour dévoiler sa situation et étayer sa cause.

B. *Le traitement de la requête*

Pour traiter la requête, la Cour devra elle aussi modifier sa pratique, à plusieurs égards.

La confidentialité ? Dans le système actuel, le contenu de toute requête est après l'enregistrement de celle-ci accessible au public. Ce fut en 1998 une petite révolution après plus de quatre décennies de confidentialité devant la Commission. Reviendra-t-on au régime antérieur, en rendant la

totalité de la requête inaccessible au public ? Préférera-t-on concentrer dans une annexe tous les éléments trop personnels sur le requérant et son préjudice, annexe à laquelle seul le gouvernement de l'Etat défendeur aurait accès ? Au-delà du seul formulaire de requête, c'est le caractère public de la procédure – interdit devant la Commission, de règle devant l'ancienne Cour, consacré par le Protocole n° 11 – qui semble menacé. Dans leurs mémoires et plaidoiries, les parties ne pourront pas ne pas faire état d'éléments de nature à porter atteinte au respect dû à la vie privée.

La mise en état ? L'instruction d'un nouveau critère de recevabilité entraînera nécessairement un surcroît de travail pour les formations de jugement (juges uniques, comités, chambres) et le greffe de la Cour, qui devront étudier les éléments fournis par le requérant et les pièces à l'appui.

La motivation de la décision ou de l'arrêt ? La question se pose de savoir si et comment la Cour utilisera et divulguera des données personnelles dans ses décisions et arrêts. Si elle le fait sous une forme vague et imprécise, la clarté de sa jurisprudence risque d'en souffrir. Si elle recourt à des initiales pour désigner des personnes et des lieux, on revient à l'anonymat souvent choisi par des requérants à la Commission entre 1954 et 1998 mais depuis rarement accepté par la Cour.

C. Le contrôle de l'examen de l'affaire par un tribunal interne

La Cour devra s'assurer que l'affaire a été « dûment examinée par un tribunal interne ». Il lui faudra donc rechercher si l'instance nationale qui a connu de l'affaire est un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Un contrôle superficiel suffira-t-il ? Qu'advient-il si le jugement du tribunal en question est elliptique ou obscur ? Dans sa réponse du 2 février 2004 au rapport d'activités intérimaire du CDDH du 26 novembre 2003, la Cour a noté la critique selon laquelle « si la nécessité de se pencher sur le caractère satisfaisant de l'examen du grief effectué au niveau national devait de fait entraîner l'obligation de se livrer à une appréciation des questions de fond au stade de la recevabilité, cela irait totalement à l'encontre de l'objectif consistant à alléger la charge de travail de la Cour » (par. 19). Par ailleurs, la question du lien à établir ou à nier entre le paragraphe 1 de l'article 35 de la Convention et le nouveau paragraphe 3 du même article pourrait se poser. Dans quelle mesure le requérant devra-t-il invoquer devant les juridictions nationales, ou au moins l'une d'entre elles, un préjudice important ? En d'autres termes, ce dernier ne doit-il surgir qu'à Strasbourg, dans le cadre de l'examen de la recevabilité ? Ou bien doit-il s'annoncer devant le juge interne ? Une interprétation stricte du principe de subsidiarité tendrait à favoriser la seconde hypothèse.

2 L'INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION, OU LES INCIDENCES JURISPRUDENTIELLES

L'interprétation de la Convention devrait elle aussi connaître des évolutions à la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14. Trois d'entre elles semblent s'esquisser. Elles ont trait à l'emploi de la notion de victime, à l'élaboration de principes directeurs et à la détermination de la satisfaction équitable.

A. *L'emploi de la notion de victime*

D'emblée, un constat s'impose : le Protocole n° 14 instaure un lien automatique et nécessaire entre victime et préjudice. Certes, il n'amende pas l'article 34 de la Convention, selon lequel la Cour peut être saisie par « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation ». Il ne porte donc pas formellement atteinte au droit de recours individuel. Il exige cependant que le requérant ait « subi un préjudice important ». Pareille exigence aura de multiples conséquences.

Elle signifie d'abord l'abandon d'un pan ancien et constant de la jurisprudence des organes de la Convention, selon lequel l'existence d'un manquement aux exigences de la Convention se conçoit même en l'absence de préjudice, une telle existence ne jouant un rôle que sur le terrain de l'article 41³.

Elle permet ensuite la remise en cause des notions de victime indirecte et de victime potentielle. Pour la première, qu'advient-il des héritiers ou des ayants droit si le décès du requérant intervient avant l'introduction de la requête (mais après la dernière décision interne définitive) ou avant sa communication au gouvernement de l'Etat défendeur ? Pour la seconde, que se passera-t-il si l'expression « n'a subi aucun préjudice important » reçoit une interprétation littérale, orientée vers le passé et excluant le risque futur ou éventuel ?

Elle accentue enfin la distinction entre requêtes étatiques et requêtes individuelles, puisque le « préjudice » ne joue déjà pas pour les premières.

Constamment présentée et publiquement proclamée comme un nouveau critère de recevabilité, la condition du « préjudice important » représente plutôt une composante ou un accessoire ou encore un renforcement d'un critère existant, celui de victime. En réalité, le fait d'être victime est une condition de la compétence *ratione personae* de la Cour à l'égard du

3 Voir, p. ex., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, par. 27.

demandeur. Désormais, il faudra pour tout requérant se prétendre victime d'une violation de la Convention ayant causé un préjudice important.

B. *L'élaboration de principes directeurs*

L'article 20 du Protocole n° 14, qui figure parmi les « dispositions finales et transitoires », prévoit que « [d]ans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur du présent Protocole, seules les Chambres et la Grande Chambre de la Cour peuvent appliquer le nouveau critère de recevabilité ». En écartant temporairement les juges uniques et les comités, les Etats parties ont admis qu'il fallait sinon des directives, du moins des orientations ou des principes directeurs, lesquels en bonne logique ne peuvent émaner que de la Grande Chambre. Nul ne conteste le besoin de balises claires pour les autres formations de jugement, mais aussi pour les gouvernements et les requérants. La tâche s'annonce particulièrement ardue.

Il y a d'abord le précédent, malheureusement toujours actuel, des difficultés rencontrées par la Cour depuis son origine pour appliquer l'article 50, devenu 41. Comment évaluer le préjudice moral ? Comment distinguer ce dernier de la perte de chances, dont les domaines d'excellence sont les articles 5, 6 et 13 ? Comment constater un dommage matériel et un lien de causalité avec la violation de la Convention ? Autant de questions qui ont reçu au fils des ans des réponses souvent fluctuantes. Le juriste de la Cour, Michele de Salvia, note ainsi que la satisfaction équitable pose un double et grave problème, celui de la cohérence, quant au niveau des sommes accordées, et celui de la transparence, quant au raisonnement qui sert de support.

Il y a ensuite l'exemple, fort révélateur, du refus de la Cour de fixer des durées plafonds pour les détentions provisoires et pour les procédures, qu'elles soient civiles ou pénales. Dicté par le réalisme, pareil refus donne un aperçu des difficultés de l'entreprise qui attend la Cour. Que penser alors de l'optimisme professé par les gouvernements dans le rapport explicatif : « Une fois que les chambres de la Cour auront développé des principes jurisprudentiels clairs de nature objective, pouvant être appliqués directement, il sera plus facile d'appliquer le nouveau critère que d'autres critères de recevabilité [...] » (par. 84) ?

C. *La détermination de la « satisfaction équitable »*

L'article 41 de la Convention n'a pas été modifié par le Protocole n° 14, pas plus qu'il ne l'a été par le Protocole n° 11, hormis sur deux points mineurs (l'adjonction d'un titre et le changement de numéro). Sa mise en

œuvre devait pourtant évoluer, sauf en matière de frais et dépens, que ceux-ci aient été exposés devant les juridictions internes ou à Strasbourg. Pour fixer la satisfaction équitable à accorder à la victime d'une violation de la Convention, la Cour aura à la fois une tâche simplifiée et une compétence réduite.

Une tâche simplifiée ? L'essentiel de l'examen par la Cour aura eu lieu au stade de la recevabilité. Peu importe à ce sujet qu'il y ait une décision séparée sur la recevabilité ou un arrêt sur la recevabilité et le fond ! La question sera de toute façon traitée en amont, c'est-à-dire lors d'un premier examen de la requête, et non plus en aval comme aujourd'hui, c'est-à-dire à la fin de la longue marche procédurale. Encore faudra-t-il envisager d'éventuels correctifs. D'abord, des éléments nouveaux peuvent surgir entre l'introduction de la requête et l'arrêt, s'il y a examen conjoint de la recevabilité et du fond, et entre la décision sur la recevabilité et l'arrêt au fond, s'il y a examen séparé. On songe à des facteurs d'aggravation ou de diminution du préjudice. Ensuite, l'inflation dans l'Etat défendeur devrait être prise en considération, surtout si elle est forte durant la période en cause et si par ailleurs la procédure à Strasbourg est particulièrement longue.

Une compétence réduite ? Deux sortes de limites viennent à l'esprit. En premier lieu, en déclarant une requête recevable, la Cour reconnaît *ipso facto* l'existence d'un « préjudice important ». Sauf changement de circonstances, autrement dit apparition d'éléments nouveaux, depuis l'introduction de la requête ou la décision sur la recevabilité, elle aura les mains en grande partie liées. A moins de revenir sur la recevabilité, elle ne pourra pas nier l'existence d'un préjudice à réparer. En second lieu, la Cour pourra difficilement se contenter d'accorder une réparation symbolique pour un dommage moral qu'elle aura elle-même jugé « important ». Ira-t-elle jusqu'à renoncer à la formule souvent employée, selon laquelle le constat de violation de la Convention constitue une satisfaction suffisante ?

3 LA POLITIQUE DE LA COUR, OU LES INCIDENCES STRATÉGIQUES

L'irruption d'un nouveau critère d'irrecevabilité – ou plus exactement d'une variante d'un critère existant – pour la première fois depuis un demi-siècle ne peut manquer d'avoir des répercussions sur la politique de la Cour, entendue comme un ensemble de règles de conduite que celle-ci se donne. Trois domaines semblent s'y prêter : celui de la hiérarchisation des droits et des violations, celui de l'égalité devant la Convention et celui des arrêts pilotes.

A. *La hiérarchisation des droits et des violations*

Ni la Convention ni ses Protocoles additionnels n'établissent une hiérarchie entre les droits garantis, abstraction faite de l'ordre suivi dans les divers instruments. Et pourtant, les droits énoncés dans les Protocoles, une fois ces derniers ratifiés, ont le même statut et la même force que ceux figurant dans la Convention elle-même. En outre, les droits indérogeables proclamés aux articles 2 (sauf actes licites de guerre), 3, 4 § 1 et 7 de la Convention coexistent avec les autres. Enfin, la jurisprudence de la Cour regorge d'exemples où une disposition prend le pas sur une autre et où à l'intérieur d'un même article un paragraphe ou alinéa l'emporte sur un autre.

A cet égard, le Protocole n° 14 ne devrait guère avoir d'impact. Il pourrait cependant inciter la Cour à s'engager plus hardiment dans la voie esquissée avec l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005 (par. 108), qui évoque les droits relevant du « noyau dur » des droits protégés par la Convention. Il devrait aussi l'empêcher, en bonne logique, d'imaginer l'absence de préjudice dans le cas des droits indérogeables auquel se réfère l'article 15 de la Convention.

La hiérarchisation des violations pourrait elle aussi être affectée.

D'abord, selon le nombre de personnes touchées, c'est-à-dire susceptibles d'avoir subi un préjudice. On songe aux déficiences structurelles ou systémiques auxquelles entendent répondre les arrêts pilotes. Un procédé que les gouvernements ont délibérément exclu lors de la négociation du Protocole n° 14, mais que la Cour a utilisé quelques semaines à peine après l'adoption de ce dernier !

Ensuite, selon le nombre des Etats parties concernés. Tel est le cas des requêtes introduites à Strasbourg contre un seul Etat mais dont l'issue aura fatalement des répercussions sur d'autres pays se trouvant dans une situation analogue. Quel poids convient-il d'accorder à la dimension paneuropéenne d'un problème au regard de la Convention ?

Enfin, selon la « mesurabilité » du préjudice. La difficulté d'évaluer le tort causé à un requérant par une violation risque de se présenter souvent. Même les situations apparemment les plus simples peuvent receler des surprises. Par exemple, l'imputation d'une détention provisoire excessivement longue sur la peine d'emprisonnement infligée à un accusé n'effacera le dommage que si les conditions carcérales après la condamnation ne sont pas sensiblement meilleures que celles d'avant.

B. *L'égalité devant la Convention*

En apparence neutre, la formule du « préjudice important » peut susciter des difficultés ou des préoccupations sur le terrain de l'égalité devant la Convention, tant pour les requérants que pour les Etats.

Pour les requérants, l'égalité devant la Convention présente plusieurs aspects.

Il y a d'abord l'égalité entre requérants, quelque soit leur statut juridique. Les mêmes formules (« toute personne », « quiconque », « nul ») reviennent de façon lancinante dans la Convention et ses Protocoles additionnels, traduisant l'universalité des droits de l'homme. Point n'est besoin d'insister sur les conditions strictes dans lesquelles la Cour admet des différences de traitement à la lumière de l'article 14 de la Convention (justification objective et raisonnable, but légitime, proportionnalité des moyens). Il suffit de relever la subjectivité inhérente à la notion de « préjudice important ». Une appréciation « à la tête du client » ne saurait écarter tout danger d'arbitraire dans le traitement des affaires et toute menace sur la sécurité des rapports juridiques.

Il y a ensuite l'égalité entre requérants personnes physiques. La même violation objective d'un droit ou d'une liberté garanti par la Convention connaîtrait un sort différent en fonction des caractéristiques du requérant, par exemple son âge, son état de santé, ses revenus. La sollicitude des rédacteurs du Protocole n° 11 pour la veuve et l'orphelin pourrait paraître sympathique. Elle trouve depuis longtemps un certain écho dans la jurisprudence de la Cour dans certains domaines, tels celui de la torture ou encore de la durée des procédures, où l'âge et l'état de santé sont dûment pris en compte. La rendre systématique revient cependant à considérer la Cour comme une juridiction humanitaire, alors que sa mission principale est de dire le droit.

Il y a enfin l'égalité entre requérants personnes physiques et requérants personnes morales. Les seconds, et notamment les entreprises, qui sont titulaires d'une partie importante des droits et libertés garantis par la Convention, peuvent redouter d'être défavorisés par rapport aux premiers. Un seul exemple, entre beaucoup d'autres : un journaliste condamné serait reconnu victime d'un préjudice important résultant de la violation de sa liberté d'expression alors que son journal, lui aussi condamné, ne le serait pas.

Pour les Etats aussi, l'égalité devant la Convention soulève plusieurs interrogations.

La première tient au niveau de vie des habitants d'un pays. Le pourcentage de requêtes recevables et donc des constats de violation va-t-il dépendre – et, si oui, dans quelle mesure – de critères économiques ou financiers en principe étrangers à la protection internationale des droits de l'homme ?

La seconde concerne le type de grief. Les Etats parties structurellement les plus déficients sur le terrain de dispositions jugées à tort ou à raison secondaires (par exemple le « délai raisonnable », de l'article 6 § 1 de la Convention, ou la protection de la propriété, de l'article 1 du Protocole n° 1) et responsables de violations répétitives seraient mieux lotis que d'autres Etats ne présentant pas d'imperfections, ou de lacunes structurelles. En d'autres termes, y a-t-il lieu de craindre l'absence de sanction d'une multitude de violations génératrices de préjudices individuels peu importants mais constitutives d'« une pratique incompatible avec la Convention » ? La notion de « pratique », utilisée dans l'affaire *Botazzi c. Italie* (28 juillet 1999) pour les durées de procédures civiles, est-elle vouée à disparaître, au moins pour les requêtes individuelles ne concernant pas l'un des droits qui relèvent du « noyau dur » des droits protégés par la Convention (arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* précité) ?

C. *Les arrêts pilotes*

La politique dite des arrêts pilotes a été entamée avec l'affaire *Broniowski c. Pologne* (31 août 2004). Relative à l'absence de compensation pour la perte de biens subie par un rapatrié des « territoires au-delà du Boug » après la deuxième guerre mondiale, cette affaire a donné l'occasion à la Cour non seulement de relever un problème structurel touchant de nombreuses personnes, mais aussi et surtout d'ajourner l'examen des affaires similaires dans l'attente de la mise en œuvre par les autorités nationales de mesures générales pour se conformer à l'arrêt pilote. Une telle politique ne se conçoit guère que pour des groupes d'affaires relativement nombreuses et a priori manifestement bien fondées, où le préjudice paraît clairement identifiable et mesurable, par exemple pour atteinte au droit de propriété. Comment se conciliera-t-elle avec les attentes des personnes qui auraient le sentiment justifié que leurs requêtes remplissent toutes les conditions de recevabilité, mais qui devront s'en remettre au bon vouloir des Etats et patienter longtemps pour obtenir, ne serait-ce que partiellement, gain de cause ?

* * * * *

Dédiées à Lucius Cafilisch, membre éminent et influent de la Cour de Strasbourg depuis le 1^{er} novembre 1998, les questions et réflexions qui précèdent n'ont guère besoin de conclusion. Les interrogations qui suivent en tiendront pourtant lieu, au moins pour obéir aux canons académiques !

Un critère imposé ? Comme pour d'autres protocoles d'amendement à la Convention, surtout le onzième, le Protocole n° 14 montre qu'en matière de réforme du système les gouvernements des Etats membres du Conseil de

l'Europe ont toujours le dernier mot. Sans doute consultent-ils la Cour et ne sont-ils pas entièrement sourds à ses réserves ou ses remarques, mais celles-ci n'ont en définitive guère de poids. Autant dire que le diagnostic des maux dont souffre la Cour et la prescription des remèdes à y apporter sur le terrain de la Convention restent l'apanage des exécutifs. Les préoccupations de l'Assemblée parlementaire, saisie dans la hâte et une fois les jeux faits, restent lettre morte. Quant aux observations et critiques de la « société civile », elles ont beau être relayées par des associations de défense des droits de l'homme, elles connaissent souvent le même sort. Tel a été le cas pour la condition du « préjudice important ».

Un critère inévitable ? L'historique de la négociation révèle que dès le début une majorité d'Etats entendait profiter du Protocole n° 14 pour instituer un nouveau critère de recevabilité. Il laisse l'impression que l'opération devait avoir lieu coûte que coûte, malgré le scepticisme de certains experts. Si la Cour avait appliqué de manière plus stricte les critères existants ou encore utilisé de façon plus large l'article 37 § 1 c) de la Convention (non lieu à poursuivre l'examen d'une requête), elle n'aurait sans doute pas pu fléchir le « législateur » conventionnel.

Un critère original ? Nul ne sait encore comment dans l'œuvre quotidienne de la Cour il figurera sur la palette des critères, comment il se distinguera des « anciens » ou se comparera à eux, quelle sera sa tonalité propre.

Un critère efficace ? Naturellement, beaucoup dépendra de l'usage qu'en fera la Cour, le moment venu. Beaucoup dépendra aussi de l'application du principe de subsidiarité par les juridictions nationales. Selon Linos-Alexandre Sicilianos, « dans sa formulation finale, le nouveau critère de recevabilité – censé faciliter la tâche de la Cour et alléger son travail – risque d'être difficile à appliquer et donc de peu d'utilité pratique »⁴.

Un critère précurseur ? Pendant plus d'un demi-siècle les institutions de la Convention ont été confrontées à un seul et même ensemble de conditions de recevabilité, qui n'a subi ni ajout ni suppression. En introduisant l'impératif du « préjudice important », le Protocole n° 14 bouscule cette stabilité. Fait-il sauter un verrou ? Préfigure-t-il le renforcement de critères existants, comme le raccourcissement du délai de saisine ? Annonce-t-il l'adoption de critères supplémentaires ?

31 mai 2005

4 L.-A. Sicilianos, *op. cit.* (note 1), 76.

LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE FACE À LA CRISE DU DARFOUR: DE L'ÉCHEC DANS LA PRÉVENTION À LA RESPONSABILITÉ DE RÉAGIR

*Romualdo Bermejo García** et *Pilar Pozo Serrano***

1 INTRODUCTION. LE CONFLIT DU DARFOUR ET LES AUTRES CONFLITS AU SOUDAN

Le conflit actuel au Darfour est d'une grande complexité, que ce soit par rapport à ses causes, aux acteurs impliqués et à la propre dynamique du conflit tout au long de son évolution¹. Avec 2 millions et demi de kilomètres carrés, le Soudan est le plus vaste État d'Afrique et il est rangé parmi les pays les moins avancés. Sa population se compose d'une mosaïque de tribus de différentes ethnies avec différentes traditions et systèmes de vie. Située à l'Ouest du pays, la région du Darfour, d'environ 250 000 kilomètres carrés, s'étend sur trois États et sa population dépasse les 6 millions d'habitants. C'est presque au lendemain de son indépendance du Royaume Uni que le Soudan s'est retrouvé plongé dans une guerre civile. Le plus important conflit, qui opposa les forces du gouvernement central aux rebelles du Sud causa au moins deux millions de morts, selon les données

* Professeur de droit international public, Université de León (Espagne).

** Professeur de droit international public, Université de Valencia (Espagne).

1 Il existe des analyses récentes et rigoureuses réalisées par des organisations internationales non gouvernementales comme Justice Africa (disponible à l'adresse <http://www.justiceafrica.org>) comme International Crisis Group (ci-après ICG) (disponible à l'adresse <http://www.icg.org>). Pour une vision générale relative à l'évolution du conflit, voir ICG, *Darfur: The Failure to Protect, Africa Report*, N° 89, (March) 2005. En outre, constitue une référence nécessaire évidente le *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général. Rapport établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité, en date du 18 septembre 2004*, du 25 janvier 2005, publié en tant que Document du Conseil de sécurité S/2005/60, 1^{er} février 2005 (ci-après Rapport de la CIE).

fournies par les Nations Unies². En réalité, la politique du gouvernement central vis-à-vis des régions périphériques, normalement exclues du pouvoir politique et de la gestion des ressources, créa un climat d'instabilité générale, favorisant fréquemment des actes de violence³.

Les deux principaux groupes rebelles dans la région du Darfour, le Mouvement/Armée de libération du Soudan (M/ALS) et le Mouvement pour la justice et l'égalité (MJE), organisèrent leur opposition au gouvernement tout au long de 2002, en alléguant, tous deux, des raisons similaires: la marginalisation politique et socio-économique dont souffrait cette région. Les premières actions armées des rebelles, dirigées contre les installations du gouvernement, eurent lieu au début de 2003, en même temps que des avancées significatives dans les négociations entre le Nord et le Sud⁴. On peut supposer que l'exclusion des groupes rebelles du processus de négociations augmenta leur sentiment de marginalisation et contribua alors à leur radicalisation. Le gouvernement qui, dans le Protocole de Machakos du 20 juillet 2002, avait accepté un droit de sécession pour les rebelles du Sud, ne paraissait pas prêt à satisfaire de nouvelles prétentions sécessionnistes pouvant provoquer le mécontentement de nombreuses minorités existantes au sein de l'État. Militairement faible suite à la campagne au Sud, et sans ressources pour un déploiement militaire rapide au Darfour, le gouvernement

-
- 2 A partir de 1972, commença une décennie d'accalmie, mais la guerre civile entre le Nord et le Sud reprit en 1983. On calcule que quelques 2 millions de personnes sont mortes suite au conflit, dont la majorité des chrétiens du Sud, et qu'il y aurait eu 4,5 millions de déplacés. Bien que pendant les années 90, le Soudan attira l'attention du gouvernement des États-Unis pour ses liens avec Ben Laden, l'administration américaine ne fit rien pour essayer de mettre fin à la guerre civile. A partir de 2000, l'attitude américaine changea du fait de la confluence de plusieurs facteurs: des raisons de caractère humanitaire, puis le nouveau regard sur des thèmes de sécurité après le 11 septembre 2001, et la présence de pétrole dans la région du Sud. En réalité, l'implication du gouvernement américain a permis de dynamiser le processus de paix mené par le Kenya depuis 1993. Voir les considérations de S. Power sur le changement de la politique américaine par rapport au conflit du Soudan, en général et celui du Darfour en particulier, dans 'Dying in Darfur. Can the ethnic cleansing in Sudan be stopped?', *The New Yorker*, 30 August 2004. La Compagnie Chevron découvrit des gisements de pétrole dans le Sud dans les années 70, mais l'exploitation ne commença pas avant 1999. L'exploitation est dirigée par des compagnies de Chine, du Canada, de Suède etc. Un *executive order* de 1997 interdit que les compagnies pétrolières des États-Unis participent à la prospection et l'exploitation du pétrole soudanais tant que perdure la guerre civile dans le pays. Sur cette question, voir l'intéressant rapport d'Amnistie Internationale: *Soudan. Le coût humain du pétrole*, AFR 54/1/2000, mai 2000.
- 3 ICG, *Sudan's Others Wars*, 25 June 2003. Il existe d'autres foyers de conflits dont l'évolution est préoccupante, en particulier dans l'Est du Soudan.
- 4 Le Protocole de Machakos, signé par le gouvernement du Soudan et le M/APLS en juillet 2002, permit la signature de plusieurs accords entre les parties sur la cessation des hostilités, sur les aspects de la structure du gouvernement, etc.

utilisa les différentes tribus locales afin de créer des milices d'appui⁵. Avec cette mesure, les tensions existantes entre certaines tribus s'accrochèrent, mais cet effet déstabilisateur faisait partie de la stratégie de Khartoum. Le nettoyage ethnique mené par le gouvernement de Khartoum au Darfour⁶, dirigé essentiellement contre des tribus « africaines » déterminées, a détérioré les conditions de la cohabitation et focalisé le problème politique sur la population, divisée selon son sentiment d'appartenance aux tribus « arabes » ou « africaines »⁷. Selon les rapports des Nations Unies, à la fin de 2004 le conflit avait provoqué l'exode vers le Tchad de 200 000 personnes et le déplacement forcé à l'intérieur du pays de plus de 1,6 millions de personnes⁸. Au début du mois de mars 2005, le nombre de déplacés avait atteint 1,9 millions de personnes. En ce qui concerne le nombre de morts, il n'existe aucune donnée officielle: depuis le mois d'octobre 2003 jusqu'à mars 2004, il y aurait eu au minimum 200 000 morts suite à la violence, bien que certains rapports, qui avancent le chiffre de 300 000, semblent davantage correspondre à la réalité⁹.

-
- 5 Se formèrent ainsi les milices nommées *janjaouites*, composées par des combattants recrutés au sein de tribus déterminées, dans la majorité des tribus nomades arabes, bien qu'il y ait aussi certains combattants d'origine étrangère, généralement en provenance de la Syrie et du Tchad (*Rapport CIE*, par. 67-69).
 - 6 La motivation de cette politique de nettoyage ethnique n'est pas claire. Les attaques contre des groupes ethniques déterminés pourraient correspondre à une stratégie « d'arabisation » ou à une stratégie disproportionnée anti-insurgence pour freiner les groupes rebelles sécessionnistes du Sud. Voir : *Rapport de la CIE*, par. 40-60.
 - 7 Les attaques ont spécialement touché les Fur, Massalit et Zaghawa. Le rôle que la dichotomie arabo/africain joue dans le conflit du Darfour, comme élément de cause ou comme une conséquence de la politisation ou les deux dimensions, a été l'objet d'un grand débat. Le métissage ethnique a affaibli les différences entre les races dans la région, mais les tensions ou affrontements entre les tribus sédentaires, agricoles propriétaires de terres (en majorité « africaines »), et les tribus nomades (« arabes ») ne sont pas rares. De toute manière, sans prendre en compte la dimension anthropologique, toutes les études coïncident sur le fait que, maintenant, la fracture est politiquement réelle, et qu'elle s'accroît chaque fois plus, dans la mesure où, au sein de la population, a commencé à prendre de l'importance la distinction entre « Arabes » et « Africains » ou « Noirs ». Sur les identités tribales et ethniques dans le conflit du Darfour, voir l'analyse de A. de Waal, *Who are the Darfurians? Arabs and Africans Identities, Violence and External Engagement*, disponible à l'adresse <http://www.justiceafrica.org>; C. Ruiz Miguel « Implicaciones geopolíticas del conflicto de Darfur », *Análisis Real Instituto Elcano*, n° 141/2004. Dans le même sens, voir le *Rapport de la CIE*, par. 57-69.
 - 8 *Rapport du Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays*, W. Kälin, présenté conformément à la rés. 2004/55 de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2005/84 du 31 décembre 2004, par. 6.
 - 9 Voir *Darfur, Sudan: The Responsibility to Protect*, International Development Committee, House of Commons, Fifth Report of Session 2004-05, 30 March 2005, par. 4-5, disponible à l'adresse <http://www.parliament.uk>. Ce rapport critique durement les données avancées par l'Organisation mondiale de la santé, qui parlait de 70 000 morts. C'est un chiffre erroné car il

A. *Une stratégie erronée: la priorité donnée au processus de paix entre le gouvernement et le Sud et la passivité de la communauté internationale face au conflit du Darfour*

Sous les auspices de l'Autorité intergouvernementale pour le développement (IGAD), le gouvernement du Soudan et le principal groupe rebelle du Sud, le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan (M/APLS), signèrent le 9 janvier 2005, à Nairobi, un Accord de paix global qui mettait fin à la longue guerre civile entre les États du Nord et du Sud¹⁰. La conclusion de l'Accord marqua le début d'un processus de consolidation de la paix, long et complexe car il comportait l'atteinte d'objectifs comme le désarmement des anciens combattants, le retour des réfugiés et des déplacés, le partage équitable des richesses et des terres, le déminage, l'intégration des groupes armés qui n'avaient pas participé aux négociations dans les nouvelles structures du pouvoir, l'amélioration des structures dans les domaines socio-économiques tels que la santé, l'éducation, etc. La communauté internationale avait décidé d'aborder les conflits du Soudan de manière successive: d'abord garantir l'accord entre le Nord et le Sud et ensuite faire face à la crise du Darfour. Pour cette raison, la signature de l'Accord de paix global occasionna un certain optimisme du fait que l'on espérait des répercussions positives sur la solution politique au Darfour. Cependant, le Rapport sur le Darfour du 25 janvier 2005, élaboré par la Commission internationale d'enquête créée par le Secrétaire général de l'ONU¹¹, mit en évidence les graves conséquences de la stratégie adoptée par la Communauté internationale par rapport à cette région¹². En réalité, la situation préoccu-

a été calculé par rapport aux morts enregistrés dans les camps de déplacés internes depuis mars 2004 jusqu'au mois d'octobre de la même année. C'est une donnée que l'on a trop utilisée et qui a été reprise dans de nombreux rapports de l'ONU. Sur cette question, voir également ICG, *A new Sudan Action Plan, Policy Briefing*, N° 24, 26 April 2005, p. 2, n° 4, qui mentionne des études récentes où les calculs se rapprochent des 400 000 morts.

10 L'Accord prévoit un régime d'autonomie pour les États du Sud et un système de répartition de pouvoir et de contrôle sur les ressources naturelles et les richesses entre le gouvernement de Khartoum et les gouvernements sous-nationaux. En même temps, l'entrée dans le gouvernement central d'un pourcentage de membres de M/APLS pourrait faciliter un changement dans l'attitude du gouvernement de Khartoum. L'accord établit une période de pré-transition de 6 mois durant laquelle devrait être approuvée une Constitution nationale de transition. Il est ensuite prévu une période de transition de 6 ans qui devrait se terminer par la célébration d'un référendum sur l'autodétermination du Soudan Sud.

11 Rapport cité *supra* (note 1).

12 Voir l'évaluation de H. Slim, 'Dithering over Darfur? A Preliminary Review of the International Response', 80 *International Affairs*, N° 5, 2004, 811-833; dans le même sens, International Development Committee, *Darfur, Sudan, op. cit.* (note 9), pp. 35-37 et C. García Encina, « La Comunidad Internacional y Darfur », *Análisis Real Instituto Elcano*, N° 62, 2005.

pante au Darfour avait déjà été dénoncée dans les différents rapports du Secrétaire général sans pour autant parvenir à faire modifier la stratégie adoptée¹³.

Comme nous l'avons indiqué auparavant, les mouvements rebelles commencèrent leurs actions armées début 2003 et, depuis le mois de février de la même année, le gouvernement développa une campagne militaire totalement disproportionnée dirigée contre eux, mais également contre la population appartenant à des tribus déterminées. En particulier, les forces armées gouvernementales et les milices janjaouites, utilisées par le gouvernement comme « tactique de guerre »¹⁴, perpétrèrent des attaques aveugles contre la population, tuant des civils, commettant des viols et des actes de torture, procédant à des enlèvements et à des transferts forcés de populations, détruisant systématiquement des villages et leurs moyens de subsistance. De cette manière, la capacité de survie de toute la population du Darfour, et non seulement la seule partie affectée par le nettoyage ethnique, est sérieusement menacée à court et à moyen terme. La situation humanitaire, en ce qui concerne la période couvrant 2003 dans son ensemble jusqu'en avril 2004, pourrait être qualifiée de tragique. Qui plus est, le gouvernement et les milices obstruaient systématiquement le passage de l'assistance humanitaire vers le Darfour.

À la différence du gouvernement et des Janjaouid, les rebelles ont respecté en grande partie la population civile, en dirigeant leurs attaques contre les forces intergouvernementales. Cependant, la stratégie du gouvernement

13 Dans ce sens, antérieurement au Rapport de la Commission internationale d'enquête, voir *Rapport du Secrétaire général* présenté en application des par. 6 et 13 à 16 de la résolution 1556 (2004) du Conseil de sécurité (S/2004/703), 30 août 2004; *Rapport sur le Soudan présenté par le Secrétaire général* en application des par. 6, 13 et 16 de la rés. 1556 (2004) du Conseil de sécurité, du par. 15 de la rés. 1564 (2004) et du par. 17 de la rés. 1574 (2004) (S/2004/947) 3 décembre 2004; *Rapport sur le Soudan présenté par le Secrétaire général* en application du par. 15 de la rés. 1564 (2004) du Conseil de sécurité et des par. 6, 13 et 16 de la rés. 1556 (2004) (S/2004/881) 2 novembre 2004; *Rapport sur le Soudan, présenté par le Secrétaire général* en application des par. 6, 13 et 16 de la rés. 1556 (2004) du Conseil de sécurité, du par. 15 de sa rés. 1564 (2004) et du par. 17 de sa rés. 1574 (2004), S/2005/10 et S/2005/10/Corr.1, 7 janvier 2005. Comme nous pouvons le remarquer, il y a eu de nombreux rapports, mais ils ne semblent pas avoir préoccupé ceux qui souvent brandissent l'étendard des droits de l'homme.

14 *Rapport de la CIE*, par. 126, p. 42. Par rapport à la responsabilité internationale de l'État, il est essentiel de déterminer l'identité des groupes armés qui participent au conflit et la nature de leur éventuel lien avec le gouvernement. Le Rapport de la CIE réalise une analyse détaillée des éléments qui peuvent être considérés comme faisant partie des forces armées de l'État, cela inclut en plus des forces régulières, le service de renseignement, les forces populaires de défense et le service de renseignement aux frontières, et des milices janjaouites, soutenues ou contrôlées par le gouvernement, voir *Rapport de la CIE*, pp. 31-42, par. 78-126.

était d'affaiblir les groupes rebelles en créant des divisions et en détériorant leur discipline ainsi que leur discours politique. Inutile de signaler que cette stratégie fonctionna: dès la fin d'octobre 2004, les attaques des groupes rebelles contre la population civile et les agents humanitaires, tout comme les actes de pillage de leurs propriétés et le banditisme augmentèrent. La politique de nettoyage ethnique menée par le gouvernement a également poussé les groupes rebelles à choisir leurs objectifs parmi des tribus spécifiques.

Dès le début du conflit, de nombreux agents humanitaires et observateurs impartiaux avaient dénoncé la responsabilité principale du gouvernement dans les graves crimes perpétrés et le manque de volonté de la communauté internationale¹⁵ afin de résoudre le conflit, et demandaient une réponse ferme de la part de celle-ci pour y mettre fin. Cependant, cette dernière ne s'impliqua pas dans la crise en 2003, et ne donna quelques indices d'une volonté d'agir qu'à partir de mars de 2004. Le gouvernement avait déjà achevé en grande partie sa politique de nettoyage ethnique et profita de ce dernier laps de temps, celui qui s'écoule entre la prise de décision d'agir et l'intervention effective, pour développer une de ses offensives les plus violentes avant les négociations de N'Djamena, négociations qui conduisirent à l'Accord de cessez-le-feu du 8 avril¹⁶. A partir de ce moment, le gouvernement céda aux pressions internationales et l'accès humanitaire s'améliora.

Plusieurs éléments expliquent, bien qu'ils ne justifient pas, ce retard dans la réaction internationale. D'une part, l'intervention militaire en Iraq en 2003 avait été le centre d'attention principal et avait créé des divisions entre les partisans et les détracteurs de celle-ci, ce qui suscitait des réticences devant la possibilité d'une autre intervention. Mais la raison essentielle garde une connexion directe avec la situation au Soudan. La communauté internationale opta pour traiter les conflits de manière successive. Il s'agissait surtout d'assurer l'accord de paix entre le Nord et le Sud, en laissant le conflit du Darfour pour une étape postérieure. On pensait ainsi que la conclusion d'un premier accord pourrait faciliter une solution négo-

15 Par exemple, Amnistie Internationale, 'Looming Crisis in Darfur', AFR54/041/2003, 1 July 2003 ; *Soudan. Qui va répondre des crimes commis ?*, AFR 54/6/2005, 18 janvier 2005, p. 3 ; ICG, *Darfur: The Failure . . .*, *op. cit.* (note 1), et les rapports publiés régulièrement par les ONG humanitaires et des droits de l'homme comme Human Rights Watch (disponible à l'adresse <http://www.hrg.org>) et Médecins sans Frontières (disponible à l'adresse <http://www.msf.org>). Voir aussi les rapports des différentes agences de l'ONU qui travaillent au Soudan, par exemple le Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des personnes déplacées dans leur propre pays, intitulé : Mission au Soudan – La crise du Darfour (E/CN.4/2005/8), juillet 2004.

16 À cet égard, voir les observations de H. Slim, *op. cit.* (note 12), pp. 815-817.

ciée pour le second, puisqu'on redoutait que des pressions excessives sur le gouvernement de Khartoum fassent échouer les négociations nord-sud. Il ne fallait pas non plus exclure d'avance que certains pays prenaient en compte leurs propres intérêts pétroliers en optant pour cette stratégie¹⁷. Il est certain que la communauté internationale devait éviter que la pression exercée contre le gouvernement du Soudan puisse être interprétée comme un soutien aux rebelles ou les mener à un durcissement de leur position lors des négociations, risque qui souvent existe dans les conflits de cette nature. Bien qu'il s'agisse de conflits différents, « fragmenter » les négociations de paix n'était probablement pas l'option ni la plus réaliste, ni la plus efficace. La crise du Darfour constitue un élément déstabilisateur pour le processus d'application de l'Accord de paix et pour le reste des régions du Soudan, et la laisser sans solution était une mauvaise option. Le choix de traiter en priorité l'accord nord-sud équivaut en fait à faire la sourde oreille à la situation au Darfour et abandonner la population aux atrocités commises par le gouvernement. Une approche globale, ou pour le moins plus intégrée, aurait été plus en accord avec les responsabilités internationales. C'est l'option qui, finalement, paraît faire son chemin à l'ONU pour aborder l'application de l'Accord de paix global.

B. *Les efforts diplomatiques pour atteindre une solution pacifique au niveau africain*

► *Les premières initiatives de médiation*

Afin de faciliter les négociations et de parvenir à une solution globale dans le conflit du Darfour, plusieurs initiatives ont été prises. Dans un premier temps, du second semestre de 2003 jusqu'au mois de mai 2004, le gouvernement du Tchad assumait, de sa propre initiative, la fonction de médiateur pour faciliter des négociations entre les différentes parties. Un des premiers résultats de la médiation fut la signature par le gouvernement et le M/ALS d'un accord de cessez-le-feu de 45 jours, à Abeche, en août 2003. Suite à ce premier contact, il y eut plusieurs périodes de négociations, déjà avec la participation du MJE, qui furent suspendues en décembre¹⁸.

De nouveau sous la médiation du Tchad, mais déjà avec une présence internationale importante, il fut décidé qu'un nouveau cycle de négociations serait prévu à N'Djamena pour la fin du mois de mars 2004. Le résultat de

17 Le rapport du "International Development Committee" traite amplement de la question, voir *Darfur, Soudan . . . op. cit.* (note 9), par. 52-58.

18 Voir H. Slim, 'Dithering over Darfur? . . .' *op. cit.* (note 12), pp. 813-815.

cette négociation fut la signature, le 8 avril 2004, de l'Accord de cessez-le-feu humanitaire entre le gouvernement du Soudan, le M/ALS et le MJE¹⁹. Bien qu'il y ait un « Préambule politique » sur la nécessité de trouver une solution négociée, juste et globale à la crise du Darfour et de construire une culture politique démocratique, le contenu de l'Accord, comme son nom l'indique, est principalement humanitaire. Son but était d'obtenir des parties un accord de cessez-le-feu humanitaire et de permettre l'assistance humanitaire aux victimes civiles. Dans le Protocole sur l'octroi d'une assistance humanitaire au Darfour, annexé à l'Accord, les parties s'engagent à respecter des principes élémentaires, structurés autour des idées directrices suivantes: « La notion d'assistance humanitaire au Darfour et ses modalités pratiques seront conformes aux principes internationaux tendant à en garantir la crédibilité, la transparence et l'ouverture à tous, à savoir: les Conventions de Genève de 1949 et leurs deux protocoles additionnels de 1977; la Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948, la Convention internationale de 1966 sur les droits civils et politiques, la Convention de Genève de 1952 sur les réfugiés, les principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays (Principes de Deng²⁰) et les dispositions de la résolution 46/182 de l'Assemblée générale »²¹. Afin de garantir une meilleure application de ce qui était convenu, les parties devaient se réunir de nouveau pour mettre en route les organismes chargés de veiller à cette application²². Le 28 mai, les parties adoptèrent l'Accord d'Addis-Abeba sur les modalités pour l'établissement de la commission du cessez-le-feu et pour le déploiement d'une mission d'observation. Cet accord établit une Commission de cessez-le-feu (CCF) et une modeste force chargée de la supervision active de l'Accord de N'Djamena, qui s'appellerait la mission de l'Union africaine au Soudan (MUAS)²³.

19 Le texte de l'Accord de cessez-le-feu humanitaire du 8 avril 2004 et celui du Protocole sur l'octroi d'une assistance humanitaire au Darfour sont disponibles sur le site officiel de l'Union africaine <http://www.africa-union.org>.

20 Document ONU E/CN.4/1998/53/Add.2, du 11 février 1998.

21 La traduction française du texte en anglais se trouve dans le *Rapport de la CIE*, par. 168, p. 58.

22 Voir les art. 3,4 et 7 de l'Accord de cessez-le-feu de N'Djamena.

23 Voir le texte sur le site officiel de l'Union africaine, <http://www.africa-union.org>. L'accord établit la composition et les fonctions de la « Joint Commission » (art. I. 1) de la Commission de cessez-le-feu (CCF), avec le siège à Al-Fasher (Darfour), et de la Mission de l'Union Africaine d'Observation (MUAS), qui constitue le « bras opérationnel » de la Commission de cessez-le-feu (art II. 4). La composition de la « Joint Commission » est révélatrice du fait que la crise était devenue une question d'intérêt international car elle est composée entre autres, de « two senior members each, from the Parties, the Chadian mediation, the African Union (AU), the

A partir de ce moment, l'ONU envoya plusieurs commissions d'enquête sur les faits pour travailler dans les camps de réfugiés du Tchad et dans ceux du Darfour. De son côté, l'Union africaine remplaça le Tchad et conduit dès lors la médiation entre les parties pour parvenir à une solution politique lors des négociations d'Abuja.

► *L'action de l'Union africaine dans la crise du Darfour*

Durant les négociations d'Abuja, qui avaient déjà lieu sous les auspices de l'Union africaine, les trois principales parties, le gouvernement, le MJE et le M/ALS, signèrent le 9 novembre 2004 deux protocoles, un relatif à des questions d'ordre humanitaire, et l'autre relatif à la sécurité, qui établissaient des modalités pour faciliter l'accomplissement de l'Accord humanitaire de cessez-le-feu de N'Djamena. Bien que les parties étaient déjà parvenues à un accord sur les questions humanitaires lors du premier cycle de négociations, les représentants des groupes rebelles conditionnèrent leur signature à l'obtention d'un accord sur le Protocole de sécurité, à propos duquel les positions des parties étaient profondément différentes²⁴. Avec l'objectif de débloquer l'accord en ce qui concerne la question de la sécurité, la com-

US and the EU. The Chairman of the Joint Commission shall be selected by the AU from an African Union Member State » (art. I. 1. A). Comme le signale l'article II.6, les observateurs militaires peuvent être armés légèrement, puisque le déploiement de la mission d'observation part de l'engagement du gouvernement et des autres parties de garantir la sécurité des observateurs. Dans le cas où les parties ne pourraient garantir la protection des observateurs, le Président de la *Joint Commission* et de la CCF solliciteront le déploiement d'un élément de protection qui comptera un maximum de 300 effectifs. Le mandat de la CCF et de la MUAS est de vérifier l'accomplissement de l'Accord de cessez-le-feu, signaler ses itinéraires de déplacement afin d'éviter les des incidentes et déterminer clairement les endroits occupés par les combattants de l'opposition armée et vérifier la neutralisation des milices armées (art. III. i). Peu après, le 4 juin, les parties signèrent l'Accord sur le statut de la mission. En ce qui concerne la mise en fonction de la Commission de cessez-le-feu et de la MUAS, voir *Report of the Chairperson of the Commission on the situation in Darfur (The Sudan)*, Peace and Security Council, 12th meeting, 4 July, Addis Ababa, Ethiopia, PSC/MIN/2.(XII).

- 24 Les rebelles, dans leur position initiale, demandaient en matière de sécurité que les forces du gouvernement se retirent vers les positions antérieures au conflit et qu'elles soient substituées par les troupes de l'Union africaine avec un mandat qui inclurait la protection des civils; ils souhaitaient aussi l'établissement d'une zone d'exclusion aérienne sur le Darfour; la création d'une commission internationale d'enquête et d'un tribunal international pour mettre en examen les accusés de crimes de guerre et l'établissement d'un organisme international pour désarmer les Janjaouid. Le gouvernement, pour sa part, exigeait le cantonnement des rebelles en invoquant comme une des raisons une section ajoutée à la main à l'Accord de N'Djamena, dont les rebelles ne reconnaissaient pas la validité juridique (voir *Rapport du Secrétaire général S/2004/787* du 4 octobre, par. 8). Les propositions gouvernementales incluaient également une augmentation de ses troupes au Darfour, ayant pour objectif la protection des civils et l'échange des informations avec les rebelles sur l'emplacement des troupes.

munauté internationale, en particulier le représentant spécial des Nations Unies, Jan Pronk, pria instamment les représentants des mouvements rebelles de restreindre leurs exigences, puisque certaines de leurs revendications concrètes allaient être incorporées dans les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies²⁵, et que d'autres avaient été satisfaites par le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, qui avait décidé d'agrandir la force déployée par l'organisation régionale²⁶. En effet, le Conseil de paix et de sécurité, le 20 octobre 2004, avait augmenté l'effectif de la MUAS et renforcé son mandat en lui attribuant des compétences « to protect civilians whom it encounters under imminent threat and the immediate vicinity, within resources and capacity, it being understood that the protection of the civilian population is the responsibility of the GoS (Gouvernement du Soudan) »²⁷.

L'attribution expresse à la Mission de compétences pour la protection de la population civile représentait un progrès indubitable, et fut expressément soutenue par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1574 (2004)²⁸. Néanmoins, l'ambiguïté des termes utilisés était appelée à réduire son efficacité et sa

-
- 25 Malgré les violations flagrantes commises par le gouvernement, comme par exemple le bombardement de la ville de Tawilla qui eut lieu deux semaines après la signature du Protocole et les attaques aériennes qui se sont poursuivies dans les mois suivants, le Conseil de sécurité ne traiterait de nouveau la question du Darfour que 4 mois après.
- 26 Voir "Peace and Security Council", 17th meeting, 20 October 2004 Addis Ababa Ethiopia, PSC/PR/Comm. (XVII), Communiqué. La MUAS avait pour mission de patrouiller aux alentours des agglomérations, de créer des mesures de confiance entre les parties et de réagir face aux violations dont il serait averti. Avec comme finalité d'augmenter la présence sur le territoire du Darfour et améliorer la capacité de gestion, le Conseil de paix et de sécurité de l'UA, par décision du 20 octobre 2004 approuva, à Addis-Abeba, l'augmentation du contingent déployé, passant des 464 autorisés à ce moment à un maximum de 3320 composants. A aucun moment ce chiffre ne fut atteint, constituant en tout cas un chiffre insuffisant. Bien qu'en 2005, la MUAS avait déployé seulement 2259 soldats du maximum autorisé de 3156, le Secrétaire général de l'ONU signalait dans des termes optimistes qu'elle avait « pratiquement atteint son effectif militaire maximal autorisé ». Cf. *Rapport mensuel du Secrétaire général sur le Darfour*, S/2005/240, 12 avril 2005, par. 40. Malgré la volonté politique de l'UA, les problèmes logistiques et la capacité limitée de coordination stratégique ont considérablement restreint l'efficacité de la mission. De plus, on ne peut que remarquer la forte dépendance vis-à-vis de l'aide des donateurs; en particulier les États-Unis, le Canada, les Pays-Bas, l'Union européenne et l'Australie. Par la suite, l'Union africaine a autorisé un nouveau renforcement de la MUAS et décidé de porter l'effectif de la composante militaire de la MUAS à 6171 personnes, avec une composante civile appropriée, y compris jusqu'à 1560 personnes de police civile, avant la fin du mois de septembre 2005. Cf. Conseil de paix et de sécurité, Union africaine, 28ème réunion, 28 avril 2005, Addis-Abeba, Ethiopie, PSC/PR/Comm.(XXVIII).
- 27 "Peace and Security Council", 17th meeting, 20 October 2004, Addis Ababa, Ethiopia, PSC/PR/Comm.(XVII), Communiqué, par. 6.
- 28 Résolution 1574 (2004) du 19 novembre 2004, par. 13.

portée. En particulier, quand les faits démontrent que le gouvernement n'accomplissait pas sa responsabilité première, comme il peut en être déduit des attaques dans les camps de réfugiés et d'autres actions d'intimidation menées par les forces du gouvernement, il semble évident que la mission de l'Union africaine aurait dû assumer la protection des civils comme tâche ordinaire. Sa conception comme une mission essentiellement d'observation avec une « éventuelle » fonction de protection est clairement insuffisante. Bien qu'il s'agisse d'une mission créée par l'Union africaine, les recommandations formulées par le Rapport du Groupe d'études sur les opérations de paix des Nations Unies (Rapport Brahimi)²⁹ relatives à l'amélioration des opérations du maintien de la paix des Nations Unies se révèlent pertinentes. Rappelons que le Rapport dénonce vivement les réticences lors des opérations de maintien de la paix dans les années 90 au moment de faire la différence entre les victimes et les agresseurs, ce qui était dû à une interprétation erronée des principes du consentement et de l'impartialité³⁰. L'impartialité, dans les opérations pour le maintien de la paix, signifie le respect des principes de la Charte et des objectifs du mandat, qui doit être fondé sur lesdits principes. Les unités militaires des Nations Unies doivent pouvoir se défendre, défendre les autres éléments de la mission ou défendre leur mandat. Dans ce sens, lorsque les parties « ne se situent pas sur un pied d'égalité, l'une étant de toute évidence l'agresseur, l'autre la victime, l'emploi de la force n'est pas seulement justifié sur le plan opérationnel, c'est une obligation morale »³¹.

29 *Rapport du Groupe d'études sur les Opérations de paix des Nations Unies*, A/55/305-S/2000/809, 21 août 2000 et *Rapports de suivi du Secrétaire général* A/55/502, 20 octobre 2000 ; A/55/507 et A/55/507/Add. 1, 27 octobre 2000 ; A/55/977, 1er juin 2001 et A/56/732, 21 décembre 2001. Certaines questions posées par le *Rapport Brahimi* seraient traitées postérieurement dans le Rapport du Secrétaire général intitulé : *Pas de sortie sans stratégie : la prise de décisions au Conseil de sécurité et la clôture ou la transformation d'une opération de maintien de la paix des Nations Unies*, S/2001/394, (20 avril) 2001.

30 *Rapport Brahimi*, pp. X et 10-12, par. 48-55.

31 *Ibid.*, par. 50. Le rapport résume ainsi sa recommandation principale sur la théorie générale et la stratégie du maintien de la paix : « une fois déployés, les soldats de la paix des Nations Unies doivent pouvoir s'acquitter de leurs tâches avec professionnalisme et efficacité ; ils doivent aussi, grâce à des règles d'engagement fermes, être en mesure de se défendre et de défendre d'autres composantes de la mission et l'exécution du mandat de celle-ci contre ceux qui reviennent sur leurs engagements qu'ils ont pris en vertu d'un accord de paix ou qui, de toute autre façon, cherchent à y porter atteinte par la violence », par. 55. Dès la publication du Rapport, on a pu remarquer quelques changements significatifs. Dans l'actualité, il n'est pas rare que les propres États en proie à des conflits sollicitent le déploiement d'une opération de maintien de la paix. Le problème est que la majorité d'entre elles se situent en Afrique où les États chaque fois ont plus de réticences à apporter des troupes. De fait, le Secrétaire général a appelé à plusieurs occasions l'attention sur ce problème, par exemple avec son Rapport sur

Dans le cas du Darfour, la pratique a de nouveau démontré que la seule présence de travailleurs humanitaires et le déploiement d'une mission réduite d'observateurs militaires ne résolvent pas les problèmes d'insécurité. La protection des civils devrait être un objectif principal des forces internationales déployées sur le terrain. La décision du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine du 20 octobre 2004 serait suffisante dans un contexte dans lequel les parties respectent réellement les engagements pris et coopèrent avec la Mission et la Commission du cessez-le-feu. Mais lorsque la sécurité se détériore de manière progressive et que le cessez-le-feu est l'objet de violations continues, la force de l'Union africaine doit être substantiellement renforcée en ce qui concerne sa dimension et sa capacité opérationnelle, que ce soit pour accomplir la mission de supervision du cessez-le-feu ou pour garantir la protection de la population civile, comme une fonction chaque fois plus urgente exigeant un mandat explicite dans le cadre du Chapitre VII de la Charte.

► *La conduite des négociations de paix: le processus d'Abuja*

Les pressions internationales mentionnées auparavant permirent finalement que les groupes rebelles revoient à la baisse leurs revendications mais également que le gouvernement modifie son attitude à propos de certains aspects. De cette manière, on put arriver à un accord en matière de sécurité qui permit la signature des deux Protocoles³². Le contenu le plus important

le Renforcement de la capacité de l'Afrique en matière de maintien de la paix, A/59/591, 30 novembre 2004. Pour sa part, le Rapport du groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et les changements. *Un monde plus sûr : notre affaire à tous*, A/59/565, du 2 décembre 2004, a appelé les États à coopérer avec les Nations Unies à travers les organisations internationales, lesquelles disposent d'unités de réaction rapide. Dans le cas du Darfour, le Secrétaire général de l'ONU adressa un appel à l'Union européenne et à l'OTAN pour qu'elle fournisse une aide concrète à l'Union africaine, dans le discours prononcé lors de la 41^e Conférence annuelle sur la sécurité internationale à Munich, le 13 février 2005. Voir *Centre de Nouvelles de l'ONU*, 14 février 2005. En réponse à la demande du Président de la Commission de l'Union africaine, M. Alpha Oumar Konaré, l'OTAN a accepté, le 26 avril, d'entamer des pourparlers pour examiner la question d'un éventuel soutien logistique à l'opération de l'Union africaine au Darfour. Le 25 mai, le Conseil de l'Atlantique Nord a approuvé des mesures militaires que l'Alliance pourrait prendre dans plusieurs domaines : transport aérien stratégique; formation du personnel engagé dans cette mission, spécialement sur les plans du commandement et du contrôle et de la planification opérationnelle; et de la capacité d'utiliser le renseignement. Cf. *OTAN Hebdo*, 26 avril 2005, <http://www.nato.int/docu/update/2005/04-april/f0429a.htm> et *OTAN Hebdo*, 26 mai 2005.

32 En accord avec l'Agenda fixé pour les négociations d'Abuja par l'équipe de médiation de l'UA, il resta encore deux sujets sur lesquels il n'y avait pas d'accord : les questions politiques et les questions socioéconomiques. L'équipe de l'Union africaine élaborera un projet avec un certain nombre de principes afin de servir de base pour la seconde ronde de négociations (voir *Chairman's Conclusions. Third Round of the Inter-Sudanese Peace Talks on Darfur*, Abuja,

du Protocole relatif aux questions humanitaires pourrait se résumer aux éléments suivants: l'engagement du gouvernement de permettre les activités humanitaires transfrontalières lorsque les Nations Unies le considèrent nécessaires; l'acceptation par toutes les parties de l'obligation de ne pas faire obstacle aux actions d'assistance humanitaire et la reconnaissance du droit des Nations Unies et des ONGs de se déplacer librement sur les routes déterminées par les Nations Unies et, enfin, l'acceptation par toutes les parties du caractère civil des déplacés et des camps de réfugiés ainsi que du principe du retour volontaire³³. Finalement, les parties demandaient l'augmentation du nombre d'observateurs des Nations Unies en matière de droits de l'homme et décidèrent de créer un nouveau mécanisme pour faciliter l'accomplissement du protocole humanitaire³⁴.

Le Protocole sur la sécurité, quant à lui, avait pour objectif de fixer les moyens pour faciliter une meilleure application de l'Accord de cessez-le-feu. Avec cette finalité, les fonctions de la Commission du cessez-le-feu (CCF) et de la Mission de l'Union africaine s'amplifièrent et inclurent également la supervision des deux protocoles d'Abuja³⁵. Dans le protocole sur la sécurité, toutes les parties s'engagèrent à cesser les hostilités et à soumettre à la CCF l'information qu'elle pourrait solliciter, y compris l'emplacement de leurs forces sur le terrain. Le gouvernement, pour sa part, s'engageait à neutraliser et à désarmer les milices³⁶ sous la supervision de la CCF et de

Nigeria, 21 octobre-9 novembre 2004, disponible sur le site officiel de l'UA, <http://africa-union.org/DARFUR/homedar.htm>). Pour un suivi détaillé du contenu et de l'évolution du processus de négociations d'Abuja, comme pour les tentatives diplomatiques dans d'autres forums, voir les rapports de l'ICG. Il faut souligner en particulier l'initiative de la Libye, accueillie avec réserve par le M/ALPS par crainte que les manipulations du gouvernement puissent déplacer les négociations de paix du niveau de la Communauté internationale et de l'Union africaine vers le forum du monde arabe.

- 33 Le gouvernement n'a pas facilité le retour sûr et volontaire des réfugiés mais a mené, et continue de le faire, des attaques contre les camps de déplacés et d'autres actes de coercition et d'intimidation pour les obliger à retourner dans leurs villages détruits. Il y a eu également le cas de déplacements forcés.
- 34 Il s'agit de « l'Unité conjointe pour l'observation et la facilitation humanitaire » (*Joint Humanitarian Facilitation and Monitoring Unit*), avec le siège à Al Fashir. Les fonctions qui lui sont assignées sont imprécises.
- 35 Protocole entre le Gouvernement du Soudan (GoS), le Mouvement/Armée de Libération du Soudan (M/ALS) et le Mouvement de Justice et Équité (MJE) sur le renforcement de la situation de sécurité en Darfour conformément à l'Accord de N'Djamena, 9 novembre, art. 7, 9 et 10.
- 36 Bien que le gouvernement nia à plusieurs reprises qu'il existait des liens entre l'État et les Janjaouid, il est vrai qu'à d'autres occasions il le reconnut. De toute façon, les rapports provenant des ONG, ceux élaborés par le Secrétaire général et le Rapport de la CIE soulignent que des preuves démontrent sans aucun doute l'existence de liens entre les milices tribales et le gouvernement, ce qui est essentiel au moment de déterminer le degré de responsabilité du

la MUAS, à identifier les milices sous son contrôle et influence et leur ordonner la cessation des hostilités, tout en fournissant les informations pertinentes à la CCF et à la MUAS³⁷. Sans pour autant parvenir à ce que la région du Darfour se convertisse en une « zone d'exclusion aérienne », le gouvernement s'engagea à respecter l'interdiction des vols militaires hostiles au dessus de la région du Darfour³⁸. Aucun des accords conclus ne donne à la CCF de facultés de sanction en cas de manquement aux obligations des parties³⁹. C'est une carence importante car la violation continue des accords de paix crée un climat d'impunité et d'insécurité et engendre encore plus de violence. Comme le souligne le récent Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, un aspect essentiel de la responsabilité de prévenir⁴⁰ est de « veiller à ce que les accords de paix soient appliqués de manière viable et durable⁴¹ » car la réalité démontre que presque la moitié des États qui sortent d'un conflit retombent dans la violence en moins de cinq ans.

gouvernement en appuyant les milices. Le Rapport de la CIE est particulièrement éclairant sur l'identité des différents groupes participant au conflit et leur degré d'intégration ou d'indépendance par rapport au gouvernement (cf. par. 77-126).

37 Protocole sur la sécurité, art. 5.

38 *Ibid.*, art. 2.

39 Le Président de la "Joint Commission" présente régulièrement des Rapports sur la situation devant le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine. Voir l'Accord d'Addis-Abeba sur les modalités pour l'établissement de la Commission du cessez-le-feu et pour le déploiement d'une mission d'observation, article III. i) et ii).

40 Sur la portée de l'obligation de prévenir, voir *La responsabilité de protéger. Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*, décembre 2001, par. 3.1-3.43, pp. 21-31, disponible à l'adresse <http://www.iciss.ca>. Il s'agit d'éliminer toutes les causes, directes ou indirectes, des conflits internes et des autres crises qui mettent en danger la population, voir pp. 21-31. Il est évident, comme l'avait souligné antérieurement le rapport Brahimi, que l'engagement par rapport à la prévention des conflits à court et long terme doit être accompagné d'un appui politique et financier (par. 15-34, pp. 3-5). En ce qui concerne les mesures de prévention les plus indiquées à court terme, les États dans lesquels se déroule un conflit interne sont généralement plus enclins à accepter les propositions du Secrétaire général que celles des États plus puissants. Les commissions d'enquête se révèlent comme un instrument de première importance pour que le Secrétaire général facilite ses bons offices. Sur la prévention, voir également *Rapport Brahimi*, par. 91, p. 38, et le rapport *Un monde plus sûr : notre affaire à tous*, par. 89-106, pp. 38-42. Les deux documents soulignent la nécessité de développer des mécanismes juridiques qui permettent à la communauté internationale de veiller à la gestion des ressources naturelles dans le cas des conflits internes. Il s'agit d'une question qui acquiert une importance essentielle lorsque le gouvernement du Soudan a autorisé des activités de prospection de pétrole au Darfour.

41 Rapport du Secrétaire général, *Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et droits de l'homme pour tous*, A/59/2005, 21 mars 2005, p. 37, par. 114.

C. *L'implication progressive des Nations Unies*

Pendant les mois d'avril et de mai 2004, le Secrétaire général envoya plusieurs missions d'enquête au Darfour pour y évaluer la situation humanitaire et formuler des recommandations pertinentes. Les visites au Darfour du Secrétaire général et de Colin Powell, à la fin du mois de juin 2004, donnèrent une impulsion décisive qui poussa l'Organisation à s'impliquer pleinement, y compris le Conseil de sécurité.

Une seconde étape commençait ainsi durant laquelle l'action de la communauté internationale dépassa le cadre régional africain. La visite du Secrétaire général à Khartoum, le 3 juillet, se termina par l'adoption d'un Communiqué commun des Nations Unies et du gouvernement du Soudan⁴². C'était la première fois que le gouvernement du Soudan assumait des engagements spécifiques en matière humanitaire, de sécurité et en tout ce qui concerne le processus de négociations, pour parvenir à une solution politique au Darfour. Le Conseil de sécurité transforma une bonne partie de ses engagements en exigences avec la résolution 1556 (2004), comme nous le verrons par la suite.

Un Mécanisme d'application conjoint qui avait comme finalité la supervision de l'application du Communiqué commun et qui, par la suite, a démontré qu'il fonctionnait avec fluidité et efficacité, fut créé.

► *Le plan d'action pour le Darfour : une erreur aux conséquences non mesurées*

Avec la louable intention de créer les conditions nécessaires pour le rétablissement de la paix et de la sécurité au Darfour, les Nations Unies et le gouvernement soudanais adoptèrent un Plan d'action pour le Darfour le 5 août 2004⁴³. A plusieurs niveaux, le Plan est né avec des graves défauts: d'une part, l'exclusion du processus des principaux mouvements rebelles, MJE et M/ALS, mais également de l'Union africaine; d'autre part, le recours à une figure, celle des « zones de sécurité » qui s'était avérée pernicieuse dans d'autres situations. Le Plan d'action avait pour objectif d'obtenir du gouvernement des avancées concrètes en ce qui concerne les obligations précisées dans la résolution 1556 (2004) du Conseil de sécurité et les

42 Communiqué commun du Gouvernement soudanais et de l'ONU à l'occasion de la visite du Secrétaire général au Soudan, 29 juin-3 juillet 2004, S/2004/635.

43 *Plan d'action pour le Darfour*, Annexe à la lettre datée du 10 août 2004, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente du Soudan auprès de l'ONU, S/2004/636, 12 août 2004.

engagements qui avaient été acquis grâce au Communiqué commun du 3 juillet 2004 avec l'ONU. Conformément au Plan d'action, le gouvernement devait identifier « les zones du Darfour susceptibles d'être sécurisées dans un délai de 30 jours – qu'il s'agisse de camps existants de personnes déplacées ou de zones entourant des villes ou villages à forte densité de population locale, » et garantir leur sécurité ainsi que celle des réseaux de communication entre celles-ci. Il fut procédé ainsi à la désignation de sept zones entourées d'un rayon de 20 km dont la sécurité devait être assurée par le gouvernement.

Le Plan d'action eut des conséquences non désirées par les Nations Unies, puisque sa mise en œuvre contrevenait ce qui avait été convenu auparavant par les parties dans l'Accord de cessez-le-feu de N'Djamena du 8 avril. En effet, selon l'Accord de N'Djamena, les parties devaient éviter toute action ou déploiement militaire qui aurait pour effet d'augmenter le territoire sous son contrôle ou qui pourrait conduire à la reprise des hostilités. Les zones d'un rayon de 20 km se superposaient avec des zones qui, en application de l'Accord du 8 avril, devaient demeurer sous le contrôle du M/ALS. De cette manière, le Plan d'action semblait légitimer un déploiement des forces gouvernementales contraire à l'Accord de cessez-le-feu, ce qui provoqua l'échec du premier cycle de négociations de paix d'Abuja, d'où se retirèrent les représentants des mouvements rebelles. Il occasionna, qui plus est, une situation de tension et de méfiance entre les Nations Unies, signataire du Plan d'action, et l'Union africaine, chargée de superviser l'application du cessez-le-feu et de vérifier les auteurs des violations de l'Accord de N'Djamena.

Afin de corriger l'erreur commise, le Mécanisme d'application conjoint, créé en application du Communiqué commun du 3 juillet, analysa la situation et adopta plusieurs mesures visant l'harmonisation des dispositions des différents accords⁴⁴. Dès lors, le concept de « zone de sécurité » a été abandonné et n'apparaîtra plus dans les textes postérieurs des Nations Unies, ne devant plus être évoqué par le gouvernement du Soudan. A partir de ce moment, les Nations Unies ont travaillé en étroite collaboration avec l'Union africaine. Néanmoins, le gouvernement de Khartoum sut tirer des

44 La complexité du problème créé et les solutions proposées par le Mécanisme d'application conjoint sont reprises dans le Rapport sur le Soudan présenté par le Secrétaire général en application du par. 15 de la rés. 1564 (2004) du Conseil de sécurité, et des par. 6, 13 et 16 de sa rés. 1556 (2004), S/2004/787, 4 octobre 2004, par. 2-14, bien qu'ils continuèrent d'être l'objet d'attention particulière dans des rapports postérieurs (p. ex., S/2005/68 du 4 février 2005, par. 2-5).

avantages stratégiques de cette erreur car il en profita pour étendre le déploiement de son armée et de sa police au Darfour sous la couverture offerte par le Plan d'action.

Comme il était prévisible, de nouveaux affrontements éclatèrent entre les parties. En particulier, l'affrontement entre M/ALS et les milices progouvernementales en Tawila, le 22 novembre, marqua le début d'une montée des actes de violence. Depuis le début du mois de décembre 2004, le flux des armes vers la région s'intensifia et le 7 décembre commença une grande offensive du gouvernement qui faisait partie d'une campagne de « nettoyage des routes »⁴⁵, durant laquelle il recourut à plusieurs reprises à des bombardements aériens et à l'utilisation ouverte des milices janjouites⁴⁶. Sous la pression de l'Union africaine, le gouvernement s'engagea à mettre fin à l'offensive à la mi-décembre, bien qu'elle reprit en janvier et en février. En fait, les affrontements s'intensifièrent en janvier, peu de temps après la signature de l'Accord de paix global. Le bombardement de Rahad Kabolong par les forces aériennes du gouvernement, une des violations les plus graves de la trêve, eut lieu le 26 janvier 2005, un jour après que le gouvernement ait signé un document de stratégie avec l'Union européenne, qui offrait au Soudan des fonds d'aide destinés au développement, d'une valeur de 450 millions d'euros, en restaurant ainsi l'aide gelée depuis 1990⁴⁷. A l'occasion de la signature de cet accord, le gouvernement avait réitéré devant l'Union européenne sa volonté de respecter les Protocoles d'Abuja, dont un, comme nous l'avons auparavant souligné, interdisait les vols au-dessus du Darfour.

45 Sur cette campagne militaire du gouvernement, voir les Rapports du Secrétaire général sur le Soudan, présentés en application des par. 6, 13 et 16 de la rés. 1556 (2004), du par. 15 de la rés. 1564 (2004) et du par. 17 de la rés. 1574 (2004) du Conseil de sécurité, S/2005/10, 7 janvier 2005, par. 2-14 et S/2005/68, 4 février 2005, par. 9-12. Le gouvernement prétendait rouvrir les routes et les itinéraires stratégiques qui demeuraient sous le contrôle du M/ALS, mais, selon les propos du Secrétaire général « ces opérations coordonnées en pratique avec celles des milices, ne se sont pas bornées à rouvrir les routes, mais se sont étendues, de chaque côté de celles-ci sur une profondeur de 20 kilomètres. Ce 'nettoyage' a signifié l'incendie et le pillage des villages, entraînant un nouveau déplacement de population », cf. S/2005/68, par. 9.

46 Voir *Report of the Ceasefire Commission on the situation in Darfur at the Joint Committee Emergency Meeting in Abuja, Nigeria*, December 2004, disponible à l'adresse <http://www.africa-union.org/DARFUR/homedar.htm>, Rapport S/2005/68, par. 15, e).

47 L'Union européenne avait suspendu ses activités de coopération avec le Soudan en 1990. En 1999, un dialogue politique commença pour rétablir progressivement la coopération, toujours conditionnée à la conclusion d'un accord de paix entre le gouvernement du Soudan et le M/ALPS. Après la conclusion de l'accord, la Commission européenne et le gouvernement signèrent le 25 janvier 2005 un document qui programmat la stratégie pour la coopération avec le Soudan. Le document représente un premier pas vers la normalisation des relations entre l'Union européenne et le Soudan. La Commission européenne a souligné que le document serait appliqué de manière progressive et en parallèle avec l'application effective de l'Accord de paix et l'amélioration de la situation au Darfour, et elle s'est engagée à verser une contribution d'environ 400 millions d'euros. Voir IP/5/94, Bruxelles, 25 janvier 2005.

► *L'intervention du Conseil de sécurité*

La résolution 1547 (2004) du 11 juin contient la première déclaration du Conseil de sécurité en ce qui concerne le conflit du Darfour. Elle est donc postérieure au Communiqué commun du gouvernement et du Secrétaire général des Nations Unies. La résolution 1547 traite particulièrement du processus de paix entre le Nord et le Sud. Parmi d'autres mesures, elle approuve la proposition du Secrétaire général de créer une mission préparatoire qui aurait pour objectif le déploiement d'une opération de soutien à la paix pour faciliter l'application de l'Accord de paix global en cours de conclusion. Encouragé sans aucun doute par des progrès du processus de négociations, le Conseil « demande aux parties » dans l'Accord, autrement dit au gouvernement et au M/ALPS, qu'ils utilisent leur influence pour mettre fin au conflit du Darfour⁴⁸. C'est seulement ensuite qu'il y a une demande adressée aux parties à l'Accord de cessez-le-feu de N'Djamena pour qu'ils parviennent sans tarder à un accord politique. Motivée peut-être par le souhait d'employer des termes « politiquement corrects », la résolution s'abstient de condamner les violations continues de l'Accord de N'Djamena par les parties au conflit, tout comme les graves crimes commis, principalement, par les forces gouvernementales et ses milices armées.

Le Conseil changera radicalement de ton dans la Résolution 1556 (2004) du 30 juillet. L'ample préambule, après avoir rappelé la crise humanitaire et les graves violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme, conclut en affirmant « que la situation au Soudan constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales et à la stabilité de la région ». Cela débouche sur le dispositif qui, en application du Chapitre VII, exigeait au gouvernement qu'il respecte les engagements assumés en application du Communiqué commun du 3 juin 2004. Il faut souligner en particulier l'injonction faite au gouvernement pour qu'il facilite l'accès humanitaire international aux victimes, qu'il établisse les conditions de sécurité crédibles, et qu'il reprenne les négociations diplomatiques⁴⁹. En s'adressant à toutes les parties de l'accord de N'Djamena, le Conseil de sécurité les enjoint de conclure un accord politique et de respecter le cessez-le-feu⁵⁰. Enfin, la résolution impose un embargo sur l'armement et le matériel militaire dirigé « à tous les individus et entités non gouvernementales y compris les Janjaouid » qui agissaient au Darfour. Mais, en choisissant d'exclure

48 Résolution 1547 (2004), 11 juin, par. 6.

49 Résolution 1556 (2004), par. 1 et 6.

50 *Ibid.*, par. 5.

le gouvernement soudanais de l’embargo principal responsable de la situation de violence au Darfour⁵¹, la mesure était viciée dès son origine.

En répondant à l’exigence formulée dans la résolution 1556, le Secrétaire général présenta 30 jours après un rapport sur l’évolution de la situation⁵². En prenant en compte le rapport, le Conseil de sécurité adopta la résolution 1564 (2004), du 18 septembre, en application du Chapitre VII de la Charte. Un des aspects à souligner de la résolution est la demande faite au plus haut fonctionnaire des Nations Unies pour qu’il crée rapidement une commission internationale d’enquête. Son mandat comprendrait l’analyse des informations relatives à de graves violations du droit international qui avaient été commises par les parties dans le conflit du Darfour, la détermination de l’existence ou non d’actes de génocide, l’identification des auteurs de ces actes et la proposition de mesures pour mettre en œuvre la responsabilité des coupables⁵³. Comme dans la résolution précédente, le Conseil dirigea ses exigences principalement au gouvernement du Soudan et le menaça de nouvelles sanctions. La condamnation des violations de cessez-le-feu, l’appel à la reprise des pourparlers de paix d’Abuja et la demande de mettre fin à tout acte de violence sont dirigés à toutes les parties au conflit. Cependant, le gouvernement du Soudan est le seul destinataire des condamnations spécifiques concernant les attaques aériennes sur plusieurs villages⁵⁴, et le fait de ne pas avoir mis fin au climat d’impunité en laissant sans condamnation les criminels qui agissaient au sein des Janjaouid et des forces de défense populaires⁵⁵. Finalement, le Conseil de sécurité menace d’adopter d’autres mesures en application de l’article 41 de la Charte, dirigées contre le gouvernement du Soudan ou contre certains de ses membres, et qui pourraient en particulier affecter le secteur pétrolier⁵⁶. Malgré le ton ferme des deux résolutions précédentes, la résolution 1574 (2004) du 19 novembre, adoptée par le Conseil de sécurité lors de sa session spéciale

51 *Ibid.*, par. 7.

52 Rapport présenté par le Secrétaire général en application des par. 6 et 13 à 16 de la résolution 1556 (2004) du Conseil de sécurité, 30 août 2004.

53 Rés. 1564 (2004) du 18 septembre, par. 12. Constituée le 25 octobre 2004, la Commission devait accomplir sa mission et rendre le rapport correspondant dans un délai de trois mois. Sur la portée de la mission et la nature de la Commission, voir *Rapport de la CIE, op. cit.* (note 1) par. 1-39 et par. 523-532.

54 La Résolution 1564 (2004) rappelle au gouvernement soudanais son obligation de s’abstenir d’effectuer des vols militaires sur la région du Darfour, en application de l’Accord de N’Djamena. Cf. par. 11.

55 Résolution 1564, par. 7.

56 *Ibid.*, par. 14. Il va sans dire que ce type de mesures n’a pas été adopté jusqu’à présent (30 avril 2005).

tendue à Nairobi, ne s'insère pas dans le cadre du Chapitre VII. Cette dernière résolution insiste particulièrement sur la Déclaration de Nairobi relative à la phase terminale des négociations entre le Nord et le Sud⁵⁷. Cependant, malgré qu'elle reitérait certains avertissements mentionnés dans les résolutions précédentes, elle omit toute référence à l'obligation de procéder au désarmement des milices janjaouites.

Un élément présent dans toutes les résolutions du Conseil de sécurité est le rappel « qu'il incombe au premier chef au Gouvernement soudanais de protéger sa population sur son territoire, de respecter les droits de l'homme et de maintenir l'ordre, et que toutes les parties sont tenues de respecter le droit international humanitaire⁵⁸ ». Comme le souligne le Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, la souveraineté implique une double responsabilité: d'une part, le devoir externe de respecter la souveraineté des autres États, et d'autre part, le devoir interne de respecter la dignité et les droits fondamentaux de sa population⁵⁹. Il revient à chaque État en tant que responsable principal l'obligation de protéger sa population et, le cas échéant, à la communauté internationale en tant que responsable subsidiaire. Cette responsabilité subsidiaire ou résiduelle est déclenchée quand il est évident qu'un État ne veut ou ne peut pas accomplir sa responsabilité de protéger, lorsque l'État lui-même est l'auteur matériel des crimes ou lorsque les actes criminels qui ont lieu dans un État supposent une menace directe pour des personnes vivant à l'extérieur⁶⁰. Dans ce dernier cas, la responsabilité de protéger de la communauté internationale⁶¹ aura priorité sur le principe de non-interven-

57 La résolution 1564 (2004) contient en annexe la « Déclaration sur la conclusion des négociations de l'IGAD pour la paix au Soudan, 19 novembre 2004, Gigiri (Nairobi) » signée par le Gouvernement de la République du Soudan et le Mouvement/Armée de libération du peuple soudanais.

58 Voir Résolution 1564 (2004) du 18 septembre.

59 *La responsabilité de protéger*; *op. cit.* (note 40), p. 9, point 1.35.

60 Cette nouvelle approche de la notion de souveraineté acquiert une signification spéciale dans le domaine qui nous occupe. « En premier lieu, elle implique que les autorités étatiques sont responsables des fonctions qui permettent de protéger la sécurité et la vie des citoyens et de favoriser leur bien-être. En deuxième lieu, elle donne à penser que les autorités politiques nationales sont responsables à l'égard des citoyens au plan interne et de la communauté internationale par l'intermédiaire de l'ONU. En troisième lieu, elle signifie que les agents de l'État sont responsables de leurs actes, c'est-à-dire qu'ils doivent *rendre des comptes* pour ce qu'ils font ou ne font pas. L'argument en faveur de cette redéfinition théorique de la souveraineté est renforcé par l'impact sans cesse grandissant des normes internationales relatives aux droits de l'homme, et la prégnance toujours plus grande de la notion de sécurité humaine dans le discours international. » Voir *La responsabilité de protéger*, p. 14, point 2.15.

61 Nous voulons souligner que la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États considère que les expressions « droit à l'intervention humanitaire » ou « droit à

tion⁶². La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, identifiait ainsi une « nouvelle pratique » internationale tendant à la consolidation d'un principe identifié comme « la responsabilité de protéger »⁶³. Selon ce principe, « l'intervention à des fins de protection humaine, y compris l'intervention militaire dans des cas extrêmes, est admissible lorsque des civils sont en grand péril ou risquent de l'être à tout moment et que l'État en question ne peut pas ou ne veut pas mettre fin à ce péril ou en est lui-même l'auteur »⁶⁴. La « responsabilité de protéger » présenterait trois aspects: la responsabilité de prévenir, la responsabilité de réagir et la responsabilité de reconstruire.

Il est évident que les mesures préventives ne sont pas toujours suffisantes pour résoudre certains conflits, et il peut être nécessaire que d'autres membres de la Communauté internationale doivent intervenir. La question est de savoir comment doivent être menées ces actions interventionnistes coercitives qui, comme le souligne la Commission, « peuvent être d'ordre politique, économique ou judiciaire et, dans des cas extrêmes, – mais seulement dans les cas extrêmes – elles peuvent également comprendre une action militaire »⁶⁵. Autrement dit, des mesures coercitives peuvent et doivent être adoptées avant des mesures militaires, la décision d'intervenir militairement demeurant donc exceptionnelle. Mais, « [i]l est cependant des circonstances exceptionnelles où c'est précisément cet intérêt de tous les États à maintenir un ordre international stable qui les oblige à réagir lorsque tout ordre a disparu à l'intérieur d'un pays ou qu'un conflit civil et la répression qui l'accompagne sont si violents que la population civile est menacée d'une massacre, d'un génocide ou d'un nettoyage ethnique à grande échelle »⁶⁶.

intervenir » sont inadéquates, et préfère l'expression « responsabilité de protéger », davantage proche de ceux qui demandent ou nécessitent de l'aide, et non pas de ceux qui considèrent qu'il est possible d'intervenir.

- 62 Les bases qu'établit la Commission pour cette responsabilité de protéger sont les suivantes : a) les obligations inhérentes au concept de souveraineté; b) la responsabilité primordiale de maintenir la paix et la sécurité internationales qu'a le Conseil de sécurité (art. 24 de la Charte des Nations Unies); c) le corps juridique de normes en matière de protection des droits de l'homme, ainsi que celles de droit international humanitaire; et d) la pratique croissante des États, organisations internationales et du Conseil de sécurité lui-même.
- 63 Le Conseil de sécurité s'est montré chaque fois plus disposé les dernières années à agir à partir de cette base, comme ce fut le cas en Somalie, mais également d'autres organisations comme la CEDEAO pour intervenir au Liberia et en Sierra Leone, et l'OTAN dans le cas du Kosovo, sans autorisation du Conseil de sécurité. Voir *La responsabilité de protéger*, pp. 16-17, points 2.24-2.27.
- 64 *Ibid.*, p. 16, points 2.24-2.25.
- 65 *Ibid.*, p. 33, point 4.1.
- 66 *Ibid.*, p. 36, point 4.13. Il s'agirait des cas « où la violence est si manifestement 'attentatoire

Quatre ans plus tard, le Groupe de personnalités de haut niveau, créé par le Secrétaire général pour élaborer le Rapport sur les menaces, les défis et le changement confirma la reconnaissance chaque fois plus importante d'une obligation internationale de protéger aux êtres humains souffrant des atrocités qui peuvent être évitées. Il s'agirait d'une nouvelle norme « prescrivant une obligation collective internationale de protection, dont le Conseil de sécurité peut s'acquitter en autorisant une intervention militaire en dernier ressort, en cas de génocide et d'autres tueries massives, de nettoyage ethnique ou de violations graves du droit international humanitaire, que des gouvernements souverains se sont révélés impuissants ou peu disposés à prévenir »⁶⁷. Récemment, un rapport du Secrétaire général soutenait l'existence de cette responsabilité collective de protéger et d'agir en conséquence, quand cela serait nécessaire⁶⁸.

En ce qui concerne les critères de légitimation d'une intervention, génocide, nettoyage ethnique et autres crimes similaires de lèse humanité constituent, selon les Nations Unies, des menaces contre la paix et la sécurité internationales, face auxquels la communauté internationale « devrait pouvoir chercher la protection du Conseil de sécurité ». En accord avec le rapport du Secrétaire général, il ne s'agit pas de trouver des sources d'autorités alternatives mais plutôt de parvenir à ce que le Conseil de sécurité fonctionne mieux⁶⁹. Pour permettre cette intervention, il doit y avoir des preuves concluantes sur l'existence des situations précitées. La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, dans son rapport, soulignait qu'il convenait de disposer d'un rapport préparé par un organisme non gouvernemental, impartial et reconnu au niveau universel. Il est évident qu'en ce qui concerne le Darfour, il n'y a aucun doute que ces preuves concluantes existent et qu'elles proviennent de différentes sources très variées et dignes de confiance, en commençant par les premiers rapports des ONGs, et en continuant avec les rapports de la Commission du cessez-le-feu, ceux élaborés par les commissions d'enquête créées par l'ONU, tout particulièrement celui de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, ainsi que les rapports présentés par le Secrétaire général lui-même.

à la conscience de l'humanité' ou bien qui représentent un danger si évident et immédiat pour la sécurité internationale qu'ils exigent une intervention coercitive d'ordre militaire », *ibid.* La Commission ajouta six conditions rigoureuses pour qu'une intervention militaire puisse être justifiée : autorité appropriée, juste cause, bonne intention, dernier recours, proportionnalité des moyens et perspectives raisonnables. Cf. pp. 36-42, points 4.15-4.43.

67 *Un monde plus sûr : notre affaire à tous*, *op. cit.* (note 31), pp. 61-62 par. 203. La formule utilisée reprend dans son essence la définition provenant du rapport sur *La responsabilité de protéger*.

68 *Dans une liberté plus grande*, *op. cit.* (note 41), par. 135, p. 39.

69 *Ibid.*, par. 125-126, p. 37.

► *La période d'attente suite au Rapport de la Commission internationale d'enquête*

Dans l'exercice du mandat conféré par le Conseil de sécurité, la Commission internationale d'enquête analysa des rapports provenant de diverses sources et réalisa également ses propres investigations sur le terrain. Comme point de départ, le Rapport détacha l'existence de deux faits irréfutables: d'une part l'existence d'un grand nombre de déplacés internes et de réfugiés au Tchad⁷⁰, et d'autre part, la constatation d'une destruction systématique et à grande échelle des villages dans toute la région du Darfour.

En ce qui concerne la qualification des crimes et la responsabilité qui incombe aux parties, les conclusions du rapport sont claires. La Commission affirma la responsabilité des forces du gouvernement et des milices janjaouites pour la violation des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et du droit international humanitaire. Parmi les crimes de guerre, sont cités les attaques délibérées aux civils, les actes de torture, les assassinats massifs et la destruction de villages. Le rapport souligne que certaines de ces pratiques revêtaient un caractère systématique et généralisé et pourraient donc relever aussi des crimes contre l'humanité⁷¹. D'autres actions des forces gouvernementales et des Janjaouid, commises de manière systématique pourraient également constituer des crimes contre l'humanité, comme le viol et autres formes de violence sexuelle, les actes de torture, les déplacements forcés, les enlèvements et disparitions forcées de femmes. Dans la mesure où ces actions furent dirigées en majorité contre des membres des tribus africaines, la Commission considéra en outre qu'elles avaient un caractère discriminatoire et pourraient constituer une persécution et un crime contre l'humanité⁷².

Par rapport aux mouvements rebelles, il y avait des preuves qui impliquaient également des membres de l'ALS et du MJE dans la commission de violations graves du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire constitutives de crimes de guerre. Ces actions, cependant, ne revêtaient pas un caractère généralisé et systématique⁷³.

Par rapport à la question controversée de savoir si les actes commis au Darfour étaient constitutifs de génocide, la Commission considéra que le gouvernement central n'avait pas développé une politique de génocide, car

70 Le Rapport de la CIE renvoie aux données des Nations Unies, qui situent à 1 650 000 le nombre de déplacés et à 200 000 celui de réfugiés. *Rapport CIE*, p. 3.

71 *Rapport CIE*, par. 630-634.

72 *Ibid.*, par. 634-638.

73 *Ibid.*, par. 639.

les faits ne révélèrent pas une telle intention de sa part. Il n'est cependant pas exclu une volonté génocidaire de la part de certains individus, mais cette question doit être tranchée par un tribunal compétent⁷⁴.

Comme mécanisme pour lutter contre l'impunité, la Commission recommanda au Conseil de sécurité de déférer la situation au Darfour à la Cour pénale internationale⁷⁵. En effet, les preuves démontraient l'incapacité des institutions judiciaires soudanaises de rechercher et de traduire les responsables en justice.

En définitive, le Rapport, en confirmant les faits procédant d'autres sources, certifie que le gouvernement a violé tous les engagements auxquels il avait souscrit en matière humanitaire et de sécurité⁷⁶. Les violations systématiques des normes fondamentales de droit international humanitaire par le gouvernement ne pouvaient que conduire les groupes d'insurgés au même comportement. Dans ce sens, les derniers rapports constatent une augmentation des attaques et des violations du cessez-le-feu de la part du M/ALS et du MJE ainsi qu'une augmentation des pillages. Ce dernier type d'actions peut être un signe révélateur de l'incapacité des rebelles de couvrir les besoins de ses troupes et de l'affaiblissement progressif du contrôle de la part du commandement. Le M/ALS argumente que de telles actions sont réalisées par des chefs indépendants, sans avoir été portées à la connaissance du leader politique, et donc, sans avoir reçu le consentement de ce dernier. L'augmentation des actes de pillage attribués au M/ALS, des attaques contre des tribus déterminées et l'émergence de chefs indépendants sont des indices d'un principe de rupture dans le commandement et le contrôle au sein du groupe insurgé. Il ne peut alors y avoir des réelles probabilités d'un accord politique si les groupes rebelles ne sont pas dotés d'institutions nécessaires, la communauté internationale devant alors contribuer à cette tâche. De plus, à côté des groupes rebelles principaux, de nou-

74 *Ibid.*, par. 489-522. La thèse relative à la commission d'actes de génocide avait acquis une grande force entre les autorités des États-Unis qui avaient utilisé souvent ce terme pour se référer à la situation du Darfour. Voir S. Strauss, 'Darfur and the Genocide Debate', *Foreign Affairs*, January/February 2005. Néanmoins, l'ambassadeur itinérant des États-Unis pour les crimes de guerre cessa de parler de génocide, pour se référer à des « indicateurs de génocide », voir S. Power, 'Dying in Darfur. Can the Ethnic Cleansing in Sudan Be Stopped?', *The New Yorker*, 30 August 2004.

75 *Rapport CIE*, par. 647-649.

76 Il s'agit de l'Accord de cessez-le-feu et du protocole, du 8 avril 2004 de N'Djamena ; l'Accord d'Addis-Abeba sur les modalités pour l'établissement de la commission du cessez-le-feu et pour le déploiement d'une mission d'observation, 28 mai 2004 ; le Plan d'action adopté en accord avec les Nations Unies, 5 août 2004 ; et le Protocole sur les questions humanitaires et le Protocole relatif aux questions de sécurité, 9 novembre 2004.

veaux groupes armés apparaissent, ce qui détériore encore davantage les questions de sécurité. Il faut mentionner à cet égard le Mouvement National pour la Réforme et de Développement (MNRD), scindé du MJE, duquel il se détache par son idéologie politique et son caractère non islamiste. Il a reçu un appui extérieur considérable du Tchad et ne participe pas aux négociations d'Abuja, dû principalement à l'opposition des deux autres groupes rebelles⁷⁷. De même, le nombre élevé de personnes déplacées accroît les nécessités d'assistance humanitaire dans des périodes où l'insécurité du personnel humanitaire a poussé plusieurs organisations à se retirer.

D. *Le Conseil de sécurité et la responsabilité de réagir*

Malgré le climat de coopération et d'optimisme, de l'apparente bonne volonté et de l'engagement des parties dans l'Accord global, il est certain que la situation au Darfour s'est détériorée sans cesse, provoquant une situation d'urgence de grandes dimensions.

Le Conseil a été paralysé plusieurs mois par des divergences entre ses membres sur les mesures à adopter. Il s'était écoulé plus de deux mois depuis la conclusion de l'Accord de paix et presque deux mois depuis que la Commission internationale d'enquête avait présenté son rapport accompagné de recommandations. Il semblait exister un accord sur la nécessité d'actions plus rigoureuses pour inciter les parties à un respect réel de leurs engagements et de leurs obligations internationales. En particulier, il y avait un consensus sur les objectifs indiscutables de n'importe quelle mesure: la reprise des pourparlers d'Abuja, la cessation des attaques à la population civile et des obstacles à l'assistance humanitaire et le soutien aux efforts de l'Union africaine et au processus de paix au Sud. Cependant, il n'existait aucun accord sur les mesures appropriées. Un des principaux points de discordance était la question de lier ou non l'établissement d'un mécanisme pour juger les responsables des crimes commis au Darfour à la création d'une opération de maintien de la paix⁷⁸. Pour débloquer la situation, le Conseil

77 L'exclusion des négociations de paix l'emmena à signer un accord de cessez-le-feu avec le gouvernement, sous la médiation du Tchad, le 18 décembre 2004. Sur son origine, ses soutiens, et les raisons de son exclusion du processus de paix, voir *Report of the Chairperson of the Commission on the Situation in the Darfur Region of the Sudan, Peace and Security Council*, 23rd meeting, 10-11 January 2005, Libreville, Gabon, PSC/AHG/4 (XXIII), par. 13; *Rapport de la CIE*, par. 139-140, p. 45. En ce qui concerne l'existence d'autres groupes, il est plus difficile de constater leur caractère opérationnel et leur réelle indépendance.

78 Déclaration à la presse du Président du Conseil de sécurité concernant la situation au Soudan, Communiqué de presse, SC/8307, AFR/1107.

accepta la proposition des États-Unis de considérer les questions séparément, en adoptant trois résolutions différentes: une relative à la création de la MINUS, une autre sur le renforcement des sanctions et enfin, une relative aux poursuites menées contre les criminels de guerre.

► *L'établissement d'une mission des Nations Unies au Soudan*

Le 24 mars 2005, le Conseil de sécurité adopta la résolution 1590 portant sur la création d'une mission des Nations Unies au Soudan (MINUS⁷⁹). Il existait un large accord entre les membres du Conseil sur la nécessité d'établir une opération et sur les fonctions qu'elle devait assumer de façon que la résolution fût adoptée à l'unanimité⁸⁰. Comme nous l'avons déjà signalé, il existe une évidente interdépendance entre le processus de paix au Soudan et la solution du conflit du Darfour. Pour cette raison, en cette fois-ci, en créant la force pour accompagner l'Accord de paix global du 9 janvier 2005, le Conseil de sécurité décida de traiter les deux questions⁸¹. Il semble important de s'arrêter sur certains aspects de la MINUS. En premier lieu, sa taille: selon la décision du Conseil de sécurité, elle devait être composée au maximum de 10 000 militaires et de 715 policiers civils⁸². En second lieu, l'extension de ses pouvoirs et de ses fonctions: certains, la majorité, ont pour objectif immédiat l'application de l'Accord de paix global, par exemple, coordonner l'action des donateurs, la promotion des différents programmes prévus dans l'accord en matière de désarmement, la participation de la population – y compris les femmes – dans le processus de paix, la formation de la police soudanaise, la promotion de l'État de droit avec un pouvoir judiciaire indépendant, la défense des droits de l'homme et l'assistance électorale⁸³.

79 Le gouvernement du Soudan accueille avec satisfaction la résolution et se réjouit de ce que l'établissement de la mission du maintien de la paix au Soudan soit séparé des autres thèmes. Pour un résumé de la 5151^e session, avec les interventions des représentants des États, voir Communiqué de presse SC/8343, 24 mars 2005.

80 Sans aucun doute, le travail préalable effectué par le Secrétaire général fut important: la résolution s'ajuste en grande partie aux recommandations formulées dans le Rapport du Secrétaire général sur le Soudan, S/2005/57, 31 janvier 2005.

81 Cette même position avait été adoptée par le Secrétaire général dans son Rapport sur le Soudan, présenté devant le Conseil le 2 février 2005, S/2005/57. Dans le Rapport, il est recommandé au Conseil de sécurité que, agissant en vertu du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies, il autorise le déploiement d'une opération multidimensionnelle de soutien à la paix, de plus de 10 000 hommes. Cette opération serait chargée d'appuyer la mise en œuvre de l'Accord de paix global signé le 9 janvier 2005 entre le Gouvernement du Soudan et le Mouvement/Armée de libération du peuple soudanais, et couvrirait les aspects de la sécurité, de la gouvernance, de l'assistance humanitaire et du développement.

82 Résolution 1590, par. 1.

83 Résolution 1590 (2005), par. 4. a).

D'autres fonctions, bien qu'elles constituent un soutien indirect à l'application de l'Accord de paix, sont directement orientées vers la résolution du conflit du Darfour. Dans ce sens, la MINUS assume les tâches de « surveiller et vérifier l'application de l'Accord de cessez-le-feu et enquêter sur toutes violations » comme celles d'« observer et surveiller les mouvements des groupes armés et le redéploiement de forces dans les secteurs où elle est déployée conformément à l'Accord de cessez-le-feu »⁸⁴.

A coté de cette première mission, la MINUS est également appelée à exercer d'autres activités qui n'étaient pas nécessairement circonscrites dans l'Accord de paix, par exemple, aider à créer les conditions de sécurité pour faciliter l'assistance humanitaire et le retour volontaire des réfugiés et des personnes déplacées, dans les mesures de ses possibilités et dans les zones dans lesquelles elle est déployée⁸⁵. La résolution montre sa reconnaissance envers les Organisations régionales africaines ainsi que son soutien par rapport à leurs initiatives. De la même manière, la MINUS doit réaliser sa mission en maintenant une étroite assistance et coopération avec la Mission de l'Union africaine au Soudan⁸⁶.

En accord avec ces faits, il faudrait conclure que ce n'est pas une mission « traditionnelle » de maintien de la paix, mais plutôt « une opération complexe »⁸⁷ à laquelle on prétend donner une valeur dissuasive crédible. Pour cette même raison, le Conseil de sécurité utilise ses pouvoirs coercitifs et se place dans le cadre du Chapitre VII de la Charte pour définir deux éléments clés de la mission⁸⁸. Le premier de ces éléments est l'autorisation

84 *Ibid.*, par. 4. a), i) et ii).

85 *Ibid.*, par. 4. b). Les autres missions entrant dans le mandat de la MINUS consistent à aider les parties à l'Accord de paix dans les activités de déminage et de coopérer à l'action internationale pour la promotion et la protection des droits de l'homme au Soudan. Le préambule rappelle les normes de droit international humanitaire, en particulier celles relatives à la protection des femmes, enfants, population civile, personnel humanitaire et personnel des Nations Unies, ainsi qu'à la politique de tolérance zéro face aux possibles conduites d'exploitation sexuelle de la part du personnel des Nations Unies. Ces questions sont reprises et développées dans le dispositif de la résolution, en particulier dans les paragraphes 14 et 15. Ce dernier est relatif à la violence contre les femmes et les filles comme instruments de guerre, et il faut les considérer applicables à la totalité de la mission, dans le Sud et au Darfour.

86 *Ibid.*, par. 2 et 3.

87 Il s'agit des termes utilisés par le *Rapport Brahimi*, voir par. 51.

88 Cette manière d'agir du Conseil de sécurité n'est pas habituelle. Comme le signale le Rapport du groupe de personnalités de haut niveau, à l'heure actuelle le Conseil de sécurité fait recours normalement au Chapitre VII, qu'il s'agisse d'une opération de maintien de la paix ou d'imposition de la paix car n'importe quelle situation peut se détériorer et il est nécessaire qu'il soit connu avec certitude que la mission puisse utiliser la force si nécessaire, par exemple devant les factions qui mettent en danger l'Accord de paix ou la population civile. Il faut qu'il soit clair que les missions de maintien de la paix qui opèrent en application du Chapitre VI

donnée à la MINUS d'avoir recours à la force au-delà des limites de la légitime défense pour protéger la population civile, bien qu'il s'agisse d'une protection limitée aux civils « sous menace imminente de violence physique » ou dans les secteurs « où les forces seront déployées et dans la mesure où elle jugera que ses moyens le lui permettent »⁸⁹. Comme l'avait signalé le Rapport de la Commission indépendante d'enquête relative au Rwanda, la présence d'une opération de maintien de la paix génère des attentes de protection au sein de la population civile⁹⁰. Pour cette raison, le fait que les mandats du Conseil de sécurité permettent expressément au personnel de la mission de protéger les civils en situation dangereuse est en soi une réussite. Néanmoins, pour que ces mesures soient convaincantes et viables, la mission doit posséder les ressources nécessaires⁹¹. Le second élément est que le Conseil de sécurité s'est situé dans le Chapitre VII pour déterminer le statut des forces de la MINUS, en imposant au gouvernement ce qui était prévu dans l'accord type sur le statut de forces du 9 octobre 1990 (A/45/594) comme régime provisoire, dans l'attente de conclure l'accord pertinent avec le gouvernement soudanais.

Comme l'a souligné le rapport sur « La responsabilité de protéger », si le Conseil de sécurité décide d'intervenir, il doit affronter « la responsabilité de reconstruire », c'est-à-dire que l'intervention doit être accompagnée d'une volonté réelle d'aider à consolider une paix durable en promouvant une gouvernabilité adéquate. Pour cela, il est primordial de restaurer la sécurité et l'ordre public, en collaboration avec les autorités locales auxquelles il faut peu à peu transférer la responsabilité et l'autorité pour la reconstruction⁹². Comme nous le savons déjà, les pays qui viennent de pâtir d'un conflit doivent faire face à des nécessités spéciales, particulièrement dans les domaines de la sécurité, de la justice et du développement économique. Les mandats du Conseil de sécurité doivent inclure les éléments nécessaires pour agir dans cette voie. En matière de sécurité, par exemple, il faut protéger tous ceux qui composent la population, quelle que soit leur origine ethnique ou leur relation avec le secteur de la population qui anté-

ont le droit d'avoir recours à la force en légitime défense et que ce droit comprend celui de « défendre la mission ». Voir *Un monde plus sûr*, *op. cit.* (note 31), par. 210-213, p. 65.

89 Résolution 1590 (2005), par. 16.1.

90 *Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur les actions de l'ONU lors du génocide de 1994 au Rwanda*, S/1999/1257, p. 54, cité dans le *Rapport Brahimi*, p. 62.

91 C'est une des questions que le *Rapport Brahimi* met particulièrement en évidence : la nécessité de mandats clairs, convaincants et viables. Cf. Par. 62-63, p. 13.

92 Cf. p. 43, point 5.1.

rièvement détenait le pouvoir sur le territoire. Pour cela, il est extrêmement important de parvenir au désarmement et à la démobilisation des milices. C'est à ces seules conditions que peut être rétabli l'ordre public⁹³. Mais il est également important de mettre en place un système judiciaire efficace et d'encourager les initiatives de réconciliation entre les parties⁹⁴. Enfin, un pays ne peut fonctionner sans des conditions de développement appropriées, d'où la nécessité d'obtenir des fonds pour la reconstruction, question à propos de laquelle le Secrétaire général s'est énormément impliqué en faisant de nombreux appels à la communauté internationale.

Face à tous ces défis, il semble nécessaire de se demander si le mandat de la MINUS est réaliste⁹⁵, si ses effectifs sont suffisants et si les conditions pour un déploiement avec des garanties et des possibilités de succès sont réunies. Bien qu'elle soit appelée à se déployer sur le territoire d'un pays, le Soudan, la MINUS devra réaliser ses opérations dans deux contextes distincts. Le premier est une situation de post-conflit où les parties sont parvenues à un Accord de paix et ont sollicité l'établissement d'une « force de soutien à la paix ». L'autre, le conflit du Darfour, est marqué par la persistance d'un conflit interne: il n'y a pas d'accord de paix, il existe l'Accord de cessez-le-feu de N'Djamena, constamment violé par les parties qui, pour le moment, ont interrompu les négociations de paix⁹⁶.

La création de la force avance lentement, son déploiement tardera plusieurs mois et probablement ne comprendra pas la totalité du contingent prévu. Comme nous l'avons déjà mentionné, le laps de temps qui existe entre le moment où la communauté internationale adopte une mesure et celui où elle est mise en pratique, est particulièrement dangereux pour la population affectée par le conflit car les « agresseurs » profitent de cette « dernière opportunité » pour agir, libres de toute ingérence. En prenant en compte les recommandations du Rapport Brahimi, formulées à partir d'expériences tragiques, il faut se demander si une autre mesure n'aurait pas été plus adéquate. Certainement, la communauté internationale s'en est rendue compte tard, mais adopter une décision trop rapidement lorsqu'il est évident

93 Cf. pp. 45-47.

94 Dans les nombreux pays où ont été menées des opérations similaires, il n'y a jamais eu un système judiciaire digne de ce nom car, en général, ceux-ci étaient corrompus.

95 En plus des fonctions énoncées, la Résolution confiait au Secrétaire général la tâche d'étudier quelles mesures on pouvait adopter pour optimiser la mission déployée, pour renforcer sa contribution à la paix au Darfour en apportant un appui logistique et une assistance technique à la MUAS. Cf. par. 5.

96 Dans ce sens, la Résolution 1590 exhorte les parties au conflit de reprendre, de manière rapide et sans conditions, les négociations de paix d'Abuja. Cf. par. 7.

que son application va être un échec n'est pas non plus une solution. Selon le groupe de haut niveau, « le Conseil de sécurité devrait garder à l'état de projet les résolutions prévoyant le déploiement d'effectifs assez nombreux jusqu'à ce que le Secrétaire général ait reçu des États Membres l'assurance qu'ils fourniraient les contingents et autres éléments d'appui indispensables »⁹⁷. Le déploiement partiel de troupes insuffisantes ne peut satisfaire les espoirs qu'il génère dans la population civile, ce qui sape la crédibilité de l'Organisation.

► *Le renforcement des sanctions*

Le second élément de la proposition des États-Unis, celui de l'imposition de sanctions, fut traité par le Conseil de sécurité le 29 mars 2005, en adoptant la résolution 1591. A cette occasion, il n'atteint pas l'unanimité et la résolution fut adoptée à la majorité de douze voix, avec les abstentions de l'Algérie, de la Chine et de la Fédération de la Russie⁹⁸.

La Résolution 1591 suit la même ligne que les précédentes, en signalant clairement au gouvernement du Soudan que la Communauté internationale ne peut apporter un appui financier nécessaire pour l'application du Plan de paix et pour la reconstruction de l'État si les conditions adéquates ne sont pas réunies, fondamentalement si la situation ne s'améliore pas au Darfour. Le dispositif de la résolution 1591 se situe entièrement dans le cadre du Chapitre VII. En premier lieu, le Conseil réitère à toutes les parties dans le conflit l'exigence de respecter les engagements acceptés en application de l'Accord de cessez-le-feu de N'Djamena et les Protocoles d'Abuja. En outre, il insiste particulièrement sur les engagements « d'indiquer l'emplacement de leurs forces, de faciliter l'assistance humanitaire et de coopérer avec la Mission de l'Union africaine⁹⁹ ». Ensuite, il réitère une nouvelle fois son appel aux parties pour qu'elles reprennent les pourparlers d'Abuja¹⁰⁰.

La résolution établit plusieurs groupes de sanctions. Deux d'entre eux, de caractère individuel, s'appliquent à tout individu qui « fait obstacle au processus de paix, constitue une menace pour la stabilité au Darfour et dans la région, viole le droit international humanitaire ou le droit international

97 *Rapport Brahimi*, par. 64, p. 13.

98 Voir les explications sur les prises de position dans le Communiqué de presse Conseil de sécurité S/8346. La résolution fut rejetée par le gouvernement du Soudan, dont le représentant signala qu'elle pourrait même aggraver la situation au Darfour. Selon les États qui s'abstinrent, les mesures imposées étaient inopportunes : elles paraissaient contredire l'esprit avec lequel venait d'être créée la MINUS, et elles pouvaient devenir nuisibles au processus de paix avec le Sud, aussi bien que sur les propres fins proposées, en particulier, la reprise du processus de négociations pour la solution politique du conflit au Darfour.

99 Résolution 1591 (2005) du 29 mars, par. 1.

100 *Ibid.*, par. 2.

relatif aux droits de l'homme ou commet d'autres atrocités, contrevient aux mesures édictées aux paragraphes 7 et 8 de la résolution 1556 (2004) ou au paragraphe 7 de la présente résolution [concernant l'embargo sur les armes] telles qu'appliquées par un État, ou est responsable des survols militaires à caractère offensif mentionnés au paragraphe 6 de la présente résolution »¹⁰¹. Ces mesures imposent aux individus concernés des restrictions sur le déplacement à l'étranger¹⁰² et le gel de leurs fonds, avoirs financiers et ressources économiques¹⁰³. Ces sanctions entreraient en vigueur dans un délai de trente jours, sauf si le Conseil de sécurité constate que les parties se mettent d'accord pour respecter ses obligations. Le délai prévu est déjà écoulé, et même s'il est évident que les parties continuent de violer leurs engagements, le Conseil de sécurité n'a toujours pas donné d'indices d'une volonté d'application des sanctions prévues.

Comme dernière sanction, le Conseil réaffirme l'embargo sur les armes établi par la résolution 1556 (2004), mais en étendant son application, avec effet immédiat, « à toutes les parties à l'Accord de cessez-le-feu de N'Djamena et à tout autre belligérant dans les États du Darfour-Nord, du Darfour-Sud et du Darfour-Ouest », ce qui inclut également le gouvernement du Soudan¹⁰⁴. Finalement, le Conseil de sécurité signale la possibilité d'adopter des mesures militaires au cas où les parties continuent de violer les engagements pris dans l'Accord de cessez-le-feu de N'Djamena et dans les protocoles d'Abuja¹⁰⁵. Le Conseil de sécurité réaffirme de nouveau l'option en faveur des sanctions sélectives, dans le milieu financier, des voyages, de l'aviation et les embargos sur les armes dirigées contre les dirigeants des diverses factions impliquées, de façon à ce que les répercussions humanitaires soient minimales¹⁰⁶.

101 La détermination des individus susceptibles de sanctions appartient au Comité de sanctions créé à cet effet, au par. 3a) de la résolution 1591.

102 *Ibid.*, par. 3d).

103 *Ibid.*, par. 3e).

104 Résolution 1591 (2005). À cet égard, en relation, consulter la rés. 1556 (2004), du 30 juillet, par. 7, 8 et 9. En plus de l'embargo, les restrictions de la résolution aux déplacements de matériel militaire au Darfour deviennent également applicables au gouvernement. Les deux résolutions établissent des exceptions relatives au matériel militaire et assistance technique destinés aux opérations d'observation et appui à la paix ou destinés à un emploi humanitaire.

105 Résolution 1591 (2005), par. 8.

106 *Un monde plus sûr : notre affaire à tous*, op. cit. (note 31), par. 178-182.

- *Le renvoi de la situation à la Cour pénale internationale et les autres mécanismes pour mettre en œuvre la responsabilité des auteurs des crimes*

On devait encore décider quelle était l'instance adéquate pour juger les responsables des crimes commis dans le conflit¹⁰⁷. Le rapport de la Commission d'enquête, après avoir conclu que le système judiciaire soudanais n'avait ni la capacité ni la volonté de juger les responsables, avait recommandé au Conseil de sécurité de déférer le cas à la Cour pénale internationale. Il va sans dire que le refus de la part des États-Unis d'être partie au statut de la Cour pénale internationale avait motivé son opposition au projet de résolution présenté par la France, et sa proposition d'autres alternatives pour juger les responsables¹⁰⁸. Finalement, le 31 mars 2005 le Conseil

107 On s'accorde généralement sur la nécessité d'avoir des mécanismes pour rendre effective la responsabilité pénale et la punition judiciaire des responsables des violations graves et massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire. De fait et en général, cela est l'un des objectifs de la reconstruction des sociétés post-confliktuelles, étant en outre considéré comme un élément essentiel de la prévention à long terme. Dans ce sens, voir Rapport du Secrétaire général sur le *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, S/2004/616, 23 août 2004 ; Y. Daudet (dir.), *Les Nations Unies et la restauration de l'État* (Pédone, Paris, 1995) ; G. Cahin, 'Les Nations Unies et la construction de la paix en Afrique : entre désengagement et expérimentation', 104 *RGDIP*, n° 1, 2000, 73-105 ; P. Akhavan, 'Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?', 95 *AJIL*, No. 1, 2001, 7-31 ; J. Widner, 'Courts and Democracy in Postconflict Transitions: A Social Scientist's Perspective on the African Case', 95 *AJIL*, No. 1, 2001, 64-75. Néanmoins, la réalité démontre que dans un contexte de violence généralisée l'effet dissuasif de l'existence de mécanismes judiciaires internationaux est modeste. Le conflit du Darfour en est un exemple. Dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, comme l'a souligné T. Meron, la tuerie de Srebrenica eut lieu en 1995, lorsque le tribunal était déjà pleinement opérationnel et avait formulé des accusations contre Karadzic et Mladic. À cet égard, cf. 'Answering for War Crimes: Lessons from the Balkans', *Foreign Affairs*, (January-February) 1997, p. 6.

108 Les États-Unis proposaient la création d'un tribunal spécial pour le Darfour, en utilisant les installations du TPIR, avec le siège à Arusha. Il s'agissait cependant d'un projet avec peu ou nul appui au sein des autres membres du Conseil. Finalement, une fois obtenues les garanties d'immunité pour les membres des forces armées des États non parties, ils optèrent pour ne pas utiliser leur droit de veto et donc s'abstinrent. De cette façon, ils répondaient à la nécessité de mettre fin au climat d'impunité régnant au Darfour, et de prouver que la communauté internationale restait unie dans sa réaction. Dans l'explication de vote, la représentante américaine réitéra l'opposition de son pays à la compétence de la CPI par rapport aux nationaux des États non parties au Statut, car ce serait contraire à la souveraineté des États. Cette opinion n'est pas partagée par certains auteurs américains qui ont souligné que, précisément, l'activation de la compétence de la Cour par une résolution du Conseil de sécurité est une option pleinement cohérente avec la position des États-Unis par rapport à la Cour. Voir J. Goldsmith, 'Support War Crimes Trials for Darfur', *The Washington Post*, 24 January 2005, p. A15 ; D. Scheffer, 'How to Bring Atrocity Criminals to Justice', *Financial Times*, 2 February 2005, p. 13.

de sécurité adopta la résolution 1593 par laquelle il décida de « déférer au Procureur de la Cour pénale internationale la situation au Darfour depuis le 1^{er} juillet 2002 »¹⁰⁹. La résolution fut adoptée par 11 voix pour et les abstentions des États-Unis, de la Chine, de l'Algérie et du Brésil¹¹⁰. La résolution, qui se situe dans le cadre du Chapitre VII, impose au gouvernement soudanais et à toutes les autres parties au conflit l'obligation de « coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur, et leur apporter toute l'assistance nécessaire »¹¹¹. Il vaut peut-être la peine de rappeler que les groupes rebelles ont donné une importance particulière à la mise en accusation des responsables des crimes commis au Darfour et que ceci était une de leurs conditions pour la reprise des négociations de paix¹¹².

Le préambule de la résolution se réfère à l'existence d'accords envisagés à l'article 98.2 du Statut de Rome, tandis que le dispositif affirme la compétence exclusive des États contributeurs qui ne sont pas parties au Statut de Rome sur leurs nationaux qui participent dans les opérations déployées au Soudan par autorisation du Conseil de sécurité ou de l'Union africaine, sauf renonciation formelle de l'État contribuant. De cette façon, l'exemption de la compétence de la Cour en ce qui concerne les soldats et le personnel des États-Unis était garanti. Cette exemption n'était pas incorporée à la résolution 1590, sur l'établissement de la MINUS, et constituait une *conditio sine qua non* pour éviter le veto américain.

De toute façon, la soumission à la Cour n'est pas l'unique solution présentée. La résolution souligne l'importance des actions qui complètent l'action de la justice et qui peuvent permettre une réconciliation. Dans ce sens, en reprenant une recommandation de la Commission internationale

109 C'est-à-dire à partir de l'entrée en vigueur du Statut.

110 Voir les explications de vote dans le Communiqué Conseil de sécurité S/8351 du 31 mars 2005. Les abstentions des 4 États obéissent à des raisons très différentes, bien que tous aient, sauf dans le cas du Brésil, comme élément commun le rejet de ce qui constitue, selon eux, une solution peu respectueuse de la souveraineté d'un État qui n'est pas partie au Statut, le Soudan en l'occurrence. Il faut reconnaître que la Chine et les États-Unis ne sont pas non plus parties au Statut. De plus, le représentant de l'Algérie souligna que l'Union africaine était la plus indiquée pour mener l'action de la communauté internationale avec la finalité de parvenir à une paix durable au Soudan, en partant du fait que la coopération du gouvernement soudanais était essentielle pour parvenir à une solution. La position du Brésil était radicalement différente : ce qui motivait son abstention était la limitation de la compétence de la Cour pour la référence qui est faite dans la résolution aux accords de l'article 98.2 du Statut.

111 Résolution 1593 (2005), par. 2.

112 Le Secrétaire général soulignait constamment cela dans son Rapport mensuel sur le Darfour, S/2005/240 du 12 avril 2005, par. 37.

d'enquête faite au gouvernement, le Conseil « encourage la création d'institutions auxquelles soient associées toutes les composantes de la société soudanaise, par exemple des commissions vérité et/ou réconciliation »¹¹³.

2 CONSIDÉRATIONS FINALES: LES CONSÉQUENCES HUMANITAIRES DU RETARD

Le dernier rapport mensuel présenté par le Secrétaire général sur la situation au Darfour ne montre pas une amélioration en ce qui concerne les situations décrites dans les rapports précédents ; l'intensité du conflit au cours du mois de mars, non seulement n'avait pas seulement diminué, mais avait même empiré sous certains aspects¹¹⁴. Les cas de réinstallation ou de retour forcés de déplacés par les autorités ont diminué mais, par contre, les affrontements entre les forces rebelles et les forces gouvernementales et les attaques dirigées contre les agents des organismes humanitaires, les convois de secours et contre le personnel international opérant dans le Darfour, y compris les membres de la mission et de l'Union africaine¹¹⁵, ont augmenté. Cette dernière tendance est spécialement préoccupante du fait qu'elle est accompagnée de déclarations des hautes personnalités du gouvernement selon lesquelles la décision de la communauté internationale d'arrêter et de poursuivre des citoyens soudanais à l'étranger pour crimes de guerre mettrait encore plus en danger le personnel international au Darfour. Le gouvernement ne se soucie toujours pas des engagements qu'il a souscrits, et continue à poursuivre une activité militaire intense sur le terrain. Le rapport fait état de pillages, vols et attaques contre les civils perpétrés particulièrement par les Janjaouid et, dans une moindre mesure, par le M/ALS et le MJE. Il condamne avec une insistance particulière les actes de violence sexuelle et sexiste contre des femmes et des jeunes filles dans les camps de déplacés¹¹⁶. Bien que le gouvernement avait annoncé la mise en accusation d'un certain nombre de criminels présumés, les faits démontrent que les forces

113 Résolution 1593 (2005) par. 5. Le Conseil utilise des termes d'exhortation, mais il ne faut pas oublier qu'il agit dans le cadre du Chapitre VII. Cf. les recommandations du *Rapport de la CIE*, par. 617-621 et par. 650 h), p. 188.

114 Voir, Rapport mensuel du Secrétaire général sur le Darfour, S/2005/240, 12 avril 2005, par. 37. Le Rapport établit le nombre de personnes affectées par le conflit à 2,45 millions de personnes au mois de mars, avec 1,86 millions de personnes dans des camps de déplacés.

115 S/2005/240, par. 9-11.

116 *Ibid.*, par. 12-22.

gouvernementales continuent d'agir en accord avec les milices tribales, qui jouissent d'une totale impunité¹¹⁷.

Les efforts pour reprendre les négociations directes entre les parties n'ont pas abouti. Le représentant spécial du Secrétaire général pour le Soudan s'est réuni séparément avec les représentants des groupes rebelles et avec ceux du gouvernement du Soudan. On peut déduire des réunions qui ont eu lieu que le processus de paix d'Abuja constitue le principal mécanisme pour les parties pour négocier une solution politique au conflit. Toutes les parties manifestent leur intérêt pour parvenir à une solution politique, mais, en même temps déclarent que la situation existante sur le terrain en matière de sécurité les leur empêche de reprendre les négociations.

La principale leçon que l'on peut retenir de ce nouveau conflit est, une fois de plus, le retard et même l'incapacité des Nations Unies de faire face à ce genre de conflits internes, où les droits les plus fondamentaux que les Nations Unies ne cessent de proclamer aux quatre points cardinaux sont violés. Bien sûr, personne ne peut s'opposer à la mise en examen des responsables des crimes commis, mais ceci implique qu'on reconnaît qu'on a agi tard, avec les morts comme témoins. Quand aura-t-on une protection effective de la vie? Quand assumera-t-on réellement une authentique responsabilité de protéger?

117 *Ibid.*, par. 43. Pendant que le Conseil de sécurité débattait sur le projet français concernant le renvoi de la situation au Darfour à la considération de la CPI, l'agence des nouvelles étatiques du Soudan publia que des charges avaient été formulées contre 164 suspects pour des crimes commis pendant le conflit au Darfour. Voir <http://www.reliefweb.int>, 27 mars 2005.

THE ACT OF STATE: THE STATE OF THE ACT
JUDICIAL INTERPRETATION AND HUMAN RIGHTS ENFORCEMENT

*Andrea Bianchi**

1 INTRODUCTION

Unfortunate as it may be to begin an essay in this way, I believe that I owe the reader both an explanation and an apology. The explanation concerns the rather obscure character of the title. Those who are favourably disposed may think it cryptic. Those who are less favourably disposed may be inclined to consider it a gimmicky way of capturing the reader's attention. Finally, international law specialists may simply think it rather absurd. The apology is offered for using a pun, a rhetorical tool highly appreciated when read in newspapers and magazines, or when used in informal social conversations, but perceived as somewhat inappropriate in any serious scholarly discourse. I shall attempt to demonstrate throughout this essay that puns and figures of speech do possess their utility and may induce intriguing intellectual exercises.

The following remarks will mainly be taken up with two different legal issues that – were it not for the pun – one would have difficulty thinking of in relation to each other. On the one hand, a well-known doctrine of international law: the definition of an act of the State for the purpose of attributing conduct to the State, thereby triggering international responsibility; and, on the other, the scope of the Act of State doctrine, a municipal law doctrine, with quite a few international law underpinnings, mainly developed in common-law countries, which precludes domestic courts from passing judgment on the conduct of a foreign State carried out in its own territory.

* Professor of International Law, Graduate Institute of International Studies, Geneva and the Catholic University, Milan.

However distinct and devoid of apparent mutual relation, these two doctrines – which I have associated by means of a figure of speech – are worth joint and several consideration.

I will not provide you with a review of the entire “play”, as both doctrines have a much wider scope of application than I will discuss here. Rather, I propose to focus on just one Act of the play, the one concerning human rights and humanitarian law. In the first scene, I will explore international case law, particularly the conflicting, or perhaps I should say evolving, jurisprudence of international tribunals with regard to the attribution to a State of conduct involving human rights atrocities and humanitarian law violations perpetrated by military and paramilitary groups in armed conflict. The second scene of the Act, if I may continue with the metaphor of the play suggested by the title, will be set in the different context of the Act of State doctrine. In particular, I will briefly analyse the case law of domestic courts concerning the application, or, more accurately, the non-application, of the Act of State doctrine in cases involving serious violations of human rights. I will then attempt to evaluate whether it is possible to establish a connection between such different doctrines. Finally, after examining the nature of any such connection, I will conclude by speculating on the present and future of international law, as well as on the destiny of one of the most ancient and, may I say, finest arts of all: rhetoric.

But let us now raise the curtain on the first scene of the Act: the act of the State in the international law of attribution.

2 THE DOCTRINE OF ATTRIBUTION IN THE LAW OF STATE RESPONSIBILITY

As is well known and as was made clear by the PCIJ in 1923 in the *German Settlers in Poland* case,¹ although we tend to think of the State as an abstract entity, it can only act by and through its agents and representatives, mainly individuals, whether those individuals or entities are its organs or agents or are otherwise acting on its behalf. In essence, by telling us which acts can technically be categorised as acts of the State, the doctrine of attribution assists in establishing the cast of actors and the range of actions for which a State may be internationally responsible. The criteria for

1 *Questions relating to settlers of German origin in Poland, Advisory Opinion of 10 September 1923, PCIJ, Series B, N° 6, p. 22.*

attribution of certain conduct to the State operate as a connecting factor between a wide range of international obligations of the State and the conduct of those persons and entities whose actions can be qualified as acts of the State.

For the sake of clarity, two preliminary semantic issues should be tackled. First, it should be noted that the early works of the ILC on the codification of the law of State responsibility used the term “imputability”. Perhaps this choice can be attributed (or imputed) to my compatriot and Special Rapporteur for the Commission on the topic at the time, Roberto Ago. The latter’s involvement in the decisions of the ICJ in the *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case² as well as in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,³ both of which used the term imputability, might not have been a mere coincidence. The term imputability was later discarded in favour of the term “attribution” in order to avoid the impression that the process of connecting conduct to the State was a fiction.⁴ As Ian Brownlie once put it: “Imputability implies a fiction where there is none, and conjures up the idea of vicarious liability where it cannot apply.”⁵ This is the reason why the term attribution has been retained by the ILC in its Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts.⁶ Secondly, the ILC has made it clear that the expression “act of the State” is meant to distinguish the issue of attribution of conduct to a State under international law from the Act of State doctrine operating in some municipal law systems, and actually the subject of my subsequent remarks.⁷

Having said that, international law does have generally applicable criteria for attribution. A good reference or starting point is the ILC Articles, Part One, Chapter II on the “Attribution of Conduct to a State” which provides the general principles and specific rules that are instrumental to attributing conduct to the State. In particular, article 4, paragraph one, lays down the general principle that

2 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, ICJ Reports 1980, 3.

3 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p. 14 (*Nicaragua* case).

4 J. Crawford, “First Report on State Responsibility”, A/CN.4/490/Add.5, para. 150.

5 I. Brownlie, *System of the Law of Nations. State Responsibility*. Part One, (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 36.

6 *ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/10 (2001) (ILC Articles).

7 Crawford, *supra* (note 4), para. 151.

The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.

Paragraph two specifies that the concept of State organ includes “any person or body which has that status in accordance with the internal law of the State”. What article 4 basically means is that any act performed by a State organ can be attributed to the State for the purpose of State responsibility.

More specific rules are also included in the ILC Articles as regards attribution to the State of the conduct of entities exercising elements of the governmental authority,⁸ of the conduct of organs placed at its disposal by another State,⁹ and of conduct which is acknowledged and adopted by the State as its own.¹⁰ Even in the case of an organ exceeding its authority or contravening instructions concerning its exercise, the relevant conduct is attributed to the State for the purpose of State responsibility.¹¹

A. Attribution of conduct in fact carried out under the State’s direction or control

Particular problems have arisen in connection with the attribution to the State of conduct in fact carried out on its instructions or under its direction or control by persons or groups of persons; that is, by non-State organs. The issue here is to determine when persons or groups of persons can be regarded as *de facto* agents of the State. In other words, we need to assess under what circumstances and according to what criteria conduct by persons or groups of persons may be characterised as amounting to an act of the State because such persons or groups of persons have acted on the State’s behalf.

The need to establish when the conduct of persons or groups of persons can be attributed to a State has recently become compelling in light of the increasing involvement of military and paramilitary groups in armed conflicts, both international and national in character. While it is virtually undisputed that conduct specifically directed or authorised by the State can

8 ILC Articles, *supra* (note 6), Art. 5.

9 *Ibid.*, Art. 6.

10 *Ibid.*, Art. 11.

11 *Ibid.*, Art. 7.

be attributed to that State, the problem remains of establishing whether *de facto* agency should be confined to express agency; that is to cases in which actual instructions or a specific mandate or authorisation has been given by the State to the persons or groups of persons. Article 8 of the ILC Articles provides

[t]he conduct of a person or group of persons shall be considered an act of the State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

One cannot help noticing the aura of ambiguity surrounding the wording of the article, particularly as regards the criterion of “direction or control” by the State. Presumably, this is the outcome of recent jurisprudential developments. Let us now consider them.

► *The Nicaragua case*

The issue of the extent to which the conduct of irregular armed groups can be attributed to the State come to the fore in the well-known *Nicaragua* case. One of the questions before the Court was the extent to which the conduct of irregular groups was attributable to the United States, so as to make the United States internationally responsible for that conduct. First, the Court distinguished between the various actors involved. In this respect, it held that the activities of the so-called UCLAs (Unilaterally Controlled Latino Assets) were directly imputable to the United States. The activities of the UCLAs were thought to be directly imputable to the United States, because they either acted on direct instructions, and under the supervision, of US-military or intelligence personnel to carry out specific tasks such as the mining of Nicaraguan ports; or because agents of the United States had directly participated in the planning, direction, support and execution of specific operations.¹²

However, the Court used a different test to determine whether the activities of military and paramilitary groups of Nicaraguan rebels (so called “*contras*”), could be attributed to the United States because of its financing, organising, training, equipping and planning of their operations. In a rather complex part of the judgment, which is not without its ambiguities, the

12 *Nicaragua case, supra* (note 3), pp. 50-51, para. 86.

Court focussed on the criterion of control and held that a high degree of control is required for attributing the conduct of irregular groups to a State. In essence, the Court held that it does not suffice that a State exercise a general control over a force with a high degree of dependency.¹³

In the Court's view, what was required was that the United States should have specifically "directed or enforced" the perpetration of acts contrary to human rights and humanitarian law.¹⁴ In a frequently quoted passage, the Court held that, despite the heavy subsidies and other support given to the *contras* in the form of organising, training, equipping and planning their operations, there was no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf. Therefore, the claim that all of the relevant conduct of the *contras* was attributable to the United States was rejected. The Court concluded by stating that:

[f]or this conduct to give rise to the legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that the State had effective control of the military and paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.¹⁵

No doubt this is a rather strict requirement, although not as strict as Judge Ago would seem to require. In his separate opinion, Judge Ago maintained that "[o]nly in cases where certain members of the *contras* happened to have been specifically charged by United States authorities to commit a particular act, or carry out a particular task of some kind on behalf of the United States", would it be possible to regard them as having acted on behalf of the United States.¹⁶ Both the Court and Judge Ago agreed that a general situation of dependence and control was in itself insufficient to justify attribution, but for the Court, effective control over specific operations would suffice to trigger international responsibility of the United States, whereas Judge Ago required no less than specific authorisation. Be that as it may, the state of international law as regards the attribution of conduct by military and paramilitary groups to the State, after the authoritative interpretation of the ICJ in the *Nicaragua* case, seemed to be that effective control

13 *Ibid.*, p. 65, para. 115.

14 *Ibid.*, p. 64, para. 115.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Ago, p. 188, para. 16.

over the specific operations was required. This has been challenged by subsequent decisions rendered by national and international tribunals.

As regards the case law of municipal courts, it may suffice to mention the *Jorgic* case decided by the Oberlandesgericht of Dusseldorf in 1997, in which the Court did not follow the *Nicaragua* test.¹⁷ In order to demonstrate the international character of the conflict in Bosnia, the Court emphasized that Bosnian Serbs fighting against the central authorities of Sarajevo had acted on behalf of the Federal Republic of Yugoslavia. This finding was supported by the fact that Belgrade financed, organised and equipped the Bosnian Serb military and paramilitary groups and that there existed between the Yugoslav Army and the Bosnian Serbs such “a close personal, organisational and logistical interconnection” as to justify treating the conflict as an international one. The Court did not require any showing that the Bosnian Serbs had acted on the orders or under the instructions of the Federal Republic of Yugoslavia, let alone that their operations had been specifically directed by it. However, the challenge to the *Nicaragua* test has come mainly from the case law of international tribunals.

► *The Loizidou case*

Issues of attribution were relevant also in the *Loizidou* case, decided by the European Court of Human Rights in 1996.¹⁸ Although this is a case decided within the framework of a regional system of human rights protection, rules of general international law concerning the law of attribution were relevant to the decision. The applicant, Mrs. Loizidou, was a Greek-Cypriot citizen who asked the Strasbourg organs to ascertain the responsibility of Turkey for the continuous denial of access to her property in Northern Cyprus and the consequent loss of control over the property in violation of article 1 of Protocol I to the European Convention on Human Rights, concerning the right to property. Mrs. Loizidou’s counsel invited the Court to look at general principles of international law concerning State responsibility for determining the issue whether the relevant acts in violation of the Convention could be attributed to Turkey.

The Court found in favour of Mrs. Loizidou and held that the continuous denial of access to property, following the Turkish occupation of that part of the island, and the ensuing loss of control over the property is a matter that falls under Turkey’s jurisdiction within the meaning of article 1

17 Cited in *Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999*, IT-94-1-A (*Tadić* case), reprinted in 38 *ILM*, 1999, 1518, p. 1543, para. 129.

18 *Loizidou v. Turkey, Judgment of 18 December 1996*, ECHR Reports 1996-VI.

of the Convention¹⁹ and is thus imputable to Turkey. The reasoning of the Court is interesting as it marks a departure from the test elaborated by the ICJ in *Nicaragua*. The basis for the Court's finding was that the responsibility of a contracting party could also arise when, as a consequence of military action, whether lawful or unlawful, it exercises effective control of an area outside its national territory.²⁰ The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from its control over that area, whether it be exercised directly through its armed forces, or through a subordinate local administration.²¹

More specifically, on the issue of attribution, the Court held that Turkish forces did exercise overall control in the border area and that it was not necessary that Turkey exercised detailed control over the policies and actions of the authorities of the "Turkish Republic of Northern Cyprus".²² The Court thought that it was obvious from the large number of troops engaged in Northern Cyprus that the Turkish army exercised effective overall control over that part of the island and that "such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her [*i.e. Turkey's*] responsibility for the policies and actions of the "TRNC".²³

The relevance of the *Loizidou* case to our discussion might be questioned. As Turkey maintained throughout the proceedings, the issue of jurisdiction under the Convention should not be confused with issues of international responsibility.²⁴ The two issues, as Turkey stressed, are not identical. Furthermore, one can raise the objection that the case originated and is firmly grounded in the European Convention of Human Rights, that is, in a specific treaty.

Whether the Court was right or wrong in its approach regarding the first issue, it is clear that the Court equated the attribution of certain conduct to Turkey with the amenability of that conduct within the jurisdiction of Turkey for the purpose of applying the Convention. As regards the second objection, the Court quite clearly seemed to rely on general principles of attribution under international law.²⁵ In so doing, the Court elaborated a test

19 According to which each Contracting party undertakes to secure to everyone within their jurisdiction, the rights and freedoms listed in the Convention.

20 *Loizidou v. Turkey*, *supra* (note 18), para. 56. The Court declined to rule on the legality of Turkish military forces in Cyprus, para. 56.

21 *Ibid.*, para. 52.

22 *Ibid.*, para. 56.

23 *Ibid.*, para. 56.

24 *Ibid.*, para. 51.

25 According to the Court its reasoning is "in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility", *ibid.*, para. 52. On the issue of the interrelationship

of effective overall control, which is significantly less stringent than the one proposed by the ICJ in *Nicaragua*.²⁶

► *The Tadić case*

Had there been doubts that the decision by the European Court of Human Rights could affect the international law principles governing the attribution of conduct to States, these were swept away by the decision, rendered by the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) on 15 July 1999 in the *Tadić* case. This was the first time in which the Appeals Chamber had issued a judgment on an appeal from a final judgment of a Trial Chamber. As is known by many, Dusko Tadić, the first defendant before the ICTY, was a Bosnian Serb who had participated in the “ethnic cleansing” operations against Bosnian Muslims in the Serb-controlled area of Prijedor in Bosnia-Herzegovina in 1992. He was sentenced in January 2000 to a term of 20 years of imprisonment. Tadić had been found guilty by the Trial Chamber of violating the laws and customs of war under article 3 of the ICTY Statute, but had been acquitted of the charge of having committed “grave breaches” of the 1949 Geneva Conventions under article 2 of the Statute. On cross-appeal by the prosecution, the Appeals Chamber overturned the acquittal concerning grave breaches.

The legal issue hinged upon the determination of the nature of the conflict. The parties did not contest that the requirement for the “grave breaches” regime to operate was that the conflict be international. What the Appeals Chamber had to tackle was the issue whether some of the participants in

between the general international law of State responsibility and State responsibility under the European Convention on Human Rights, one can also refer to the statement of the Court in the case of *Avsar v. Turkey*: “Responsibility under the Convention is based on its own provisions which are to be interpreted and applied on the basis of the objectives of the Convention and in light of the relevant principles of international law”, *Avsar v. Turkey, Judgment of 10 July 2001*, para. 284.

26 The Court reaffirmed this doctrine of attribution in its subsequent case-law. See, *Cyprus v. Turkey, Judgment of Grand Chamber of 10 May 2001*, para. 77; *Demades v. Turkey, Judgment of 31 July 2003*, para. 29; *Eugenia Michaelidou developments LTD and Michael Tymvios v. Turkey, Judgment of 31 July 2003*, para. 28; *Myra Xenides-Arestis v. Turkey, decision of 14 March 2005* as to the admissibility (application n° 46347/99).

In the recent case of *Ilascu and others v. Moldova and Russia (Judgment of the Grand Chamber, 8 July 2004)* the Court applied a similar criterion in relation to a separatist movement supported by a foreign State. The Court held that the responsibility of Russia was engaged by the activities of a separatist regime, to the creation of which the Russian Federation contributed “both militarily and politically” (para. 382) and which “remains under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation” (para. 392).

the armed conflict had acted on behalf of another State so as to make the conflict an international one. The Trial Chamber in 1997 had held that although the *Republika Srpska* and the Federal Republic of Yugoslavia had a relation of great dependency, they were no more than allies, albeit highly dependent on each other. For the Trial Chamber, it was not possible to impute the acts of the armed forces of the *Republika Srpska* to the Federal Republic of Yugoslavia. The Appeals Chamber came out differently on this point in a groundbreaking judgment, the details of which are perhaps worthy of consideration.

The Appeals Chamber set out to consider the conditions under which armed forces fighting against the central authorities of the State in which they live and operate may be deemed to act on behalf of another State. The court approached the issue from the standpoint of humanitarian law and looked at article 4(A)(2) of the Third Geneva Convention, which qualifies as legal combatants, militias or paramilitary groups that belong to a Party in conflict. The Appeals Chamber identified the criteria for determining when militias and paramilitary groups can be considered as belonging to a party in conflict as being: the control exercised by that party over them, and the relationship of dependence and allegiance between the group and the State.²⁷ This was inferred from the very logic of humanitarian law, which aims to guarantee the effectiveness of, and to deter deviations from, its norms, as well as to secure the accountability of those who violate them.

Having determined that humanitarian law contains no specific rule of attribution,²⁸ the Appeals Chamber looked at the general rules of international law to establish the degree of authority and control that is required in order to consider groups of persons to be acting as *de facto* State organs. In this respect, the Appeals Chamber held that there is no difference for the purpose of attribution between cases involving the international responsibility of the State and those concerning the accountability of individuals.²⁹ The

27 *Tadić* case, *supra* (note 17), pp. 1536-1537, paras. 93-96.

28 *Ibid.*, p. 1537, para. 98.

29 The Appeals Chamber observed: "What is at issue is not the distinction between the two classes of responsibility. What is at issue is a *preliminary question*: that of the conditions on which under international law an individual may be held to act as a *de facto* organ of a State. Logically these conditions must be the same both in the case: (i) where the court's task is to ascertain whether an act performed by an individual may be attributed to a State, thereby generating the international responsibility of that State; and (ii) where the court must instead determine whether individuals are acting as *de facto* State officials, thereby rendering the conflict international and thus setting the necessary precondition for the "grave breaches" regime to apply. In both cases, what is at issue is not the distinction between State responsibility and individual criminal responsibility. Rather, the question is that of establishing the criteria for the

high degree of control required by the ICJ in the *Nicaragua* case was heavily criticised by the Appeals Chamber as being at variance with judicial and State practice. The *Loizidou* and *Jorgic* cases were cited, as well as the *Yeager* case,³⁰ in which the Iran-United States Claims Tribunal held that the wrongful acts against American citizens performed in 1979 by the revolutionary guards and local revolutionary committees (so called “Komithes”) were to be attributed to the Iranian authorities, as those entities were deemed to have performed at least *de facto* official functions.³¹ The Appeals Chamber noted that nowhere had the tribunal in *Yeager* enquired whether specific instructions had been issued to the guards as to the forceful expulsion of Americans. In sum, the Appeals Chamber could trace no judicial decision that could possibly support the strict requirements imposed by the ICJ.

Moreover, the Appeals Chamber considered that the finding in the *Nicaragua* case is hardly consistent with the logic of State responsibility, which is that of securing the accountability of the State for acts performed by persons or groups of persons acting on its behalf.³² According to the Appeals Chamber, the whole body of international law on State responsibility is based on a realistic concept of accountability which disregards formalities and aims at ensuring that States entrusting some functions to individuals or groups of individuals must be held liable for their actions even when they act contrary to States’ directives. The obvious rationale behind this regime “is that otherwise States might easily shelter behind, or use as a pretext, their internal legal system or the lack of any specific instructions” in order to eschew their responsibility under international law.³³

Furthermore, the Appeals Chamber stressed that the required degree of control may vary depending on the circumstances.³⁴ For the attribution to a State of acts of an organised and hierarchically structured group, such as military units or armed bands of irregulars or rebels, it is sufficient to require that “the group as a whole is under the overall control of that State.”³⁵ If the group is under the overall control of a State, it must perforce

legal imputability to a State of acts performed by individuals not having the status of State officials. In the one case these acts, if they prove to be attributable to a State, will give rise to the international responsibility of that State; in the other case, they will ensure that the armed conflict must be classified as international.” *Ibid.*, p. 1538, para. 104.

30 *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 17 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, 1987, vol. IV, p. 92.

31 *Ibid.*, pp. 103-105, paras. 42-45.

32 *Tadić* case, *supra* (note 17), pp. 1540-1541, para. 117.

33 *Ibid.*, p. 1542, para. 123.

34 *Ibid.*, p. 1541, para. 117.

35 *Ibid.*, p. 1541, para. 120.

engage the responsibility of that State for its activities, “whether or not each of them was specifically imposed, requested or directed by the State”.³⁶

In the light of the above remarks, the Appeals Chamber criticised the holding of the ICJ in the *Nicaragua* case and held that for a State to be internationally accountable for any misconduct of a group of persons it is not necessary that the State issue either to the leaders or to the members of the group instructions for the commission of specific acts contrary to international law. Nor is it necessary that controlling authorities should plan all of the operations of the groups or military units, choose their targets or give specific instructions concerning the conduct of military operations or any alleged violation of international humanitarian law. What must be proved is that the State wields overall control over the group, not only by equipping and financing, but also by coordinating or assisting in the general planning of its military activity.³⁷ Overall control means that a State “has a role in organising, coordinating, or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group.”³⁸ In this case, the group can be deemed to act as a *de facto* organ of that state, regardless of any specific instructions for the commission of those acts.

Eventually the Appeals Chamber characterised the factual relationship between the Bosnian Serbs, on the one hand, and the Yugoslav Army and the Federal Republic of Yugoslavia on the other, as one in which the Federal Republic of Yugoslavia had overall control of the military and paramilitary units of the Bosnian Serbs. This was established on the basis of an impressive amount of evidence, including the transfer of officers from the Yugoslav Army to the Bosnian Serb Army, the continuing payment of the salaries of officers of the Bosnian Serb Army by Belgrade, the control exercised by the latter over the political and military objectives as well as the military operations of the Bosnian Serbs and the circumstance that at Dayton, the Federal Republic of Yugoslavia acted as the international subject wielding authority for the *Republika Srpska*.³⁹ By demonstrating that the acts of the Bosnian Serb Army (of which Tadić was a member) were attributable to a foreign State, the Federal Republic of Yugoslavia, the Appeals Chamber was able to characterise the conflict in Bosnia-

36 *Ibid.*, p. 1542, para. 122.

37 *Ibid.*, p. 1544, para. 131.

38 *Ibid.*, p. 1545, para. 137.

39 *Ibid.*, pp. 1546-1549, paras. 146-162.

Herzegovina as an international one, thus triggering the “grave breaches” regime of the Geneva Conventions.⁴⁰

Before drawing the curtain on the first scene it is perhaps worth considering whether a common theme can be discerned in the jurisprudential developments described above. Undoubtedly, there has been an evolution in the interpretation of the criteria used to attribute the conduct of military and paramilitary groups to a State: from the rather strict requirement of “effective control over specific operations”, laid down by the ICJ in the *Nicaragua* case in the mid-1980s, to the much less stringent “overall control over the group” requirement propounded by the ICTY in *Tadić*, decided in 1999. Both tribunals purported to apply general principles of attribution under the international law of State responsibility. One is left with the impression that, in exercising overall control over prior international case law, the ICTY intended to direct a specific change in the interpretation of the relevant criteria of attribution of conduct to the State in cases involving human rights atrocities and serious breaches of humanitarian law.

3 THE ACT OF STATE DOCTRINE

If we take the article “the” out of the expression “act of the state”, what we are left with is “act of state”, an entirely different doctrine, in which the set changes from the international law of State responsibility and the rules of attribution to a murky scene featuring the principles and doctrines that lie at the interface of international and municipal law. The Act of State doctrine is a doctrine of judicial self-restraint whereby municipal courts will abstain from passing judgment over the acts of a foreign sovereign performed in the foreign sovereign’s own territory.⁴¹ Although the modern view is that the doctrine is one of municipal law, mainly grounded on separation of powers considerations, its very many international underpinnings can

40 The ICTY reaffirmed the test of overall control in its subsequent case-law. See, *Prosecutor v. Tihomir Blaskić, Trial Chamber, Judgment of 3 March 2000*, IT-95-14-T, paras. 95-123; *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, Judgment of 24 March 2000*, Case IT-95-14/1-A, paras. 122-146.

41 See the traditional formulation of the Act of State doctrine by the U.S. Supreme Court in *Underhill v. Hernandez* (168 U.S. 250, 252 (1897)): “Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another, done within its own territory.” Quite curiously, the Supreme Court took almost *verbatim*, but without quoting, a passage of the House of Lords in *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, (1848) 2 H.L. Cas. 1 (Lord Cottenham).

hardly be disputed. Historically, the doctrine probably originated, together with other doctrines such as State immunity, head of State immunity and the residual immunity of State organs, from the disappearance, with the formation of modern States, of the personal immunities of foreign sovereigns. Furthermore, many maintain that its application is mandated by considerations of international comity or, some even argue, by basic principles of international law, such as the duty to respect the sovereignty of other States, whose dignity would be impaired if the municipal courts of a State passed judgment over the acts done by other States within their own territories.

The Act of State doctrine has recently come under attack from a variety of sources,⁴² due to its fairly indeterminate and rather sweeping scope of application, which may, at least in principle, represent an insurmountable obstacle for litigating international human rights before municipal courts. In this respect, it is quite interesting to note that the Act of State doctrine has never been applied to cases involving serious violations of human rights, although it has almost invariably been pleaded by defendants in legal proceedings. This is all the more remarkable when one considers that most of the time such violations are committed by foreign State's organs in that State's territory and as such, at least in principle, would fall within the scope of the doctrine. Lower American courts in particular have drawn a distinction between "official" and "unofficial" public acts and have discarded the application of the doctrine to the latter. Certain crimes, such as torture and other clearly established violations of fundamental human rights, are not regarded as official public acts of a foreign State. Regardless of the colour of authority under which State organs act when committing such crimes, their acts cannot be qualified as governmental, as foreign States are unlikely to have enacted legislation or overtly adopted policies to direct their organs to violate human rights.

Practice clearly shows that American courts are unwilling to apply the Act of State doctrine to cases involving serious violations of human rights. Already in the seminal case of *Filartiga v. Peña Irala*,⁴³ a civil action brought by the relatives of a Paraguayan citizen who had been tortured and murdered in Paraguay by a former police captain, the Court said in passing that although not pleaded in the proceedings, the Act of State doctrine

42 On the numerous exceptions to the application of the act of state doctrine in the United States see G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3rd ed., (The Hague [etc.], Kluwer Law International, 1996), p. 729 ff.

43 *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876, 889 (2nd Cir. 1980).

would probably be unavailable as the relevant acts were contrary to Paraguayan law. Some years later, the Court of Appeals for the Second Circuit held in *Forti v. Suarez Mason* that the doctrine was inapplicable in a case brought against the former military commander of Buenos Aires for torture, forced disappearances, summary executions and other serious violations of human rights.⁴⁴ The defendant claimed that he had acted under a state of siege and that he had simply executed the orders that the government had given to him. The Court, however, held that the alleged violations of fundamental rights were not official acts of the government and that they did not possess the governmental and public character of the acts which the Act of State doctrine intends to protect.

Subsequent American case law seems to have developed along similar lines. In the case of *Evans v. Avril*, a civil suit against the former military leader of Haiti for acts of torture and other human rights atrocities, a Florida district court reasserted the principle that such heinous acts “would hardly qualify as official public acts”, so as to trigger the Act of State doctrine.⁴⁵ Similarly, in the 1995 case of *Kadic v. Karadzic*, an action brought against the former leader of the Serb Republic of Bosnia for genocide, war crimes and crimes against humanity, the Court of Appeals for the Second Circuit noted *in dictum* that Karadzic “did not have the temerity to claim that the acts he allegedly committed were the officially recognized policy of a State.”⁴⁶ The Court continued by saying that the clarity of applicable international legal standards weighed in favour of the non-applicability of the Act of State doctrine. On similar grounds, the *Third Restatement* speculates that a claim arising out of an alleged violation of fundamental human rights “. . . probably [would] not be defeated by the act of state doctrine, since the accepted international law of human rights is well established and contemplates external scrutiny of such acts”.⁴⁷

What is the relevance of this practice to our discourse? First, it is important to note that in almost every case which has been mentioned, the

44 *Forti v. Suarez Mason*, 672 F. Supp. 1531, 1546 (N.D. Cal. 1987), reproduced also in 95 *ILR*, 625 ff.

45 *Evans v. Avril*, 812 F. Supp. 207, 214 (S.D. Fla. 1993). *Accord In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation*, 25 F. 3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994); *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 999 F. Supp. 1, 24 (D.D.C., 1998); *Sarei v. Rio Tinto Pcl.*, 221 F. Supp. 2d 1116, 1188-1189 (CD Cal. 2002).

46 *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232, 250 (2nd Cir. 1995).

47 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul, Minnesota, 1987), §443.

legal basis for the exercise of jurisdiction by United States courts is the Alien Tort Claims Act, a statute that grants jurisdiction to federal courts over torts, wherever committed, in respect of violations of international law. Therefore, all of these cases concern the enforcement of international human rights and humanitarian law, albeit through the medium of municipal law. Second, the application of the Act of State doctrine would prevent courts from passing judgment on the relevant conduct and therefore bar the enforcement of these norms. Third, the expedient of characterising serious violations of human rights as unofficial public acts would appear to be a device for eschewing the application of the public/private dichotomy that almost inevitably would lead to the application of the doctrine. Fourth, the international legal status, as well as the clarity of content of most of the norms concerning the protection of fundamental rights is hardly ever questioned.⁴⁸

* * *

Were the curtain to be drawn now, I am sure that many would be left with quite a sense of puzzlement. In fact, at this point one could legitimately wonder why we have considered these specific aspects of two doctrines which are distinct and very different from each other. After all, the only noticeable similarity between them is in the terminology by which they are known: act of the State and Act of State. This could, at least theoretically, give rise to another figure of speech: a paronomasia, that is, a semantic dissociation, or a play on words, in which the same or very similar words, or expressions as in this case, are used in an entirely different sense or convey a completely different meaning. In this case to delete or to include the definite article, in principle a very minor alteration, causes a change of meaning and context which is quite remarkable.

Indeed, this is one of the most frequent techniques for using a semantic dissociation by paronomasia; that is, slightly altering a word or expression to obtain a remarkable change of meaning. It is what in Latin would be called a *levis immutatio*. This is effectively what Joyce does in *Ulysses* in the Lotus-eaters, when Martha, whose literacy can rightly be questioned, writes to Henry, whom she does not want to call lover: “I called you

48 This may change after the decision of the Supreme Court in *Sosa v. Alvarez-Machain; United States v. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739 (US, 2004), in which the Supreme Court held that claims based on the Alien Tort Statute must “rest on a norm of an international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigm” pp. 2761-2762.

49 J. Joyce, *Ulysses* (London, Penguin Books, 1992) (the 1960 Bodley Head text offset and reissued with an introduction), p. 95.

naughty boy because I do not like that other world.”⁴⁹ By muddling up the substantives “word” and “world” Martha makes a mistake but Joyce makes a pun, or more accurately, a semantic dissociation by paronomasia. Interestingly enough, a few pages later in *Hades*, Henry, walking a friend’s coffin to the graveyard, remembers Martha’s words and says: “There is another world after death named hell. I do not like that other world she wrote. No more do I. Plenty to see and hear and feel yet. Feel live warm beings near you.”⁵⁰ So, in this case, the play on words offers the opportunity for making a very serious consideration on the contrast between love and death.

Thus words, or playing with words, may disclose new worlds, unexpected emotional or intellectual scenarios, which may or may not produce interesting thoughts or well-founded considerations. In any case, it is a creative, often stimulating, and not necessarily banal, exercise. Yet this fails to explain the purpose of my digression into an area which is not my own. To be honest, I am afraid that I have played Martha’s role. When I was invited to contribute an article to this collection of essays in honour of my eminent colleague Lucius Caffisch, I thought I would write on the topic of attribution of conduct to the State for the purpose of international responsibility. Then, inadvertently, I caught myself thinking in terms of Act of State rather than act of the State – in much the same way as Martha – and since then, the two expressions have stayed in my mind, almost indissolubly linked to each other, as if they had something in common that I could not discern.

4 THE LINK: PURPOSIVE INTERPRETATION

At first I thought it must be a mere coincidence; after all one is taught that puns are rather silly ways of playing with words. Then, looking specifically at the decisions, I started reasoning the way lawyers are trained to do: I looked for the correct legal view. If there are two conflicting decisions, there must be one which is right, and another one which is plainly wrong. Perhaps *Tadić* was right, or may be it was *Nicaragua* in which the correct construction of the law of attribution had been propounded, and *Loizidou* could be distinguished on the grounds that it was decided on the basis of treaty law, namely, the European Convention on Human Rights. Or, maybe this was yet another instance of what many believe to be the specificity of human rights regimes, which would frequently derogate from general international law. Eventually, I found none of these explanations entirely satisfactory.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 146.

Then, I suddenly realized what it might all have been about. It is the way judges, be they international or national, interpret, on the one hand, the law of attribution to determine what is an act of the State for the purpose of international responsibility and, on the other, the Act of State doctrine to establish the scope of acts of a State for the purpose of protecting those acts from foreign judicial interference. It is a clear case of “divergent convergence”. And this time the oxymoron is properly used. The two techniques of judicial interpretation converge as regards the purposes which, in all likelihood, they are meant to achieve; that is enforcing international human rights and humanitarian law norms and securing the accountability of those against whom legal proceedings have been brought. Inevitably, however, their approach is different, because to achieve these purposes they need to act differently and to use interpretive techniques that do diverge, at least logically. On the one hand, international tribunals in their jurisprudence seem to be broadening the scope of application of the criteria used for attributing the conduct of military and paramilitary groups to the State. The jurisprudential *revirement* in the case law subsequent to *Nicaragua* can be convincingly framed in these terms. By contrast, municipal courts seem to be going in the opposite direction when they wilfully subtract, by more or less persuasive interpretive devices, serious violations of human rights from the range of acts covered and protected by the Act of State doctrine.

This may very well be the link I was looking for. It is the effort made by judicial organs to interpret the two doctrines in such a way as to enforce the values underlying international human rights and humanitarian law norms and to secure the accountability of wrongdoers, be they States or individuals.

The logical plausibility of the argument notwithstanding, it may now be worth wondering whether this is a legally relevant finding. Can we infer anything from it? Can it give us a further opportunity to advance considerations of an even more general character? I believe that it can.

5 A FEW THOUGHTS ON THE RELEVANCE OF PURPOSIVE INTERPRETATION AND ITS PLACE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

First of all, I would argue that judicial interpretation of criteria that are relevant either to channel responsibility by attributing conduct at the level of international law or to eschew the hurdles that may stand in the way of adjudication at the municipal law level, is a purposive activity. This is not to deny the existence of principles and rules established by practice and evi-

denced by past judicial decisions. Their interpretation, however, is made with a view to achieving a certain purpose. In other words, it is the purpose that defines the contours of judicial interpretation.

This holds true particularly with regard to international human rights and humanitarian law norms, the implementation of which seems increasingly to be perceived as particularly important by international and domestic jurisdictions alike. Enforcement presupposes creating the circumstances for holding accountable the persons or entities responsible for the breach of the relevant norms. If this requires a broad interpretation of the law of attribution under the international law of State responsibility, the judge will act accordingly.⁵¹ Conversely, if for the purpose of accountability at the municipal law level, it is necessary to subtract certain acts from the public sphere of the foreign State activities, the court readily does so. This would hardly be surprising were one ready to acknowledge – as many still find it hard to do – that international law is a value-oriented system, one in which values do count and where some are generally perceived as more important than others. The emergence and steady consolidation of such normative categories as *jus cogens*, which postulates the existence of inderogable, and therefore, hierarchically superior norms; obligations *erga omnes*; that is, obligations owed not to any particular state but to the international community as a whole; and the looming on the horizon of a specific regime of responsibility for their serious breaches, quite dramatically reinforce the idea that international law is strongly value-oriented. It matters little if the

51 This prompts some more general considerations on the nature of the process of attribution. The developments expounded above do not support the stance taken by the former Special Rapporteur of the ILC on State responsibility, Gaetano Arangio-Ruiz. According to him “[a]ttribution does not really seem to be an operation carried out by legal rules . . . The attribution of an act to a State for the purpose of any legal consequence is, more realistically, an operation carried out . . . in order to determine that the fact constituting a violation of an international obligation emanates in fact from a given State for the legal purposes of determination of wrongfulness and imputation of responsibility”, Second Report on State Responsibility, Document A/CN.4/425 and Add. 1, *Yearbook of the ILC*, 1989, vol. II, part one, p. 51, para. 173. What seems to be more in tune with the current reality is that “the doctrine of attribution becomes the fictional instrument for identifying and enlarging the substantive responsibility of States . . .”, G.A. Christenson, “The Doctrine of Attribution in State Responsibility”, in: R.B. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (Charlottesville, Univ. Press of Virginia, 1983), p. 337. In this respect, the following dictum of the ICTY Appeals Chamber in the *Aleksovski* case, concerning the “overall control” test, is quite telling: “To the extent that it provides for greater protection of civilian victims of armed conflicts, this different and less rigorous standard is wholly consistent with the fundamental purpose of Geneva Convention IV, which is to ensure ‘protection of civilians to the maximum extent possible’”, *Aleksovski* case, *supra* (note 40), para. 146.

ILC and the ICJ play with words (apparently a very popular occupation among international lawyers) the former by refusing to use the word “crimes” and using instead the expression “serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law”,⁵² the latter by substituting the notion of obligations *erga omnes* for that of *jus cogens*.⁵³ It is a matter of wording that hardly hides the fundamental necessity of attaching particularly negative consequences to those breaches of international law which may prejudice essential and widely shared interests of the international community. All of these categories: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, international crimes, however one wants to characterize them, do have ethical underpinnings and lay the foundations of that public order of the international community that Mosler envisaged and brilliantly described more than thirty years ago.⁵⁴

This paves the way for another remark of a general character. Provided that international law is a value-oriented system, it becomes difficult to conceive of it as a mere set of rules, the neutral and therefore proper interpretation of which can be readily provided regardless of any other considerations. This is why I find it personally very difficult to share the view of international law propounded by Judge Fitzmaurice and Judge Spender in their joint dissenting opinion in the *South-West Africa case* in 1962 when they said that: “We are not unmindful of, nor are we insensible to, the various considerations of a non-juridical character, social, humanitarian and other . . . but these are matters for the political rather than for the legal arena. They cannot be allowed to deflect us from our duty of reaching a conclusion on the basis of what we believe to be the correct legal view.”⁵⁵

I find myself more in tune with the words of another eminent jurist of our time, Sir Hersch Lauterpacht, who once wrote that the judge does not find rules but makes choices “not between claims which are fully justified and claims which have no foundation at all but between claims which have varying degrees of legal merit.”⁵⁶

52 ILC Articles, *supra* (note 6), Chapter III.

53 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970 (Second Phase), ICJ Reports 1970, p. 32, para. 33; *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, ICJ Reports 1995, p. 90, 102, para. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, paras. 88 and 155.

54 H. Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *RCADI*, 1974-IV, 140, p. 1.

55 *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, ICJ Reports 1962, p. 466.

56 Sir H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, reprinted edition (Cambridge, Grotius Publications, 1982), p. 398.

It seems to me that this is precisely what the European Court of Human Rights and the ICTY, respectively, did in *Loizidou* and *Tadić*, when they each offered a different interpretation of the criterion of control, for the purpose of attribution, to the very restrictive interpretation that the ICJ had given. Similar considerations apply to United States courts which, feeling restrained by the public/private dichotomy, created the somewhat unusual category of “unofficial” public acts. If we look at international law as a complex mechanism of decision-making processes, rather than a mere set of rules, it is apparent that judicial organs do have an important role to play in it, as they provide authoritative interpretations of the state of the law. Moreover, they have the means to constantly adjust the content of the law to the changing demands of the social community, thus preserving the dynamic character of international law making.

The risks inherent in purposive interpretation, that is interpreting the law not only in the light of past decisions applying certain principles and rules, but also taking into account the particular context in which the decision has to be rendered and in light of a desired outcome, are self-evident. The real danger is that it all depends on the values one wants to foster. In the case at hand, however, we should not be too concerned, as the values underlying the norms which have been enforced in the cases I have mentioned are almost universally shared and, therefore, fairly uncontroversial.

This may even explain the complementary role that municipal courts have started playing recently in the enforcement of international human rights norms. We should not overlook the fact that national jurisdictions quite often actively participate in international law adjudication and enforcement processes. This function is vaguely reminiscent of George Scelle’s theory of *dédoublement fonctionnel*⁵⁷ and may indeed represent in the future an effective means to complement international law remedies. But this would lead me too far from where I began.

6 CONCLUSION

I started with a pun, which later paved the way for broaching some interesting and intriguing issues of international law. That eventually allowed for some speculations on the role of judicial interpretation and its

57 G. Scelle, “Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel” in: W. Schätzel, J.J. Schlochauer (eds), *Rechtsfragen der Internationalen Organisation-Festschrift Hans Wehberg* (Frankfurt am Main, Klostermann, 1956), pp. 324-342.

proper place in contemporary international law. Perhaps the same remarks could have been made without subjecting the reader to such rhetorical tools. But I do not think that I engaged in mere sophistry, or at least that was not my intention.

Had I not played with words, it would never have occurred to me that there might be a connection between the two doctrines I have discussed, or perhaps more accurately, that their joint consideration could possibly inspire thoughts of a more general character. Indeed, rhetoric is a noble art. After its neglect by two centuries of rational dogmatism, perhaps the time has come to restore this *ars* to its ancient vocation of serving as an ancillary art, which may be useful to many disciplines, including law and its most extravagant variant, international law. Rhetoric is not just the art of persuasion. It is not just about manipulating texts, and it is not just about words. Words are connecting factors. Behind them there are ideas, concepts, and categories. Rhetoric is not just playing with words. It's about establishing connections, tracing similarities and creating intellectual frameworks (which I would venture, is pretty much the work of a generalist in our discipline). Ultimately, it may be regarded, in the words of Cicero, as the art of finding. That is the way I meant to use it in this essay.

THE *JUS COGENS* PROHIBITION OF TORTURE AND THE
IMPORTANCE OF SOVEREIGN STATE IMMUNITY

*Andrew Clapham**

This short piece is intended to highlight Lucius Caflisch's dissent from the majority judgment of the Grand Chamber of European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom*. Although we shall deal with the key determination of the Court, the aim here is to illustrate how a carefully argued dissent can chart the way for other judges to develop the law in new majorities.

1 THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND
THE PURSUIT OF HARMONY

In 2000, a Grand Chamber of the European Court of Human Rights was faced with three separate cases all claiming that the European Convention on Human Rights had been violated due to restrictions placed on access to court by applications of sovereign State immunity.¹ The cases were decided in the wake of the *Pinochet* litigation, and the *jus cogens* references in those judgments provided much of the ballast for the applicants' arguments. In one of these cases, *Al-Adsani v. United Kingdom*, the applicant relied in particular on the argument that torture represented a violation of a *jus cogens* norm, and that State immunity should not be allowed to stand in the way of a civil claim of torture brought against the State of Kuwait. The facts as alleged by the applicant are set out in the judgment:

* Professor of International Law, Graduate Institute of International Studies, Geneva

1 *Al-Adsani v. UK, Fogarty v. UK, McElhinney v. Ireland*, judgments of 21 November 2001.

10. The applicant, who is a trained pilot, went to Kuwait in 1991 to assist in its defence against Iraq. During the Gulf War he served as a member of the Kuwaiti Air Force and, after the Iraqi invasion, he remained behind as a member of the resistance movement. During that period he came into possession of sex videotapes involving Sheikh Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah (“the Sheikh”), who is related to the Emir of Kuwait and is said to have an influential position in Kuwait. By some means these tapes entered general circulation, for which the applicant was held responsible by the Sheikh.

11. After the Iraqi armed forces were expelled from Kuwait, on or about 2 May 1991, the Sheikh and two others gained entry to the applicant’s house, beat him and took him at gunpoint in a government jeep to the Kuwaiti State Security Prison. The applicant was falsely imprisoned there for several days during which he was repeatedly beaten by security guards. He was released on 5 May 1991, having been forced to sign a false confession.

12. On or about 7 May 1991 the Sheikh took the applicant at gunpoint in a government car to the palace of the Emir of Kuwait’s brother. At first the applicant’s head was repeatedly held underwater in a swimming-pool containing corpses, and he was then dragged into a small room where the Sheikh set fire to mattresses soaked in petrol, as a result of which the applicant was seriously burnt.

13. Initially the applicant was treated in a Kuwaiti hospital, and on 17 May 1991 he returned to England where he spent six weeks in hospital being treated for burns covering 25% of his total body surface area. He also suffered psychological damage and has been diagnosed as suffering from a severe form of post-traumatic stress disorder, aggravated by the fact that, once in England, he received threats warning him not to take action or give publicity to his plight.²

The Grand Chamber made an early passing reference to the relevance of *jus cogens*, with regards to the House of Lords’ finding that Pinochet enjoyed no immunity with regards to the criminal charges of torture against him, but implied that the House of Lords confined this logic to criminal liability rather than civil suits against a State.³

2 *Al-Adsani v. UK*, judgment of 21 November 2001.

3 *Ibid.* at para. 34. “In its *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, judgment of 24 March 1999 [2000] Appeal Cases 147, the House of Lords held that the former President of Chile, Senator Pinochet, could be extradited to Spain in respect of charges which concerned conduct that was criminal in the United Kingdom at the time when it was allegedly committed. The majority of the Law Lords considered that extraterritorial torture did not become a crime in the United Kingdom until section 134 of the Criminal Justice Act 1988 came into effect. The majority considered that although under Part II of the State Immunity Act 1978 a former head of State enjoyed immunity from the criminal jurisdiction of the United Kingdom for acts done in his official capacity, torture was an international crime and prohibited by *jus cogens* (peremptory norms of international law). The coming into force of the UN Convention (see para. 29 above) had cre-

Of course the European Court of Human Rights is not a Court with general jurisdiction over issues of public international law. It is a Court established to “ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto.”⁴ A key issue for the Court was whether Mr Al-Adsani had been denied access to a court for the determination of his civil rights.⁵ The first step to deciding this claim is to determine whether or not a ‘civil right’ existed in domestic law. The Court held that such a right did indeed exist:

The Court does not accept the Government’s submission that the applicant’s claim had no legal basis in domestic law since any substantive right which might have existed was extinguished by operation of the doctrine of State immunity. It notes that an action against a State is not barred *in limine*: if the defendant State waives immunity, the action will proceed to a hearing and judgment. The grant of immunity is to be seen not as qualifying a substantive right but as a procedural bar on the national courts’ power to determine the right.⁶

The Court went on to explain that the right of access to Court has implied limitations which have to satisfy the familiar tests of pursuing a legitimate aim and being necessary and proportionate to that aim. In this case the majority of the Grand Chamber found that blocking access to Court on grounds of State immunity did indeed pursue the legitimate aim of allowing a State to fulfil its obligations under general international law towards Kuwait. The majority found that such a restriction on access to court was proportionate to the aim pursued and did not ‘reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired’.⁷ Some members of the majority were overt in their pragmatic consequentialist thinking; two judges felt that a finding that human rights law requires States to override claims of sovereign State immunity would have led to a flood of complaints against States which would be

ated a universal criminal jurisdiction in all the Contracting States in respect of acts of torture by public officials, and the States Parties could not have intended that an immunity for ex-heads of State for official acts of torture would survive their ratification of the UN Convention. The House of Lords (and, in particular, Lord Millett, at p. 278) made clear that their findings as to immunity *ratione materiae* from criminal jurisdiction did not affect the immunity *ratione personae* of foreign sovereign States from civil jurisdiction in respect of acts of torture.”

4 Art. 19, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention).

5 Article 6 of the Convention reads in part: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

6 *Al-Adsani v. UK*, at para. 48.

7 *Ibid.* at para. 53.

hard to adjudicate, and, furthermore, that such a situation could have knock-on effects leading to new restrictions regarding the admission of asylum seekers.⁸

The majority judgment begins its reasoning by finding that respect for sovereign equality and ensuring good international relations represent implied legitimate aims which can justify restricting access to court under human rights law:

The Court must first examine whether the limitation pursued a legitimate aim. It notes in this connection that sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty.⁹

The judgment then invoked the Vienna Convention on the Law of Treaties to bolster the case that the European Convention on Human Rights has to be interpreted with regard to other rules of international law:

The Court must next assess whether the restriction was proportionate to the aim pursued. It reiterates that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that treaty indicates that account is to be taken of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". The Convention, including Article 6, cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account (see, *mutatis mutandis*, *Loizidou v. Turkey* (merits), judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2231, § 43). The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity.¹⁰

8 Concurring Opinion of Judge Pellonpää joined by Judge Sir Nicolas Bratza, they felt that the minority opinion of the Court could have led to the result: "that precisely those States which so far have been most liberal in accepting refugees and asylum-seekers, would have had imposed upon them the additional burden of guaranteeing access to a court for the determination of perhaps hundreds of refugees' civil claims for compensation for alleged torture."

9 *Al-Adsani v. UK*, at para. 54.

10 *Ibid.* at para. 55.

The majority found that international law recognized State immunity from jurisdiction with regards to claims for torture. Therefore the United Kingdom's acceptance of the Kuwaiti claim of State immunity did not disproportionately restrict Al-Adsani's access to court. Similar reasoning was used with regards to the other cases heard before the same Grand Chamber.¹¹ The importance of ensuring good relations between nations weighed heavily in the balance. In fact one of the other cases produced a judgment which was even more expansive on the importance of ensuring 'harmony' not only between different branches of international law but also between nations.¹²

In *Al-Adsani* the issue that divided the majority of nine judges from the eight in the minority was the importance to be attributed to claims of State immunity in the context of a claim based on the duty to repress violations of *jus cogens*. We shall deal with this below. Before we address that issue let us look at little more closely at the interpretative device adopted by the Court to imply that access to court had to be read against a State's other international obligations. On this approach all members of the Court, in principle, seemed to be in agreement. The consensus emerges in the other cases decided at the same time. In *Fogarty v. United Kingdom*, the same Grand Chamber was faced with a claim by Mrs Fogarty that her rights under the Convention had been violated as she had been unable to bring a civil suit, in the English Courts against the United States Government, relating to a dispute she had with the United States Embassy in London. The United Kingdom Government countered that it was obliged to comply with its obligations under general international law to grant sovereign State immunity to the United States in the English courts. The Court (by sixteen votes to one) interpreted the human rights treaty so that the denial of access was considered proportionate, and the international law obligations of States regarding State immunity were considered an inherent limitation on the

11 See *Fogarty v. UK*, at paras. 35-6; *McElhinney v. Ireland*, at para. 36, judgments of 21 November 2001.

12 See e.g., *McElhinney v. Ireland* at para. 28 "The limitation on the applicant's right of access to court had a legitimate objective, namely compliance with generally recognised principles of international law and the promotion of harmonious relations, mutual respect and understanding between nations. The Government stressed in this connection the context in which sovereign immunity had been applied in the present case: the United Kingdom had exercised sovereign powers designed to safeguard its interests within its territory by operating a security checkpoint on its border with the Republic of Ireland in order to curb paramilitary activities. Ireland was entitled to a margin of appreciation, especially since its courts had applied sovereign immunity very carefully following two full and detailed hearings." See also para. 36.

human rights treaty obligations under consideration. The Concurring Opinion of Judges Caffisch, Costa and Vajić explained how they were able to join the majority: ‘The immunity just described must apply in the present case: (i) because the present case pertains to the recruitment of diplomatic or consular staff rather than to the application of a contract of employment; (ii) because it does not prevent the application of any provision of the Convention having the value of *jus cogens*; (iii) because, for that reason, the immunity rule will stand, unless (iv) it can be shown that the resulting restriction of the right of access to court is disproportionate from the angle of Article 6 § 1 of the Convention.’¹³

The method of the Court is, in short, to apply the human rights treaty in a way that allows the State to fulfil its other obligations under the international law of State immunity. The methodology is interesting when we export it to other contexts. What would happen if a body were asked to apply a trade treaty in harmony with the general international law of human rights? According to the Court, the interpretative rule, found in the Vienna Convention on the Law of Treaties,¹⁴ demands that a treaty ‘cannot be interpreted in a vacuum’ and ‘should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part’.¹⁵ What then should a WTO Panel do when faced with the argument that the general international of human rights law demands a particular interpretation of a trade treaty? *Al-Adsani, McElhinney, and Fogarty*, taken together, suggest that any judicial (or quasi-judicial) body charged with upholding a treaty should interpret that treaty in harmony with other international obligations. Article XX of the General Agreement on Tariffs and Trade, the equivalent Article XIV in the General Agreement on Trade in Services GATS and Article 8 in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights TRIPS, all allow for exceptions where the measures are necessary to protect public health and certain other goals.¹⁶ While the scope of these exceptions remain

13 *Fogarty v United Kingdom* at 16. See further the discussion of the effect of a *jus cogens* human rights norm in conflict with a rule of general international law in *Al-Adsani v. United Kingdom* (2001) and especially the Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caffisch Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić.

14 We should assume that the Court considers the relevant provision is customary international law as the European Convention predates the entry into force of the Vienna Convention.

15 *Al-Adsani v. UK*, *supra* (note 2), at para. 55.

16 GATT Art. XX “*General Exceptions*. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (a) necessary to protect public morals; (b)

under-explored in the ‘case-law’ of the WTO, we might consider for a moment how to interpret these exceptions in this context. It seems quite likely that a government relying on such an exception will argue that the scope of the measures taken was necessary in order to fulfil its international human rights obligations. At this point the applicable human rights rules can be taken into account in order to understand what was really necessary in this context. Applying this approach to a WTO dispute, we could suggest that a Panel, in assessing the necessity of a limitation to an obligation under a WTO agreement, would consider the international human rights obligations of the State claiming the applicability of the limitation. The value to be protected by the human rights obligation would determine the weight to be given to it. The WTO Appeal Body has indeed already suggested that it considers the values at stake when engaging in such a balancing exercise.¹⁷

In balancing competing obligations under international law, and resolving States’ obligations through the interpretive device described above, the European Court of Human Rights contained a divergence of opinion on the

necessary to protect human, animal or plant life or health; (c) relating to the importations or exportations of gold or silver; (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices; (e) relating to the products of prison labour; (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption . . .”; GATS Art. XIV. “*General Exceptions* Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures: (a) necessary to protect public morals or to maintain public order; [the footnote in the original reads: ‘The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society’] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; (c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to: (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on services contracts; (ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts; (iii) safety; . . . TRIPS Art. 8(1) ‘Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.’”

17 See the *Asbestos Appeal* WT/DS135/AB/R, 12 March 2001 at para. 172, and see also Appellate Body Report, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, *Korea – Beef* at para. 162.

importance of describing some obligations as *jus cogens* obligations. Before we examine the judges' opinions in *Al-Adsani* let us look a little more closely at how *jus cogens* obligations come about and what the International Law Commission has said are the consequences of breaches of *jus cogens* obligations.

2 JUS COGENS AND TORTURE¹⁸

While, on the one hand, customary international law rules usually take time to evolve due to the requirement that there is evidence of States acting out of a sense of legal obligation, on the other hand, *jus cogens* rules on human rights need to be simply accepted by the international community of States as a whole. Courts have been willing to accept, for example, that the prohibition on torture is a rule of *jus cogens* without a painstaking search for evidence of States acting out of a sense of legal obligation. The International Tribunal for the former Yugoslavia has not only asserted the prohibition of torture as a rule of *jus cogens*,¹⁹ but also referred to the demands of humanity and the dictates of the public conscience, notions reflected in the judgments of the International Court of Justice and the Martens Clause,²⁰ to suggest that these imperatives drive the necessary mental element (*opinio juris*) which heralds 'the emergence of a general rule or principle of humanitarian law.'²¹ In the *Kupreskić* judgment, the Tribunal suggested that 'Due

18 Adapted from A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, (Oxford, Oxford University Press, 2006).

19 *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, judgment of 10 December 1998, at para. 153 *et seq.*

20 This clause is found in slightly different forms in the 1899 Hague Convention Concerning the Laws or Customs of War on Land, the 1907 Hague Convention IV, and Article 1(2) of Protocol I of 1977. This last version reads: "In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience." Note also the impossibility of avoiding these rules through denunciation of the Geneva Convention of 1949, Articles 63, 62, 142 and 158, of the four Geneva Conventions respectively, state that denunciation shall in no way impair the obligations which the Parties to the conflict shall remain bound to fulfil by virtue of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and the dictates of the public conscience. See A. Cassese, "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", 11 *EJIL*, 2000, 193-202; and V. Chetail, "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law", 85 *IRRC*, No. 830, 2003, 235-69.

21 *Prosecutor v. Kupreskić*, IT-95-16, judgment of 14 January 2000, at para. 527. "This is however an area where *opinio iuris sive necessitatis* may play a much greater role than *usus*, as a result of the aforementioned Martens Clause. In the light of the way States and courts have

to the pressure exerted by the requirements of humanity and the dictates of public conscience, a customary rule of international law has emerged' (on the prohibition of reprisals against civilians in combat zones).²² In short, our changing notions of what is considered humane can generate new binding rules in the field of international human rights and humanitarian law without recourse to the mysteries of evaluating State practice and *opinio juris*. But why single out some norms as *jus cogens* norms? And what norms are considered to fall within this variety of human rights law?

Chapter III of the International Law Commission's articles on State responsibility is entitled 'Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law.'²³ The Commentary states: 'Those peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination'²⁴ Other examples included in Commentary are 'the slave trade . . . and apartheid . . . the prohibition against torture as defined in article 1 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment . . . the basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict'.²⁵ This list is carefully described as exemplary rather than definitive. For completeness one should note that the UN Human Rights Committee has referred to the following as acts which would violate *jus cogens* norms: arbitrary deprivations of life, torture and inhuman and degrading treatment, taking hostages, imposing collective punishments, arbitrary deprivations of liberty, or deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence.²⁶

implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent. The other element, in the form of *opinio necessitatis*, crystallising as a result of the imperatives of humanity or public conscience, may turn out to be the decisive element heralding the emergence of a general rule or principle of humanitarian law."

22 *Ibid.* at para. 531.

23 The UN General Assembly took note of the articles, "commended them to the attention of Governments", and annexed the articles to its Resolution 56/83, 12 December 2001. See further J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002).

24 Commentary to Article 26, para. 5, *Report of the ILC*, GAOR, Supp. No. 10 (A/56/10) p. 208.

25 Commentary to Article 40, paras. 3-5, *ibid.* at pp 283-284.

26 See General Comment 29, Article 4: Derogations during a state of emergency, at para. 11, adopted 24 July 2001, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, 12 May 2003.

To fall within this Chapter of the ILC's articles (special obligations) the violations of the peremptory norms have to involve 'a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.' (Art 40(2)). According to the Commentary: 'To be regarded as systematic, a violation would have to be carried out in an organized and deliberate way. In contrast, the term "gross" refers to the intensity of the violation or its effects; it denotes violations of a flagrant nature, amounting to a direct and outright assault on the values protected by the rule.'²⁷ The consequences of such a serious breach are set out in Article 41. States have to cooperate to bring the serious breach to an end and no state shall recognize as lawful such a breach nor render aid or assistance in maintaining that situation. This regime for serious breaches has obvious implications for holding all states accountable for allowing serious human rights violations to be perpetrated by any other state.

The ILC has also included a reference to *jus cogens* with regards to circumstances precluding wrongfulness and the lawfulness of countermeasures. Countermeasures may not affect *jus cogens* obligations (Article 50(1)(d)). In the words of the Commentary, 'for example, a genocide cannot justify a counter-genocide'.²⁸ With regard to a conflict with a pre-existing treaty obligation which is not by its terms contrary to *jus cogens*, the ILC seem to suggest that a State will be justified in refusing to comply with a treaty obligation where its observance is incompatible with a *jus cogens* prohibition.²⁹ Antonio Cassese has highlighted the approach of the Swiss Tribunal Fédéral which prioritized the *jus cogens* norm concerning the prohibition of torture over a binding obligation contained in a bilateral extradition treaty.³⁰ Nevertheless, this is not an area replete with State practice. The ILC's Commentary deals with the conflict of norms question in fairly terse terms: 'Where there is an apparent conflict between primary obligations, one of which arises for a State directly under a peremptory norm of general international law, it is evident that such an obligation must prevail. The processes of interpretation and application should resolve such questions without any need to resort to the secondary rules of State responsibility.'³¹

27 *Ibid.* para. 8, at p. 285.

28 Commentary to Article 26 at para. 4, *Report of the ILC*, GAOR, Supp. No. 10 (A/56/10) at p. 208. We should add that Article 50 also excludes countermeasure that affect "obligations for the protection of fundamental human rights" and "obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals".

29 Commentary to Article 26 at para. 2, *ibid.* at p. 207, citing Fitzmaurice.

30 *International Law*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2005), pp. 210-211.

31 Commentary to Article 26 at para. 4, *Report of the ILC*, GAOR, Supp. No. 10 (A/56/10) at p. 207.

In addition to these consequences under the rules of State responsibility (and one can expect that similar rules will be codified or developed with regards to the responsibility of international organizations)³² a number of further consequences arise when human rights abuses fall into the category of *jus cogens*. First, under the law of treaties developed through the two Vienna Conventions, a treaty may be held to be invalid if it conflicts with a norm of *jus cogens*.³³ This should apply not only for inter-State treaties but also with regards to treaties entered into by international organizations.³⁴ But the implications for treaty law probably go beyond the drastic scenario of a treaty being held to be void as conflicting with *jus cogens*. Cassese has suggested that a court ‘will simply *disregard* or declare *null and void* a single treaty provision that is contrary to *jus cogens*, if the remaining provisions of the treaty are not tainted with the same invalidity.’³⁵ He also suggests that ‘a court may be led to *construe* a treaty provision possessing a dubious scope in a sense consistent with a peremptory norm on the matter, rather than in any other sense.’³⁶

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in the *Furundžija* case, explained some special consequences that arise in the context of a violation of the *jus cogens* norm of torture: first, the higher rank of the principle at issue means that it cannot be derogated from by States through treaties or customary international law;³⁷ second, the principle serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture;³⁸ third, ‘the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked *inter alia* to disregard the legal value of the national authorising act’;³⁹ fourth, ‘at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the

32 See the reports of the Special Rapporteur of the ILC on responsibility of international organizations, Giorgio Gaja, UN Docs A/CN.4/ 532, 26 March 2003; A/CN.4/541, 2 April 2004; and A/CN.4/553, 13 May 2005.

33 See Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), Arts. 53, 64, 65 and 66(a) (this last provision establishes the jurisdiction of the International Court of Justice with regards to disputes concerning *jus cogens* in this context). See also Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations (1986) (not yet in force), Arts. 53, 64, 65 and 66 (the provisions regarding the International Court of Justice provide for an advisory opinion where one or more parties to the dispute is an international organization).

34 See the Vienna Convention of 1986 referred to in the previous footnote.

35 A. Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 206.

36 *Ibid.*

37 IT-95-17/1-T, judgment of 10 December 1998, at para. 153.

38 *Ibid.* at para. 155.

39 *Ibid.*

consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction.⁴⁰ Lastly, the Tribunal mentions that ‘other consequences include the fact that torture may not be covered by a statute of limitations, and must not be excluded from extradition under any political offence exemption.’⁴¹

We have then a series of suggestions as to how decision makers should react when faced with the application of a rule of international law, which seems to run counter to an obligation of *jus cogens*. The last set of considerations were developed with particular regard to the prohibition on torture. Let us now turn to see how the judges dealt with the issue in the *Al-Adsani* case before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights.

3 THE DISSENT IN AL-ADSANI

We saw above that the European Court of Human Rights’ Grand Chamber found that respect for State sovereignty was considered important enough to be considered a legitimate restriction on access to court in a case alleging torture by a State. But this finding came about by the narrowest of margins. The nine judges in the majority mentioned in passing the *jus cogens* nature of the crime of torture, the eight judges from the minority reasoned that the presence in the equation of a *jus cogens* obligation changed the rules for the application of principles of State immunity. The joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, suggests a method for prioritising *jus cogens* norms without producing disharmony. They first set out a rule which suggests that a norm of *jus cogens* prevails over any conflicting norm of international law:

By accepting that the rule on prohibition of torture is a rule of *jus cogens*, the majority recognise that it is hierarchically higher than any other rule of international law, be it general or particular, customary or conventional, with the exception, of course, of other *jus cogens* norms. For the basic characteristic of a *jus cogens* rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status.

40 *Ibid.* at para. 156.

41 *Ibid.* at para. 157, footnotes omitted.

In the event of a conflict between a *jus cogens* rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule.⁴²

Having explained that the rules on State immunity can not be *jus cogens* rules, because States have waived immunity or successfully contracted out from the rule in the past, the dissenters explain how the apparent conflict of norms should be resolved by the European Court of Human Rights. Their vision of a harmonious interpretation of the Convention is a different one.

The acceptance therefore of the *jus cogens* nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions. In the circumstances of this case, Kuwait cannot validly hide behind the rules on State immunity to avoid proceedings for a serious claim of torture made before a foreign jurisdiction; and the courts of that jurisdiction (the United Kingdom) cannot accept a plea of immunity, or invoke it *ex officio*, to refuse an applicant adjudication of a torture case. Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *jus cogens*.⁴³

The dissent suggests that there is no weighing exercise between access to court under the Convention and State immunity under customary international law. The dissent is clear that allegations of torture denude the law of State immunity of any legal effect. There is no question of weighing the importance to be attached to State immunity rules because they have lost any significance at all.

The ‘flood gates’ fear that allegations of torture are so prevalent that States would be forced to account in a never ending series of torture suits finds no place in the dissent. For the dissenters the importance attached by the legal system to violations of *jus cogens* norms means that lesser rules can not be invoked to undermine repression of such violations. Turning to the Convention, the dissenters suggest one can not argue that there is an

42 At para. 1 of the dissenting opinion.

43 *Ibid.* at para. 3.

implied restriction on access to court based on the need to fulfil obligations concerning State immunity because such obligations have evaporated in the face of a *jus cogens* obligation.

The dissent then turns to the distinction, drawn by the majority, between civil and criminal proceedings at the national level.

The majority, while accepting that the rule on the prohibition of torture is a *jus cogens* norm, refuse to draw any consequences of such acceptance. They contend that a distinction must be made between criminal proceedings, where apparently they accept that a *jus cogens* rule has the overriding force to deprive the rules of sovereign immunity from their legal effects, and civil proceedings, where, in the absence of authority, they consider that the same conclusion cannot be drawn. Their position is well summarised in paragraph 66 of the judgment, where they assert that they do not find it established that “there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State”. Hence, “[t]he 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims is not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity”. The minority countered in the following terms:

In our opinion, the distinction made by the majority and their conclusions are defective on two grounds.

Firstly, the English courts, when dealing with the applicant’s claim, never resorted to the distinction made by the majority. They never invoked any difference between criminal charges or civil claims, between criminal and civil proceedings, in so far as the legal force of the rules on State immunity or the applicability of the 1978 Act was concerned. The basic position of the Court of Appeal – the last court which dealt with the matter in its essence – is expressed by the observations of Lord Justice Stuart-Smith who simply denied that the prohibition of torture was a *jus cogens* rule. In reading the Lord Justice’s observations, one even forms the impression that if the Court of Appeal had been convinced that the rule of prohibition of torture was a norm of *jus cogens*, they could grudgingly have admitted that the procedural bar of State immunity did not apply in the circumstances of the case.

Secondly, the distinction made by the majority between civil and criminal proceedings, concerning the effect of the rule of the prohibition of torture, is not consonant with the very essence of the operation of the *jus cogens* rules. It is not the nature of the proceedings which determines the effects that a *jus cogens* rule has upon another rule of international law, but the character of the rule as a peremptory norm and its interaction with a hierarchically lower rule. The prohibition of torture, being a rule of *jus cogens*, acts in the international sphere and deprives the rule of sovereign immunity of all its legal effects in that

sphere. The criminal or civil nature of the domestic proceedings is immaterial. The jurisdictional bar is lifted by the very interaction of the international rules involved, and the national judge cannot admit a plea of immunity raised by the defendant State as an element preventing him from entering into the merits of the case and from dealing with the claim of the applicant for the alleged damages inflicted upon him.”⁴⁴

In the wake of the International Court of Justice’s judgement in the *Arrest Warrant* case, one could be forgiven for thinking that State immunity is considered as important as the repression of international crimes, and that, in the absence of State practice to the contrary, absolute rules on State immunity remain alive and well.⁴⁵ But this case can also be seen as confined to the specific context of an arrest warrant issued against an acting Foreign Minister. Most recently there are signs that the dissenters’ approach is enjoying resonance in some quarters.

4 CIVIL SUITS ALLEGING TORTURE – STATE IMMUNITY REVISITED

In October 2004, the Court of Appeal delivered a judgment concerning a civil suit brought in the English courts alleging torture by Saudi Arabia and number of named individuals.⁴⁶ The plea of State immunity was disallowed with regards to the individual officials. The Court of Appeal expressly rejected the civil/criminal distinction which had weighed so heavily with the majority of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani*. It seems fair to assume that through the arguments presented, the Rozakis, Cafilisch dissent gained some traction.

44 *Ibid.* at para. 4. See also the dissenting opinion of Judge Loucaides “I cannot see why there should be a distinction between criminal and civil proceedings in this respect, as contended by the majority. In view of the absolute nature of the prohibition of torture it would be a travesty of law to allow exceptions in respect of civil liability by permitting the concept of State immunity to be relied on successfully against a claim for compensation by any victim of torture. The rationale behind the principle of international law that those responsible for atrocious acts of torture must be accountable is not based solely on the objectives of criminal law. It is equally valid in relation to any legal liability whatsoever.”

45 See *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, judgment of 14 February 2002.

46 *Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor; Sandy Mitchell & Ors v. Ibrahim Al-Dali & Ors* [2004] EWCA Civ. 1394.

The claim by Mr Jones concerned in part ‘allegations of systematic torture during a period of 67 days’ imprisonment in solitary confinement between 16th March to 21st May 2001. This is said to have occurred after the claimant, Mr Jones, was mildly injured in a bomb blast outside a Riyadh book store on 15th March 2001 and hospitalised for a day.⁴⁷ The claim was brought against Saudi Arabia and against Lieutenant Colonel Abdul Aziz. The second set of claims was brought by ‘Sandy Mitchell and Leslie Walker (both Britons) and William Sampson (a Canadian citizen), against four Saudi Arabian individuals, Ibrahim Al-Dali and Khalid Al-Saleh, Colonel Mohamed al Said and Prince Naif.’⁴⁸ Their claims also concerned allegations of torture administered in prison in order to elicit confessions.

Saudi Arabia succeeded in having Mr Jones’ claim against it dismissed at the first instance on grounds of State immunity and the judge considered that this immunity extended to Lieutenant Colonel Abdul Aziz ‘as part of the Saudi Arabian State’ under the State Immunity Act 1978.⁴⁹ On appeal it was concluded that ‘a foreign state cannot possess (either under international law or under English common law and the United Kingdom’s 1978 Act) any absolute right to claim immunity in respect of civil claims against its officials for systematic torture, even when committed outside the country of suit.’⁵⁰ The Court of Appeal carefully considered the reasoning of the Grand Chamber in *Al-Adsani* and distinguished that case as concerning the State *as such*. To the extent that *Pinochet* had been read as drawing an important distinction between civil and criminal proceedings, the Court of Appeal revisited some of the *dicta* relied on by the majority in *Al-Adsani* and either disagreed with them,⁵¹ or, in the case of Phillips MR (who had

47 *Ibid.* at para. 1.

48 *Ibid.* at para. 2.

49 *Ibid.* at para. 7, s. 14(1) of the State Immunity Act states that “references to a State include references to- (a) the sovereign or other head of that State in his public capacity; (b) the government of that State; (c) any department of that government, but not to any entity (hereinafter referred to as a ‘separate entity’ which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.” See now the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2005) especially Art. 2(1): “For the purposes of the present Convention . . . (b) ‘State’ means: . . . (iv) representatives of the State acting in that capacity”. The extent to which application of the Convention would preclude civil cases against state officials accused of human rights violations was discussed by the International Law Programme Discussion Group at Chatham House on 20th January 2005. Some ambiguity remains and the decision by the Court of Appeal in *Jones* (see below) was not seen by all as necessarily running counter to the new rules on state immunity enshrined in the Convention. Everything would turn on whether an individual accused of torture (in a civil or criminal case) could be considered a representative of a State and acting in that capacity. See <http://www.riia.org/pdf/research/il/ILP200105.pdf>.

50 Per Mance LJ at para. 96.

51 *Ibid.* at para. 71.

himself given an opinion in the *Pinochet* case), declared that the wrong answer had been given in *Pinochet*: ‘As my agreement [with Mance LJ] is in conflict with a view that I expressed in the *Pinochet* case, I shall explain why I have concluded that that view was not correct.’⁵² Phillips MR gave this clarification.

“I said [in *Pinochet*]:

“Were these civil proceedings in which damages were claimed in respect of acts committed by Senator Pinochet in the government of Chile, Chile could argue that it was itself indirectly impleaded. That argument does not run where the proceedings are criminal and where the issue is Senator Pinochet’s personal responsibility, not that of Chile”

On reflection I have concluded that the argument does not run in relation to civil proceedings either. If civil proceedings are brought against individuals for acts of torture in circumstances where the state is immune from suit *ratione personae*, there can be no suggestion that the state is vicariously liable. It is the personal responsibility of the individuals, not that of the state, which is in issue. The state is not indirectly impleaded by the proceedings.”⁵³

Where did this leave the majority judgment in *Al-Adsani*? The Court of Appeal implicitly followed the reasoning of the minority dissenters, refusing to draw a distinction between civil and criminal suits. As Courts in the United Kingdom are obliged to follow as far as possible the judgments of the European Court of Human Rights,⁵⁴ the issue suggested further clarification. Phillips MR offered a prognostic on what sort of support there would be by that same Grand Chamber for the conclusion adopted by the Court of Appeal.

Had the Grand Chamber been considering a claim for state immunity in relation to claims brought against individuals, I do not believe that there would have been a majority in favour of the view that this represented a legitimate limitation on the right to access to a court under Article 6(1). Had the Court shared the conclusions that we have reached on this appeal, it would have held that there was no recognised rule of public international law that conferred such immunity. Had it concluded that there was such a rule, I consider that it would have been likely to have held that it would not be proportionate to apply the rule so as to preclude civil remedies sought against individuals.⁵⁵

52 Per Phillips MR at para. 101.

53 *Ibid.* at para. 128.

54 Human Rights Act 1998, s. “2.(1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights”.

55 Per Phillips MR at para. 134.

We may recall that at least some judges in the Grand Chamber considered that the State immunity rule was necessary to deter disruptive litigation, and more generally the Court emphasized the rationale of ensuring good inter-State relations. Mance LJ considered that such matters might be taken into consideration when exercising judicial discretion with regards to issues of jurisdiction,⁵⁶ but he did not see them as relevant for the purposes of determining whether the international law regarding State immunity covered civil claims against individuals. Mance LJ addressed head on the argument put forward by Saudi Arabia and the United Kingdom Government that ‘to permit any suit against an official or other state agent for systematic torture would be to interfere with, and adjudicate upon, the internal affairs of another state.’⁵⁷ The argument depends on a suggested difference between a criminal case (clearly permissible in the light of the *Pinochet* precedent) and a civil case. Mance LJ concluded:

Taking the basic considerations which underlie state immunity, criminal proceedings against individual alleged torturers involve domestic courts in “interfering in” and adjudicating upon the internal affairs of a foreign sovereign state. It is also natural that a state should stand behind its officials or agents in relation to contested allegations of torture, unless and until such allegations are proven. To that extent, criminal proceedings against an alleged torturer may be said indirectly to implead the foreign state. It is not easy to see why civil proceedings against an alleged individual torturer should be regarded as involving any greater interference in or a more objectionable form of adjudication upon the internal affairs of a foreign state.⁵⁸

As this chapter went to press the House of Lords overruled the Court of Appeal on this point and found that a distinction could indeed be drawn between criminal proceedings and civil proceedings against an alleged torturer.⁵⁹ Lord Hoffmann found (following *Pinochet (No 3)*) that the UN Torture Convention was held ‘by necessary implication, to remove the immunity from criminal prosecution which would ordinarily attach to acts performed by individuals in a public capacity. But the Torture Convention says nothing to remove the immunity of such individuals from civil process.’⁶⁰ Lord Bingham reasoned in a similar way finding in Article 1 of

56 At para. 97.

57 At para. 72.

58 *Ibid.* at para. 75.

59 *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others* [2006] UKHL 26.]

60 *Ibid.* at para. 71.

the Torture Convention ‘an express exception from the general rule of immunity.’ For Lord Bingham: ‘A state is not criminally responsible in international or English law, and therefore cannot be directly impleaded in criminal proceedings. The prosecution of a servant or agent for an act of torture within article 1 of the Torture Convention is founded on an express exception from the general rule of immunity. It is, however, clear that a civil action against individual torturers based on acts of official torture does indirectly implead the state since their acts are attributable to it. Were these claims against the individual defendants to proceed and be upheld, the interests of the Kingdom would be obviously affected, even though it is not a named party.’⁶¹ Interestingly, the interpretation by the UN Committee against Torture which suggested that Canada should amend its law to allow such civil actions for torture was dismissed as of ‘no value’ as an interpretation of Article 14 or as a statement of international law.⁶² The *jus cogens* arguments were dispatched by considering immunity as a procedural bar with no corresponding procedural aspect to the substantive *jus cogens* obligations. Granting immunity in such a case was not seen as directly contributing to a violation of the substantive *jus cogens* prohibition on torture.

* * *

The impact of Lucius Caflisch, and the other judges in the minority, on the development of the law of State immunity remains complex. On the one hand the unambiguous stance against any sort of immunity in the context of allegations of *jus cogens* violations has yet to be adopted by the highest judicial bodies around the world, on the other hand the argumentation is surely likely to be more and more influential as the rationale for State immunity is weighed against competing goals such as the protection of human dignity through human rights law. The dissenters built a legally coherent case for favouring the protection of human dignity over the dignity of States. Their arguments provide the groundwork for judges to read the *jus cogens* prohibition on torture as overriding international obligations to grant states and their agents full immunity in cases alleging torture. When international law develops a detailed appreciation of the procedural implications of claiming a violation of *jus cogens*, it will be founded in part on the reasoning in the Rozakis-Caflisch dissent.

61 Ibid. at para. 31.

62 Per Lord Hoffmann at para 57.

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA JURISPRUDENCE DE
LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN
MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ

*Benedetto Conforti**

1 INTRODUCTION

Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (ci-après : la Cour), et selon un stéréotype qu'on retrouve dans tous les arrêts en matière de propriété, l'art. 1 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : la Convention) contient trois dispositions. La première, contenue dans le 1^{er} alinéa, prévoit le respect des biens, donc le principe général selon lequel toute personne a droit au respect de ses biens ("*peaceful enjoyment of his possessions*", dans le texte anglais). La deuxième disposition, contenue elle-aussi dans le 1^{er} alinéa, concerne l'expropriation et, plus en général, toute forme de privation de la propriété, en disposant que cette privation ne peut avoir lieu que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et par les principes généraux du droit international. La troisième disposition, contenue dans le 2^e alinéa, concerne l'usage des biens, en prévoyant le droit de l'Etat de le réglementer conformément à l'intérêt général, notamment pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. On verra ci-après que ces trois dispositions, qui devraient être appliquées séparément, sont souvent appliquées par la Cour conjointement, suivant une approche qui peut laisser perplexes mais qui lui permet une plus grande souplesse dans ses décisions.

Il faut aussi rappeler qu'à l'art. 1^{er} du Protocole additionnel correspond à l'art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

* Juge à la Cour européenne des droits de l'homme ; Membre de l'Institut de Droit international

L'art. 17 est libellé de façon plus concise, mais il contient lui-aussi, essentiellement, les trois dispositions mentionnées plus haut. En outre, dans le commentaire officiel à cet article, la correspondance avec l'art. 1 du Protocole est expressément soulignée. Comme il est bien connu, au sein de la *Convention* qui donna naissance à cette Charte, il y eut une discussion pour établir si celle-ci devait contenir, à côté de la disposition prévue à l'art. 51, no. 3¹, une disposition expresse de renvoi à la jurisprudence de la Cour. Cette proposition fut rejetée et l'on décida d'insérer dans le Préambule de la Charte une mention de la jurisprudence de la Cour parmi les sources matérielles (traditions communes aux Etats membres, chartes sociales européennes, jurisprudence de la Cour communautaire, etc.) dont il faut s'inspirer dans l'interprétation de la Charte. Il est facile de prévoir quelles conséquences découleront de cette insertion, à la lumière de ce qui se passe déjà actuellement dans les rapports entre la Cour de Strasbourg et celle de Luxembourg : en fait, ces rapports sont caractérisés par une fréquente, mais pas servile, prise en considération de la jurisprudence de la première de la part de celle de la deuxième en matière de respect des droits fondamentaux en droit communautaire.

Ceci dit, il est difficile de procéder à une synthèse de la jurisprudence de la Cour, qui est bien souvent une jurisprudence de détail, étant donné que la Cour juge normalement sur des recours individuels et prend donc en compte surtout les circonstances du cas d'espèce. Il est cependant possible de dégager quelques lignes générales, même si sous certains aspects elles peuvent être considérées en évolution². Il s'agit d'une évolution à laquelle a peut-être contribué l'adhésion des Pays de l'Europe de l'Est au système de contrôle prévu par la Convention, en raison de l'importance attribuée au droit de propriété après la chute des régimes communistes.

1 "Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux qui leur confère ladite Convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue".

2 Ce n'est pas le moment de donner une bibliographie générale sur le thème de la protection de la propriété dans la CEDH. On peut trouver des références bibliographiques précises dans les différentes langues scientifiques dans le récent ouvrage de M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Milano, 2003). Il me plaît aussi de citer l'auteur auquel cette étude est, avec beaucoup d'amitié, dédié, quoique dans un contexte différent, c'est-à-dire dans le cadre de la protection des intérêts patrimoniaux des étrangers par le droit international, L. Caffisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1969), pp. 16 ss.

2 LA NOTION DE BIEN

La première chose dont il faut s'occuper c'est la notion de « bien » que la Cour utilise dans l'interprétation de l'art. 1 du Protocole. A cet égard je voudrais souligner que, bien que l'article soit intitulé « protection de la propriété » (*“protection of property”*) – titre qui n'a été d'ailleurs introduit que par la réforme de 1998, c'est-à-dire lorsqu'une jurisprudence de la Cour sur l'art. 1 s'était déjà développée –, la Cour n'a jamais limité l'application des règles contenues dans l'article au droit de propriété au sens propre du terme. En revendiquant l'autonomie de la notion de propriété, ainsi que de toutes les notions juridiques utilisées par la Convention, par rapport aux ordres juridiques des Etats contractants, elle a fini par concentrer son attention sur la notion de « bien » et par reconstruire cette notion de façon tout à fait particulière. Par conséquent, ce n'est pas le respect de la propriété, mais le respect des biens, conformément à la lettre du texte français, qui a fini par prévaloir. Partant, lorsque la Cour se demande si l'art. 1 du Protocole est applicable ou non, et donc s'il s'agit d'un bien, elle examine si l'individu, la personne physique ou morale, qui saisit la Cour en raison d'une violation de l'art. 1, était effectivement le titulaire d'un bien. Et ce faisant, la Cour est vraiment allée, à mon sens, au-delà de toute imagination, car elle a fait rentrer dans la notion de bien tout ou presque tout ce qui a une valeur économiquement appréciable, jusqu'à faire coïncider la notion de bien avec celle de valeur patrimoniale.

On a ainsi rattaché à l'art. 1 non seulement les biens meubles, immeubles, corporels, incorporels, etc., mais aussi les titres de crédit, le droit à la restitution d'impôts non dus, l'achalandage, et autres choses similaires. Mais ce n'est pas tout. On a même considéré comme bien protégé par l'art. 1 l'« espérance légitime » de recevoir un avantage patrimonial: le *leading case* en la matière c'est l'affaire *Pine Valley contre Irlande* (arrêt du 29 novembre 1991), concernant l'achat de la part de la société requérante d'un terrain assorti, au moment de l'achat, d'un permis de construire, permis révoqué ensuite par l'autorité publique qui a donc effectué, d'après la Cour, une ingérence dans l'espérance légitime de la requérante. Il faut d'ailleurs préciser que dans ce cas la Cour, après avoir affirmé l'existence d'un bien, n'a pas envisagé une violation de l'art. 1, considérant comme prédominant l'intérêt général sur lequel se fondait la révocation du permis de construire³.

3 Sur la notion d'espérance légitime, v. aussi, récemment, *Kopecký c. Slovaquie*, arrêt du 28 septembre 2004.

Une autre étape de l'extension outre mesure de la notion de bien est marquée par l'affaire *Beyeler contre Italie* (arrêt du 5 janvier 2000) qui s'est conclue par la condamnation de l'Italie. Dans ce cas, le requérant (un marchand suisse) avait acheté, par personne interposée, une toile de Van Gogh, cet achat était considéré nul par la loi italienne et donc soumis au droit de préemption que l'Etat peut exercer sans limites de temps. Par la suite, les autorités italiennes s'étaient comportées comme si le requérant était le propriétaire légitime, en lui demandant de leur remettre la toile à titre temporaire à l'occasion d'expositions, en lui niant le permis de porter le tableau en Suisse, et en tenant des comportements similaires, sans jamais contester sa qualité de propriétaire. Enfin, ayant l'intention de revendre le tableau à un prix beaucoup plus élevé que le prix d'achat, Beyeler en donna communication aux autorités italiennes, mais celles-ci exercèrent le droit de préemption (qui peut être exercé sans limites de temps !) au prix... de l'achat originaire. Or, la Cour a jugé que, par suite du comportement des autorités italiennes, le requérant devait être considéré comme titulaire d'un « intérêt patrimonial » (*proprietary interest*) protégé par l'art. 1. Une telle solution me semble vraiment imaginative du point de vue juridique. Bien différente avait été la proposition de la Commission européenne des droits de l'homme (Rapport 10.9.1998), qui en première instance avait jugé que, le contrat originaire d'achat étant nul en vertu du droit italien, il n'existait aucun bien à protéger aux termes de l'art. 1.

La jurisprudence *Beyeler* est confirmée, voire accentuée, dans l'affaire *Öneryildiz c. Turquie* (arrêt du 18 juin 2002), qui mérite également d'être citée. Dans ce cas, il s'agissait de quelques habitants d'une bidonville composée de taudis bâtis sur un sol domanial à proximité d'une décharge, absolument en contradiction avec les règlements d'urbanisme locaux, et ensuite emportés par un éboulement provoqué par la même décharge. Après avoir reconnu que le requérant, l'un des survivants d'une famille morte dans l'accident, ne pouvait pas être considéré comme propriétaire et que le fait d'avoir occupé abusivement un sol domanial ne constituait pas en soi un bien aux termes de l'art. 1, la Cour a pourtant reconnu une violation de l'art. 1, affirmant que, en l'espèce, le bien était représenté par un « intérêt patrimonial substantiel » consistant dans l'habitation prolongée pendant une certaine période avec la tolérance de l'autorité publique.

3 LA CONSTATATION DES VIOLATIONS DE L'ART. 1, PROT. N. 1

C'est seulement après avoir constaté que le requérant est titulaire d'un bien que la Cour s'attache à établir si l'art. 1 du Protocole a été violé. Et c'est

à ce moment-là qu'elle considère les trois règles que j'ai mentionnées plus haut (droit au respect des biens, privation de la propriété dans certaines conditions, droit de l'Etat de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général, notamment pour assurer le paiement des impôts et d'autres contributions ou des amendes). Comme on l'a déjà dit, les trois dispositions sont normalement appliquées par la Cour conjointement. En particulier, tant la règle sur la privation de la propriété pour cause d'utilité publique que celle sur l'usage des biens sont interprétées à la lumière de la disposition sur le droit au respect des biens, dont la Cour tire le principe du juste équilibre des intérêts en jeu: une raisonnable relation de proportionnalité doit subsister entre l'intérêt général de la communauté et l'intérêt de chacun à la protection de ses biens ; par conséquent l'art. 1 est en fait violé dans le cas de rupture de cet équilibre. Il est bien évident qu'une telle interprétation laisse à la Cour une large marge de discrétion dans la constatation des violations de l'art. 1.

Le fait que cette interprétation soit assez hardie est démontré par les résultats atteints par la Cour lorsqu'elle est saisie d'espèces rentrant dans la règle sur l'usage des biens. Le 2^e alinéa de l'art. 1 prévoit en effet que « les dispositions précédentes [à savoir, les règles sur le respect des biens et sur les mesures de privation de la propriété] ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois *qu'ils jugent nécessaires* pour réglementer l'usage des biens . . . » [italiques ajoutés]. Il est évident qu'un tel libellé (qui n'est malheureusement pas unique dans la pratique des conventions internationales et qui est utilisé lorsque les Etats veulent s'engager le moins possible) laisse une large, voire une totale, discrétion aux Etats quand il s'agit d'évaluer l'intérêt général qui est à la base des compressions du droit de propriété découlant de la réglementation de l'usage des biens. L'interprétation de la Cour transfère à celle-ci un pouvoir discrétionnaire que la Convention attribue aux Etats. Ce n'est sûrement pas un transfert peu important si l'on considère que les cas rentrant dans la réglementation de l'usage des biens sont tous ceux dans lesquels les Etats adoptent des mesures qui affectent la propriété ou du moins la qualité de titulaire de biens au sens large du terme spécifié plus haut, sans pourtant donner lieu à une privation totale du bien. Il s'agit d'affaires concernant le blocage des loyers (v. par ex. *Spadea et Scalabrino c. Italie* et *Scollo c. Italie*, arrêt du 28 septembre 1995) et des expulsions des locataires (v. par ex. *Immobiliare Saffi c. Italie*, arrêt du 28 juillet 1999, suivi de plusieurs autres arrêts contre l'Italie), les interdictions de construire (v. par ex. *Pine Valley*, citée plus haut, *Allan Jacobsson c. Suède*, arrêt du 25 octobre 1989), interdictions que la Cour a d'ailleurs rattachées, et je ne saurais dire pourquoi, à la seule règle générale sur le respect des biens (v. par ex.

Terazzi S.A.S. c. Italie, arrêt du 21 mai 2002), les limitations de la propriété découlant des permis de chasse (v. *Chassagnou et autres c. France*, arrêt du 29 avril 1999), la révocation de concessions gouvernementales (v. par ex. *Fredin c. Suède*, arrêt du 18 février 1991), les limitations à l'exercice des professions (v. par ex. *Van Marle et autres c. Belgique*, arrêt du 26 juin 1986) et ainsi de suite. Bref, les seules matières à l'égard desquelles la Cour a exclu l'applicabilité du 2^e alinéa de l'art. 1 sont celles concernant le paiement des impôts et des amendes, matières que cette disposition réserve expressément à la compétence interne des Etats.

L'équilibre des intérêts en jeu, dans le sens que je viens d'indiquer, est la *ratio* sur laquelle se fondent la plupart des décisions de la Cour. Mais également très important, dans la jurisprudence de la Cour, c'est l'appréciation de la mesure de limitation de la propriété à la lumière du principe de légalité. Bien plus, cette appréciation est toujours faite préalablement, en ce sens que si, de l'avis de la Cour, le principe de légalité a été violé, on considère également violé l'art. 1, sans aucun besoin d'établir s'il y a eu une rupture de l'équilibre entre l'intérêt général de la communauté étatique et l'intérêt du titulaire du bien. En fait, le respect du principe de légalité est expressément établi par la deuxième disposition de l'art. 1, d'après laquelle la privation de la propriété doit avoir lieu « dans les conditions prévues par la loi », ainsi que par la troisième disposition qui prévoit que les limitations à l'usage des biens soient établies par les lois en vigueur. Mais la Cour estime que le principe peut être également déduit de la première disposition de l'art. 1, qui prescrit en général le respect des biens. En fait elle entend, à juste raison, la légalité dans le sens de correspondance des mesures étatiques avec ce que prévoit l'ordre juridique interne dans son ensemble, entendu comme droit vivant, comprenant aussi la pratique juridictionnelle. Il faut cependant – et cela est également valable pour la loi écrite – que la règle ou le principe sur lesquels se fonde une mesure déterminée soient, selon une formule qu'on retrouve dans toutes les décisions (et non seulement dans celles relatives au régime des biens), « suffisamment accessibles, précis et prévisibles ». Dans quelques cas la Cour est allée – mais *ad abundantiam*, après avoir vérifié l'inaccessibilité, l'imprécision ou l'imprévisibilité – jusqu'au point d'affirmer que le principe de légalité, en tant que principe de justice supérieur, peut être invoqué contre le droit positif.

Ce qui précède est bien illustré par l'arrêt du 30 mai 2000 dans l'affaire *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italie*. C'est un cas d'« occupation d'acquisition » qui, comme on le sait, consiste en Italie dans la possibilité pour l'administration publique, qui aurait occupé illégalement un bien immeuble, de s'approprier ce dernier si elle y a bâti un bien d'utilité publique. Il est

également bien connu que cette institution a un caractère juridictionnel car elle a été, dans un certain sens, « inventé » par la Cour de Cassation italienne. Or, la Cour européenne condamne, en l'espèce, l'Italie pour violation du principe de légalité. En fait, elle ne met pas en question qu'un principe d'origine jurisprudentielle, s'il est assez accessible, précis et prévisible, puisse satisfaire aux exigences de la légalité. Cependant elle estime qu'en l'espèce ce n'est pas le cas, étant donné que, en matière d'occupation d'acquisition, la jurisprudence « a connu une évolution qui a amené à des applications contradictoires », pouvant donner lieu à « un résultat imprévisible ou arbitraire ». Ceci dit, la Cour ajoute qu'elle « émet des réserves sur la compatibilité avec le principe de légalité d'un mécanisme qui permet, en règle générale, à l'administration de tirer profit d'une situation illégale et par suite duquel l'individu se trouve devant le fait accompli ». Il faut remarquer qu'en l'espèce s'était vérifiée une circonstance particulière très gênante, consistant dans le fait que le Tribunal administratif régional avait constaté, par une décision passée en force de chose jugée, que l'ouvrage bâti par l'administration n'était pas d'utilité publique, et que l'institution de l'occupation d'acquisition n'avait trouvé application que lors du procédé devant le Conseil d'Etat visant à obtenir l'exécution du jugement du Tribunal administratif.

4 CONCLUSION

Les considérations qui précèdent, et qui sûrement n'épuisent pas le thème de la protection de la propriété selon la Convention, sont le résultat d'une expérience pratique, vécue sur le terrain en ma qualité de membre de la Commission européenne des droits de l'homme, dans un premier temps, et de juge de la Cour ensuite. Elles ont donc une faible valeur scientifique.

Ceci dit, quel jugement global peut-on donner sur la jurisprudence de la Cour relativement à l'art. 1 du Protocole n. 1 ? Personnellement, j'ai toujours partagé avec enthousiasme, et pas par . . . déformation professionnelle, la tendance de la Cour à donner une interprétation très extensive des dispositions de la Convention, parfois jusqu'à la limite maxima (mais pas plus loin !) de la compatibilité avec une fonction judiciaire – et non législative –, afin d'assurer une protection efficace des droits de l'homme. A mon avis, cette tendance doit être encouragée quand il s'agit du noyau dur des droits et des libertés fondamentales, du droit à la vie, à l'interdiction des traitements inhumains, à la liberté de manifestation de sa pensée, et ainsi de suite. Je me demande si les dispositions sur le respect des biens, qui doivent sans aucun doute être appliquées et rendues efficaces, méritent le même

traitement. Je me demande notamment si la Cour n'est pas allée trop loin quand il s'est agi de reconstruire la notion de bien ou de trouver un équilibre entre l'intérêt général de la communauté étatique et l'intérêt individuel au sens large, que je viens de mentionner. Je me demande, enfin, si celle-ci ne soit pas l'une des raisons pour lesquelles un Etat sans aucun doute fort avancé dans la protection du noyau dur des droits de l'homme, comme la Suisse, n'a jamais ratifié le Protocole n. 1.

Qu'il me soit permis, pour conclure, de reproduire mon opinion dissidente attachée à l'arrêt rendu en l'affaire *Terazzi c. Italie*, citée plus haut, dans lequel la Cour a condamné l'Italie, estimant que l'intérêt de la société immobilière requérante avait été sacrifié de façon déséquilibré à l'intérêt général par suite d'une interdiction de construire prévue par une loi de 1977 et prolongée, en vue de l'expropriation, pour trente ans, tous les cinq ans. Cette opinion reflète ce qui ressort en bonne partie des pages qui précèdent:

... Tout le monde sait en Italie que l'interdiction de construire prévue par la loi de 1977 a été une réaction à un comportement des particuliers – sociétés immobilières ou personnes physiques – qui avaient réduit la plus grande partie du territoire italien – donc de ce qui avait été appelé le plus beau jardin de l'Europe ! – à une masse de ciment. Tout le monde sait en Italie que la possibilité d'exproprier la totalité des terrains frappés par l'interdiction de construire n'était que purement virtuelle et non actuelle et que donc l'interdiction n'était pas 'en vue de l'expropriation' mais simplement une interdiction de construire.

A mon humble avis, la Cour aurait dû tenir compte de cela lorsqu'elle a dû évaluer les intérêts en jeu pour ne pas risquer de décider dans l'abstrait ou, je le dis avec respect, dans le vide. Elle aurait dû se demander si une mesure d'interdiction de construire pour les terrains qui, pour la plus grande partie, étaient des terrains agricoles ou des jardins privés, et qui donc devaient rester des terrains agricoles ou des jardins, ne se justifiait pas dans l'intérêt général. Pour moi c'était la juste solution ; pour moi il ne s'agit pas dans l'espèce, comme dans les cas similaires, du droit de l'homme mais ... du droit des affaires.

L'ETAT, LE TERRITOIRE ET LA CONVENTION
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

*Jean-Paul Costa**

Je suis depuis le 1^{er} novembre 1998 juge, élu au titre de la France, à la Cour européenne des droits de l'homme. Outre l'honneur et l'intérêt de telles fonctions au sein d'une juridiction à laquelle je suis profondément attaché, elles m'ont procuré beaucoup de satisfactions. Je veux en noter deux. La première et la plus importante à mes yeux est celle d'être rapidement devenu, sinon un *amicus curiae* du moins un « *amicus Caflishi* », ce qui me vaut le plaisir d'apporter ma pierre au Livre de ses amis. La seconde, pour moi qui étais principalement un administrativiste, c'est de m'avoir obligé à me frotter, ce que je n'avais pas beaucoup fait depuis la Faculté, entre autres branches du droit, au droit international public, dont Lucius CAFLISCH est l'un des maîtres et où il m'a entraîné avec science et enthousiasme.

D'où l'idée de cette contribution. Elle ne lui apprendra pas grand'chose ; elle n'apprendra guère plus aux lecteurs de ce *Liber* ; mais elle m'a beaucoup appris, puisque aussi bien, avant d'avoir l'audace d'écrire, il faut essayer de savoir ce dont on parle.

* * * * *

Les notions d'Etat et de territoire, d'ailleurs étroitement liées, sont archi-classiques en droit international public général. Je me suis demandé en quoi le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (et de la jurisprudence de ses organes – l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme et depuis 1998 la seule Cour européenne des droits de l'homme)

* Juge et Vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme.

a pu infléchir ces deux notions. Mes réflexions peuvent s'orienter, me semble-t-il, autour des axes suivants :

- I. Dans quelle mesure la Convention (traité multilatéral qui lie entre eux des *Etats*) s'applique-t-elle au territoire de ceux-ci ?
- II. La notion de territoire est-elle spécifique dans le contexte de la Convention ?
- III. La responsabilité des Etats au titre de la Convention est-elle engagée seulement pour les actes (ou omissions) commis sur leur territoire ?

* * * * *

I DANS QUELLE MESURE LA CONVENTION S'APPLIQUE-T-ELLE AU TERRITOIRE DES ETATS CONTRACTANTS ?

Cette question se subdivise en deux. Le territoire de l'Etat peut en effet être l'objet d'une compétence générale *ratione loci*, ou le support de droits matériels ou procéduraux spécifiques.

A. *La compétence générale ratione loci, ou le problème de l'applicabilité territoriale de la Convention et de ses protocoles*

► *L'applicabilité territoriale générale (article 56 de la Convention)*

Cette question n'a pas perdu toute importance, mais elle avait une importance particulière à l'époque de la signature de la Convention et de ses premiers protocoles, où de nombreux Etats parties étaient encore des puissances coloniales.

L'ancien article 63 de la Convention, devenu article 56 après l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998 du Protocole n° 11, a opté – après débats – pour une formule qui permet à l'Etat contractant de consentir par déclaration expresse à une *extension* de la compétence territoriale de la Cour. Le choix, à l'époque, ne fut pas évident. Lors de l'élaboration de la Convention, certains faisaient valoir que, sauf déclaration explicite en sens inverse, la règle est qu'un Etat est lié par un traité, auquel il est partie, pour l'ensemble de son territoire¹. Mais ce point de vue ne l'a pas emporté.

Rappelons le paragraphe 1 de l'article 56 :

1 Cette règle a été codifiée, on le sait, à l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (voir le commentaire de Michael Wood, « Article 63 », in : L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (Paris, Economica, 1995), pp. 915-921).

Tout Etat peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.

Cette clause, appelée à l'origine, précisément, « clause coloniale », a donné lieu à une assez abondante jurisprudence de la Commission et de la Cour. Pour tout territoire « dépendant », il s'agit en effet de vérifier si la violation alléguée des droits garantis par la Convention et ses Protocoles, et perpétrée sur ce territoire, est de nature à engager la responsabilité de la « métropole » (j'utilise les termes entre guillemets dans un sens juridiquement vague). En fonction de l'existence ou de l'absence de la déclaration ci-dessus, la compétence de la Cour *ratione loci* sera retenue ou écartée². Si la compétence est retenue, encore faut-il apprécier si les « *nécessités locales* » justifient ou non une entorse à l'application des droits conventionnels, car le paragraphe 3 du même article dispose :

Dans lesdits territoires, les dispositions de la . . . Convention seront appliquées en tenant compte des *nécessités locales*³.

Il faut également noter que si l'Etat qui ratifie la Convention peut étendre la compétence territoriale de la Cour (à l'égard des territoires dont il assure les relations internationales et pour lesquelles il souscrit la déclaration précitée), il ne peut pas la restreindre. Certes, un Etat peut en vertu de l'article 57 de la Convention formuler une réserve au sujet d'une disposition de la Convention. Mais la jurisprudence exclut la validité de toute exclusion territoriale sous la forme de réserve ou de déclaration⁴. Ainsi un Etat ne pourrait pas dégager sa responsabilité au regard de la Convention en se prévalant d'une telle réserve ou déclaration. Par contre, et comme on le verra plus loin, il pourrait exciper de l'absence de contrôle effectif sur une partie du territoire national ; encore n'est-ce ni simple ni automatique.

2 Voir, p. ex., dans le sens de la compétence, l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, A-98 (il s'agissait de l'île de Man), et dans celui de l'incompétence, la décision du 25 novembre 1999, *Yonghong c. Portugal*, Rec. 1999-IX (il s'agissait de Macao).

3 La Cour interprète assez restrictivement la notion de *nécessités locales*. Pour un exemple nuancé, voir son arrêt *Piermont c. France* du 27 avril 1995 (A-314).

4 Voir la décision de la Commission du 4 mars 1991, *Chrysostomos et autres c. Turquie*, DR 68, p. 284, puis l'arrêt *Matthews c. le Royaume-Uni* du 18 février 1999, Rec. 1999-I, p. 29, la décision sur la recevabilité dans l'affaire *Ilascu et autres c. Moldova et Fédération de Russie* du 4 juillet 2001, confirmée par l'arrêt rendu dans cette affaire le 8 juillet 2004. Voir encore l'arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, Rec. 2004, par. 140.

Et de même, lorsqu'un Etat décide en vertu de l'article 15 de la Convention de déroger en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation à ses obligations conventionnelles, il peut *a fortiori* le faire pour une partie seulement de son territoire. Mais c'est là une hypothèse exceptionnelle, strictement encadrée par le texte même de la Convention et par l'interprétation que la Cour en a faite.

► *L'applicabilité territoriale des protocoles additionnels à la Convention*

Plusieurs des protocoles qui sont venus compléter la Convention en ce qu'elle garantit certains droits et libertés ont prévu un article spécial relatif à l'applicabilité territoriale du protocole concerné. C'est le cas des Protocoles n° 1, 4, 6, 7, 12 et 13⁵. En revanche, les protocoles d'amendement n° 11 (entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998) et n° 14 (en cours de ratification) ne comportent pas de clauses d'applicabilité territoriale. Impliquant une ratification par tous les Etats contractants et modifiant le contenu même de la Convention, ces instruments sont en quelque sorte couverts par l'article 56.

A contrario, les articles d'applicabilité territoriale contenus dans les Protocoles « facultatifs » 1, 4, 6, 7, 12 et 13 (facultatifs en ce sens qu'un Etat qui ratifie la Convention n'est nullement obligé de s'engager vis-à-vis de ces protocoles) sont nécessaires. En effet, l'article 56 de la Convention ne « couvre » pas ces protocoles, et on peut même concevoir qu'un Etat souscrive la déclaration pour tel territoire (dont il assure les relations internationales) au titre de la Convention, mais non au titre de tel ou tel protocole, en fonction de considérations politiques par exemple.

Il faut également remarquer que les Protocoles n° 4 et n° 7 ont, en partie au moins, pour objets la liberté de circulation, les expulsions d'étrangers (et les garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers), ainsi que l'interdiction de l'expulsion de nationaux, toutes notions qui renvoient nécessairement à celle de territoire. C'est pourquoi les articles de ces deux instruments relatifs à leur applicabilité territoriale font appel au concept de « territoires *distincts* ». Autrement dit – aux fins de ces protocoles – l'île de Man, par exemple, constitue un territoire distinct de celui du Royaume-Uni et, toujours à titre d'exemple, un étranger résidant régulièrement au Royaume-Uni pourrait être « expulsé » vers l'île de Man ou vice-versa, même si la Convention comme le Protocole n° 7 s'appliquent à l'île de Man.

5 Les articles correspondants sont les articles 4 du Protocole n° 1, 5 du Protocole n° 4, 5 du Protocole n° 6, 6 du Protocole n° 7, 2 du Protocole n° 12 et 4 du Protocole n° 13.

B. *Le territoire comme support de droits matériels ou procéduraux garantis*

Comme je l'ai indiqué à propos des Protocoles n° 4 et n° 7, la liberté de circulation et la matière de l'expulsion (qui y porte atteinte ou la limite), qui figurent dans ces textes, impliquent nécessairement, comme base spatiale, le territoire, soit pour y circuler librement, soit pour en être éloigné par décision administrative ou judiciaire. Le terme même est employé. Le Protocole n° 4 l'utilise en son article 2 au paragraphe 1 (« quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence »), même si, au paragraphe 2, le mot choisi est moins précis (« Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »). Le terme territoire est à nouveau utilisé à l'article 3 du même Protocole :

« §1 : Nul ne peut être expulsé . . . du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant »

« §2 : Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire dont il est le ressortissant ».

Le Protocole n° 7, pour sa part, emploie aussi le mot de territoire, à son article 2 sur les garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers :

« §1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi . . . »

La notion de territoire est au reste sous-jacente à d'autres mesures que les expulsions au sens strict. Tout ce qui concerne l'entrée d'un étranger dans un Etat, son séjour dans cet Etat ou son éloignement forcé de celui-ci suppose une référence à un territoire au moins, et souvent à deux territoires successifs⁶. Si toutes ces mesures ne sont pas entourées des garanties procédurales de l'article 2 du Protocole n° 7, et si elles échappent au champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention sur le droit à un procès

6 Pour ne citer que des arrêts célèbres, voir les arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandani c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, A-94 (admission au séjour), *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, A-138 (expulsion), *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, A-161 (extradition), *Vijayanathan et Pusparajah c. France* du 27 août 1992, A-241 B (reconduite à la frontière), *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000, *Rec. 2000-X* (interdiction du territoire).

équitable, ce qui est d'ailleurs regrettable⁷, elles sont cependant protégées par la Convention, au titre des articles 2 et 3 (si l'éloignement ou le refoulement vers un Etat expose l'étranger à un risque de mort, de torture ou de traitements inhumains et dégradants (hypothèse *Soering*), et de l'article 8 (si la mesure constitue une ingérence disproportionnée dans le droit de la personne au respect de sa vie privée et familiale)⁸.

Cela dit, si la notion de territoire est évidemment centrale dans ces matières, elle ne soulève normalement pas de difficultés juridiques particulières. Ce sont les questions de fait qui sont déterminantes.

II LA NOTION DE TERRITOIRE ET SON CONTENU SONT-ILS SPÉCIFIQUES DANS LE CONTEXTE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ?

A cet égard, il n'y a dans l'ensemble guère de différences entre les définitions les plus généralement admises du droit international public et celles données, ne fût-ce qu'implicitement, par la jurisprudence de la Commission et de la Cour, et cette partie de ma contribution sera la plus brève et, je pense, la moins « instructive ».

La relation bi-univoque entre l'Etat et le territoire (pas d'Etat sans territoire, même très exigü, normalement pas de territoire sans Etat, sauf les quelques exceptions admises en droit international général) semble d'autant mieux admise par la jurisprudence que, toutes les fois que la Convention se sert du mot territoire (voir ce que j'ai dit pour les protocoles n° 4 et n° 7), ce territoire n'est évidemment pas abstrait ou immatériel. Il est un élément constitutif d'un Etat et si une violation des droits de l'homme, commise sur ce territoire ou à partir ou à destination de celui-ci, est alléguée par le requérant, ce dernier dirigera sa requête contre cet Etat, défendeur devant la Cour. Exceptionnellement, dans les cas où la question de savoir sur quel territoire la violation alléguée s'est produite (à la frontière entre deux Etats par exemple), le requérant formera son recours contre ces deux Etats, comme dans l'affaire *McElhinney c. Irlande et Royaume-Uni* (qui a donné lieu à une décision d'irrecevabilité en ce qui concerne le Royaume-Uni en date du 9 février 2000, puis à un arrêt en ce qui concerne l'Irlande, en date du 21 novembre 2001).

7 Voir l'arrêt *Macaouia* précité ; je me permets de me référer à mon opinion concordante, à laquelle ont déclaré se rallier mes collègues les juges Hedigan et Pantiru.

8 Voir par exemple l'arrêt *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991, A-193.

Les éléments du territoire (territoire terrestre, territoire maritime, espace aérien) ne soulèvent pas davantage de questions spécifiques. Il arrive d'ailleurs que la Cour fasse une référence plus au moins explicite au droit international pour tel ou tel aspect, qu'il s'agisse des éléments constitutifs du territoire comme l'espace aérien⁹ ou les eaux territoriales¹⁰, ou qu'il s'agisse de la compétence des Etats pour les actes commis à bord des aéronefs immatriculés dans ces Etats ou sur des navires battant leur pavillon¹¹.

Comme on le reverra plus loin, c'est surtout d'ailleurs lorsqu'un Etat est compétent territorialement, en dehors du territoire national proprement dit, à raison d'actes commis sur un espace qu'il *contrôle* de façon effective que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a « affiné », si j'ose dire, le droit international public général, sans pour autant s'en évader¹².

De même, la Cour a eu l'occasion, à partir de la notion de *jurisdiction*, d'indiquer que la *responsabilité* d'un Etat peut se trouver engagée même lorsque les agissements incriminés sont imputables non à lui-même directement, mais à des autorités locales, ceci au nom de l'unicité de l'Etat en droit international¹³.

Pareillement, la Commission et la Cour admettent la notion classique de souveraineté territoriale¹⁴.

III LA RESPONSABILITÉ DES ETATS EST-ELLE ENGAGÉE POUR LES ACTES (OU OMISSIONS) COMMIS SUR LEUR TERRITOIRE, ET L'EST-ELLE SEULEMENT POUR CES ACTES ET OMISSIONS ?

De nouveau, la question est donc double.

9 Voir par exemple *Bankovic et autres c. Dix-sept Etats membres de l'OTAN*, décision d'irrecevabilité du 12 décembre 2001.

10 Voir la décision *Xhavara et quinze autres contre l'Italie et l'Albanie* du 11 janvier 2001.

11 Voir la décision *Bankovic* précitée, par. 73.

12 Il suffit à ce stade de citer l'arrêt *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) du 23 mars 1995, A-310, par. 62 à 64 : contrôle de la Turquie sur la partie Nord de Chypre et, *a contrario*, la décision *Bankovic* déjà citée.

13 Arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, précité, par. 145 à 150.

14 Voir par exemple l'arrêt *Stocke c. Allemagne* du 19 mars 1991, A-199 : le requérant soutenait qu'il avait été enlevé et arrêté en violation des principes de la souveraineté territoriale, mais la Cour (se rangeant à l'avis de la Commission) a considéré que ce n'était pas exact et conclu à la non-violation de l'article 5 de la Convention.

A. *La responsabilité des Etats à raison des actes (ou omissions) commis sur leur territoire*

C'est évidemment le cas le plus simple. En vertu de l'article 1^{er} de la Convention,

« Les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention » (l'expression « relevant de leur juridiction », dans la version anglaise de la Convention, se lit : « *within their jurisdiction* »).

On peut remarquer que le terme de juridiction est utilisé dans cet article comme synonyme de compétence (*de l'Etat*). Peut-être eût-il été plus sage de se servir de ce dernier terme, notamment parce que la Convention, en tout cas avant l'entrée du Protocole n° 11, utilisait aussi le vocable de « juridiction » en parlant de la juridiction obligatoire *de la Cour* (article 46). Mais la jurisprudence a eu de nombreuses occasions de préciser la notion de juridiction de l'Etat au sens de cette disposition¹⁵.

En tout cas, pour relever de la juridiction d'un Etat, une personne physique doit normalement, quelle que soit sa nationalité, être domiciliée ou résider sur le *territoire* de cet Etat, ou y passer, fût-ce brièvement. Quant à une personne morale, telle qu'une société ou une association, elle doit aussi avoir son siège social ou à tout le moins un établissement sis sur le territoire de l'Etat.

La compétence de la Cour vis-à-vis de l'Etat et de la responsabilité qu'il encourt – compétence elle-même fondée sur l'article 19 de la Convention (qui dispose : « afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes parties contractantes de la présente Convention . . . , il est institué une Cour européenne des droits de l'homme »), est donc « principalement » ou « essentiellement » territoriale¹⁶.

Certes, et conformément au droit international général, la compétence (de l'Etat) peut être également *personnelle*, par exemple lorsqu'il octroie ou refuse sa nationalité¹⁷, ou lorsque l'Etat applique ses propres lois à ses nationaux – personnes physiques ou personnes morales –, même s'ils ne relèvent pas de sa juridiction au sens territorial.

15 Pour un exemple récent et à peu près exhaustif, voir l'arrêt *Issa c. Turquie* du 16 novembre 2004, en particulier ses par. 65 à 71.

16 Voir la décision *Bankovic* précitée, not. au par. 63, et l'arrêt *Assanidzé* précité, par. 137.

17 Mais selon la jurisprudence la Convention ne garantit pas le droit à obtenir une nationalité (voir p. ex. la décision de la Commission du 15 décembre 1988, *X. c. Suisse*, DR 59, p. 256).

C'est pourquoi la Commission et la Cour ont admis que les agents diplomatiques et consulaires d'un Etat A en résidence dans un Etat B pouvaient engager la responsabilité de l'Etat A sur le fondement de la Convention lorsque ces agents, dans l'exercice de leurs fonctions, prennent des décisions applicables à leurs nationaux résidant ou sis dans l'Etat B. Ce principe a été posé très tôt dans la jurisprudence, qui considère que les fonctionnaires d'un Etat – y compris les agents diplomatiques et consulaires – attirent les personnes (et les biens) sous la juridiction de cet Etat dans la mesure où ils exercent leur autorité sur eux, même – et particulièrement – lorsqu'ils ont leur domicile, leur résidence ou leur siège à l'étranger¹⁸.

Par contre, à notre connaissance, la Cour n'a pas eu à trancher directement des conflits entre compétence personnelle et compétence territoriale, comme il s'en produit en droit international général. Les conflits ont plutôt porté sur la question, politiquement et juridiquement très importante, du *contrôle* sur un territoire ou sur une partie du territoire. Une exception préliminaire assez souvent soulevée par les gouvernements consiste à soutenir que l'Etat ne peut être tenu pour responsable de violations alléguées des droits de l'homme commises dans une zone du territoire national échappant à son contrôle effectif.

Deux affaires sont particulièrement intéressantes à cet égard.

La première est *Assanidzé c. Géorgie*¹⁹. Le requérant avait été pénalement condamné et emprisonné. Toutefois, la Cour suprême de Géorgie, cassant l'arrêt qui l'avait condamné, acquitta M. Assanidzé. Celui-ci resta incarcéré à Batoumi, dans la République autonome d'Adjarie. Le requérant attaqua donc la Géorgie devant la Cour européenne des droits de l'homme ; il soulevait plusieurs griefs, dont celui tiré de l'article 5 §1 de la Convention. La Cour, dans son arrêt, releva que « la R.A. d'Adjarie fait incontestablement partie intégrante du territoire de la Géorgie assujetti à la compétence et au contrôle de cet Etat » (par. 139). Elle ajouta qu'il y avait présomption de compétence de la Géorgie (Haute partie contractante), et qu'il n'y avait aucun motif valable de renverser cette présomption (par. 140 à 142) ; les faits relevaient donc de la juridiction de l'Etat géorgien (par. 143). Par ailleurs, comme j'y ai déjà fait allusion, la Cour, au terme d'une analyse détaillée, considéra que « même si dans le système interne ces faits sont directement imputables aux autorités locales de la R.A. d'Adjarie, seule la responsabilité de l'Etat géorgien se trouve engagée au regard de la Convention (par. 150). Dans son dispositif, la Cour dit notamment que « le

18 Voir la décision de la Commission, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, req. n° 1611/62.

19 Voir l'arrêt précité du 8 avril 2004.

requérant subit une détention arbitraire en violation des dispositions de l'article 5 §1 de la Convention » et, *inter alia*, « que l'Etat défendeur doit assurer la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais »²⁰. Dans les quarante-huit heures de la lecture de l'arrêt, M. Assanidzé fut, en effet, libéré.

La deuxième affaire est *Ilascu et autres c. Moldova et Fédération de Russie*²¹. Elle a des similarités avec la précédente, mais s'en distingue en ce que la requête était dirigée contre deux Etats contractants, qui ont l'un et l'autre soulevé des exceptions préliminaires concernant leur manque allégué de juridiction sur la Transnistrie, portion du territoire moldave où avaient été commises les violations alléguées. On sait qu'il existe en Transnistrie, depuis 1990, une « République moldave de Transnistrie » (la « RMT »), non reconnue par la communauté internationale²². Ce régime séparatiste a survécu depuis le conflit armé de 1991-1992.

Au terme d'une longue analyse, elle-même précédée de l'envoi d'une mission d'enquête sur place, la Cour a écarté ces deux séries d'exceptions préliminaires. En ce qui concerne la Moldova, l'arrêt admet « que le gouvernement moldave, seul gouvernement légitime de la République de Moldova au regard du droit international, n'exerce pas d'autorité sur une partie de son territoire, à savoir celui se trouvant sous le contrôle effectif de la 'R.M.T.' » (par. 330), mais il ajoute que « la Moldova demeure tenue, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'*obligation positive* de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention » (par. 331). La Cour en conclut que les requérants relèvent de la juridiction de la Moldova (par. 335), et que sa responsabilité du fait de son éventuel manquement à ses obligations positives doit être examinée grief par grief (par. 352). Le dispositif de l'arrêt a conclu que c'était le cas pour certains des griefs des requérants.

En ce qui concerne la Russie, l'arrêt est plutôt à placer dans le domaine de la compétence extra-territoriale des Etats : nul n'a soutenu que la Transnistrie faisait partie du territoire de la Fédération de Russie. La Cour a jugé en substance – adoptant un raisonnement voisin de celui tenu à l'égard de la Turquie dans l'affaire chypriote – que la Fédération de Russie avait exercé

20 Voir sur ce point mon opinion en partie concordante.

21 Voir l'arrêt précité du 8 juillet 2004 (note 4).

22 Elle est à cet égard dans la même situation que la « République turque de Chypre du Nord », souvent en cause dans les décisions et arrêts de la Cour (voir p. ex. l'arrêt *Loizidou* précité (note 11)).

et continuait d'exercer un contrôle effectif sur la Transnistrie, ou à tout le moins avait soutenu et continuait de soutenir la « R.M.T. » :

la 'R.M.T.' établie en 1991-1992 avec le soutien de la Fédération de Russie et dotée d'organes de pouvoir et d'une administration propres, continue à se trouver sous l'autorité effective, ou à tout le moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie, et, en tout état de cause, elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie (par. 392).

La Cour en conclut que « les requérants relèvent donc de la 'juridiction' de la Fédération de Russie aux fins de l'article 1 de la Convention et la responsabilité de celle-ci est engagée quant aux actes dénoncés »²³.

Il est intéressant d'observer que la Géorgie, dans *Assanidzé*, a été jugée comme exerçant un contrôle suffisant sur la portion de son territoire constituée par la R.A. d'Adjarie pour engager sa juridiction (et sa responsabilité), alors que tel n'a pas été le cas pour la Moldova, en ce qui concerne la Transnistrie, dans *Ilascu et autres*. J'y vois un signe du caractère réaliste de la jurisprudence, qui se fonde à la fois sur le droit international et sur les réalités politiques.

B. La responsabilité des Etats à raison des actes (ou omissions) commis en-dehors de leur territoire

Cette hypothèse, celle de la responsabilité étatique *extra-territoriale*, s'est beaucoup développée dans la jurisprudence au fil des ans.

Je ne reparlerai pas de la compétence personnelle en-dehors du territoire. Appliquer la loi – par exemple la loi fiscale – à ses propres nationaux même s'ils ne sont pas sur le territoire national ne pose guère de problèmes particuliers en matière de protection des droits de l'homme (cela peut poser bien sûr des questions de conflits de lois, mais c'est là une autre matière en principe).

Si on écarte ce cas, brièvement exposé plus haut, il demeure de nombreuses hypothèses de responsabilité, donc de juridiction, *extra-territoriale*.

23 Le lecteur note, bien sûr, la différence. La Fédération de Russie est responsable quant aux actes dénoncés ; la Moldova ne l'est qu'au titre de ses obligations positives. La différence tient à l'existence ou à l'absence de contrôle effectif sur le territoire transnistrien.

- *Une fausse responsabilité extra-territoriale : celle qui résulte de violations des droits de l'homme commises par un autre Etat*

Deux cas principaux peuvent être mentionnés, auxquels j'ajouterai une hypothèse assez particulière, concernant les actes de certaines organisations internationales.

Le premier cas, classique en droit européen des droits de l'homme, est celui de l'*extradition*. Toute une ligne jurisprudentielle s'est développée à partir de l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1989²⁴. Il s'agissait d'un homme recherché pour crime, dont les Etats-Unis réclamaient l'extradition au Royaume-Uni. Aux Etats-Unis, le requérant risquait de subir et la peine de mort (à l'époque non encore interdite au Royaume-Uni par le Protocole n° 6 à la Convention), et le syndrome du « corridor de la mort » (« death row »), c'est-à-dire de la longue et angoissante attente des condamnés à mort incarcérés. La Cour a jugé que si le Royaume-Uni mettait sa décision d'extradition – suspendue à la demande de la Cour – à exécution, le Royaume-Uni violerait l'article 3 de la Convention, le syndrome du corridor de la mort constituant un traitement inhumain et dégradant au sens de cet article. Ce sont donc des faits susceptibles de se produire dans un Etat tiers, d'ailleurs non partie à la Convention, qui engagent la responsabilité (hypothétique, en l'espèce), de l'Etat défendeur. Mais la mesure incriminée, la décision d'extradition, est évidemment prise par cet Etat sur son propre territoire, même si elle est appelée à déployer ses effets en-dehors de ce territoire.

Le deuxième cas est presque plus net encore, et il est illustré par l'affaire *Pellegrini*²⁵. Il s'agit de l'*exequatur* de jugements étrangers, en l'occurrence de ceux de juridictions de l'Etat du Vatican (d'ailleurs également non partie à la Convention), accordé par une Cour d'appel et par la Cour de cassation de l'Etat défendeur, l'Italie. Dans l'affaire *Pellegrini*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation par cet Etat de l'article 6 de la Convention, à raison de manquements aux règles du procès équitable de la part des juridictions vaticanes : en ne vérifiant pas que ces règles avaient été respectées avant d'accorder l'*exequatur*, les autorités judiciaires italiennes ont violé l'article 6 §1 (par. 47 de l'arrêt : « la Cour estime que les juridictions italiennes ont manqué à leur devoir de s'assurer, avant de donner l'*exequatur* à l'arrêt de la rote romaine, que dans le cadre de la procédure canonique la requérante avait bénéficié d'un procès équitable » ; par. 48 : « Il y a donc eu violation de l'article 6 §1 »).

Or l'*exequatur*, qui donne force exécutoire dans l'ordre juridique interne

24 Déjà cité (note 6).

25 Arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001, *Rec. 2001-VIII*.

à une décision judiciaire étrangère, constitue une décision prise sur le territoire national et qui déploie ses effets *sur* ce territoire même. Si on peut comparer l'extradition à l'exportation (d'une personne), on peut comparer l'*exequatur* à l'importation (d'un jugement). La mesure est donc faussement extra-territoriale : elle est prise dans un Etat et produit ses effets sur son territoire.

Le cas particulier, que je souhaite ajouter aux deux précédents, est celui d'un acte d'un Etat pris pour se conformer à celui d'une organisation internationale, elle-même d'un certain type. L'hypothèse est celle de l'arrêt *Cantoni*²⁶. Le requérant, pénalement condamné pour exercice illégal de la pharmacie sur la base d'un article législatif du code de la santé publique, alléguait que la France avait violé l'article 7 de la Convention (« pas de peine sans loi »). Le gouvernement défendeur excipait de ce que la disposition législative s'inspirait étroitement d'une directive des Communautés européennes, transposée en droit national. La Cour a jugé, laconiquement, que « la circonstance que l'article L.511 . . . s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 ne le soustrait pas à l'empire de l'article 7 de la Convention » (par. 30 de l'arrêt). Autrement dit, la France aurait pu être jugée comme ayant violé la Convention pour avoir édicté un texte transposant une directive, c'est-à-dire un acte juridique émanant d'une organisation internationale (il est vrai d'un certain type, les Communautés européennes). La Cour a en définitive conclu en l'espèce à la non-violation de l'article 7 par la France, mais cela n'ôte rien à la portée du principe : un acte communautaire – inattaquable devant la Cour de Strasbourg tant que l'Union européenne n'aura pas adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme²⁷ – peut engager la responsabilité au regard de la Convention d'un Etat partie à celle-ci, qui n'a pourtant fait que tirer les conséquences de cet acte dans son propre ordre juridique interne²⁸.

► *De vrais cas de responsabilité extra-territoriale : ceux qui résultent d'actes d'un Etat survenant en-dehors de son territoire*

Le premier cas qui vient à l'esprit est celui, déjà évoqué *passim*, d'agissements imputables à un Etat ou à ses agents et commis sur un territoire autre que le sien, mais sur lequel il exerce un *contrôle effectif* :

26 Arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, *Rec. 1996-V*.

27 Adhésion prévue par le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe (art. 1-9, par. 2), et par l'article 17 du Protocole 14 à la Convention.

28 Une affaire actuellement pendante devant la Grande Chambre, *Bosphorus Airways c. Irlande*, pose des problèmes voisins de ceux de l'arrêt *Cantoni*. Elle concerne la saisie d'un aéronef en Irlande à la suite d'un Règlement des communautés, pris dans le cadre du conflit en ex-Yougoslavie, sur la base d'une Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies. L'arrêt été depuis lors rendu (le 30 juin 2005).

- i) la partie Nord de l'île de Chypre, occupée par les troupes turques et une administration locale subordonnée, a été jugée comme relevant de la juridiction de la Turquie²⁹ ;
- ii) la Transnistrie, comme on l'a vu, a été jugée comme relevant de celle de la Fédération de Russie³⁰ ;
- iii) par contre, ni la République fédérale de Yougoslavie, ni la ville de Belgrade bombardée par les forces aériennes de l'OTAN à la suite du conflit du Kosovo, n'ont été considérées comme relevant de la juridiction des Etats membres de l'OTAN et parties à la Convention européenne des droits de l'homme³¹ ;
- iv) dans l'affaire *Issa et autres c. Turquie*, où il s'agissait d'une incursion des troupes turques au Nord de l'Irak pendant quelques semaines en 1995, la Cour n'a pas exclu que la Turquie ait eu la possibilité d'exercer un contrôle sur une partie de cet Etat, mais elle n'a pas trouvé de base factuelle suffisante pour affirmer que les troupes aient, au moment pertinent, conduit des opérations dans la zone spécifique où ont été tuées les victimes (des proches des requérants). La Cour a dû conclure que les victimes ne relevaient pas de la juridiction de la Turquie au sens de l'article 1 de la Convention et qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner les griefs tirés des articles 2, 3 et autres de la Convention³².

L'arrêt *Issa*, certes non conclusif sur le plan des faits et des éléments de preuve, est intéressant car il montre que le contrôle, pour être effectif, n'a pas besoin d'être permanent et global, mais peut être temporaire et limité, et entraîner tout de même la juridiction de l'Etat qui exerce ce contrôle.

De même, et c'est là un autre cas de responsabilité extra-territoriale, l'arrestation d'un individu par la police d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat (fût-il lié ou non par la Convention) tombe dans la juridiction de l'Etat dont les policiers ont procédé à l'arrestation³³.

Pareillement, la Cour n'a pas écarté la possibilité que la responsabilité de l'Espagne et de la France pût être engagée par les actes de magistrats de

29 Voir l'arrêt *Loizidou* (exceptions préliminaires) déjà cité, du 23 mars 1995, A-310, ainsi que l'affaire interétatique *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, *Rec. 2001-IV*.

30 Arrêt *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* du 8 juillet 2004, déjà cité.

31 Décision *Bankovic et autres c. Belgique et autres* du 12 décembre 2001, déjà citée.

32 Arrêt *Issa and others v. Turkey* (il n'existe qu'en version anglaise) du 16 novembre 2004, non publié au Recueil, req. n° 31821/96.

33 Décision de la Commission *Illich Ramirez Sanchez c. France*, DR 86 p. 155, req. n° 28780/95 du 24 juin 1996. L'« autre Etat » était le Soudan. Voir de même l'arrêt *Oçalan c. Turquie* du 12 mai 2005 : l'« autre Etat » était le Kenya.

ces deux pays sur le territoire d'Andorre (avant l'accession de cet Etat à la souveraineté internationale)³⁴.

Il y a donc différents cas de responsabilité des Etats du fait de l'exercice de leur juridiction en-dehors du territoire national ou sur un territoire étranger (ce qui, sauf hypothèses rares et particulières, revient au même . . .)

* * * * *

Peut-on aller plus loin et imaginer une sorte de *compétence universelle* de la Cour européenne des droits de l'homme, ou de façon corollaire d'exercice universel de la juridiction d'un Etat, de nature à engager sa responsabilité pour toute action sur tout territoire ?

C'est cette question – très controversée en droit international général, on le sait – que je voudrais me poser pour finir³⁵.

La réponse n'est pas simple. La Cour de Strasbourg a fait mention de la compétence universelle, par un *obiter dictum*, dans l'affaire *Assanidzé*, au paragraphe 137 : « dans certains cas exceptionnels, cette compétence [de l'Etat] repose sur des éléments non territoriaux, tels que : actes de puissance publique accomplis à l'étranger par les représentants . . . de l'Etat ; activités criminelles d'individus à l'étranger contre les intérêts de l'Etat ou de ses ressortissants ; actes commis sur des navires battant pavillon de l'Etat en cause ou sur des aéronefs et engins spatiaux enregistrés par lui ; crimes internationaux particulièrement graves (*'compétence universelle'*) ».

Mais on ne trouve pas, à ma connaissance, d'exemples dans la jurisprudence de la Cour d'applications de cette théorie.

Dans l'affaire *Al-Adsani c. le Royaume-Uni*³⁶, la Cour européenne des droits de l'homme aurait peut-être pu l'appliquer. Le requérant avait été arrêté et torturé sur le territoire du Koweït, pendant la première guerre du Golfe. S'étant échappé et étant revenu au Royaume-Uni (il avait la double nationalité britannique et koweïtienne), il attaqua l'Etat du Koweït devant les juridictions britanniques, en responsabilité civile. Son action se heurta à l'immunité de juridiction de l'Etat koweïtien ; ainsi débouté, Monsieur Al-Adsani forma une requête à Strasbourg contre le Royaume-Uni, pour

34 Arrêt *Drozdz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, A-240.

35 Sur la compétence universelle, voir l'article de mon ami le président Gilbert Guillaume (« La compétence universelle : du code de Justinien à l'affaire Yerodia ») dans son ouvrage *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle : le regard d'un juge* (Paris, Pedone, 2003).

36 Arrêt du 21 novembre 2001, *Rec. 2001-XI*. Voir à propos de cette affaire (et d'autres, voisines) le savant article du dédicataire de ce *Liber amicorum*, « Immunité des Etats et droits de l'homme : Evolution récente » dans le *Festschrift für Georg Ress* (Köln [etc.], Carl Heymanns Verlag, 2005).

violation des articles 6 §1 (droit d'accès à un tribunal), et 3 (prohibition de la torture) de la Convention. La Grande Chambre a rejeté à l'unanimité le grief tiré de l'article 3, considérant que les actes de torture n'avaient pas été perpétrés dans la juridiction du Royaume-Uni et que les autorités britanniques n'avaient pas de lien de causalité avec eux (ce qui eût été le cas si, par exemple, elles avaient extradé le requérant vers le Koweït). En ce qui concerne l'article 6, à la courte majorité de neuf contre huit, la Grande Chambre considéra – s'agissant d'une action *civile* et non pénale – que bien que « l'importance primordiale de la prohibition de la torture [soit] de plus en plus reconnue », il n'était pas encore « admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for » (par. 66)³⁷.

Reste que, si on prend à la lettre *l'obiter dictum* de l'arrêt *Assanidzé*, la Cour admet la compétence non territoriale de l'Etat sur le fondement de la compétence universelle dans le seul cas des « crimes internationaux particulièrement graves », ce qui pose de délicats problèmes de définition. On songe aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité³⁸, ou au crime de génocide³⁹. Mais quid du terrorisme, des trafics internationaux de stupéfiants, des actes de torture ? Il serait aventureux de se prononcer à ce stade.

* * * * *

Au terme de cet hommage à mon ami et collègue Lucius CAFLISCH, il m'apparaît que le territoire demeure une base solide de la juridiction des Etats au sens de l'article 1 de la Convention et donc de leur responsabilité au sens de l'article 19 de celle-ci. La jurisprudence des organes de Strasbourg, et en particulier de la Cour depuis 1998 (car il y a eu un essor du nombre d'affaires importantes dans ce domaine depuis les débuts de la « nouvelle » Cour) a développé les exceptions à ce principe : les cas de juri-

37 Voir les nombreuses opinions séparées, et notamment (si je puis me permettre) l'opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic.

38 Voir, à propos de l'applicabilité du par. 2 de l'art. 7 de la Convention (paragraphe qui déroge au par. 1^{er} pour les actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, étaient criminelles d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées), la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 13 janvier 1997, *Touvier c. France*, DR 88-A, pp. 148 s., req. n° 29420/95).

39 Dans une banale affaire de durée de procédure, la Cour a récemment constaté une violation de l'article 6§1, pour délai déraisonnable, s'agissant d'une constitution de partie civile en France contre une personne accusée d'avoir participé au génocide au Rwanda (arrêt *Mutimura* du 8 juin 2004, non publié).

diction étatique en dehors du territoire national se sont multipliés ; ils n'en demeurent pas moins des exceptions. Par ailleurs, comme l'a dit avec netteté la décision unanime de la Grande Chambre dans l'affaire *Bankovic* plusieurs fois citée, « . . . la Convention est un traité multilatéral opérant, sous réserve de son article 56, dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des Etats contractants, dont il est clair que la RFY ne relève pas. Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des Etats contractants »⁴⁰.

Si on réserve des cas bien précis (extradition, *hot pursuit*, contrôle effectif), il est donc improbable que la responsabilité des Etats parties à la Convention européenne puisse être engagée pour des actes commis hors d'Europe, comme à Guantanamo, dans la prison d'Abou-Ghraïb ou en Afghanistan. Mais l'existence même de ces « cas bien précis » montre que les Etats contractants doivent prendre les droits de l'homme au sérieux, et pas seulement sur leur propre territoire. C'est là un progrès du droit européen des droits de l'homme et du droit international qui plaît certainement à l'« *amicus* » à qui est offert ce livre – un progrès auquel il a d'ailleurs largement contribué.

40 Décision *Bankovic et autres* précitée, par. 80.

LA SUISSE ET LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU

Blaise Godet et Jean-Daniel Vigny***

Note liminaire***

Priorité de la politique extérieure de la Suisse, l'engagement en faveur des droits de l'homme, de la démocratie et des principes de l'Etat de droit concourt également à la réalisation de son objectif premier, le maintien et la promotion de la sécurité et de la paix dans le monde¹. Cette contribution montre comment notre action au niveau universel se concentre sur la Commission des droits de l'homme, davantage encore depuis notre appartenance de plein droit aux Nations Unies en 2002 et dans la perspective de notre candidature à la Commission pour la période 2007-2009. Dans ce contexte, l'article amorce une réflexion sur la proposition de la Suisse de créer un « Conseil des droits de l'homme » en tant qu'organe principal des Nations Unies. Cette idée a été reprise fin 2004 par le « Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement »², puis par le Secrétaire général de l'ONU³.

* Ambassadeur, représentant permanent de la Suisse auprès des Organisations internationales à Genève

** Ministre, Mission permanente de la Suisse auprès des Organisations internationales à Genève

*** Les vues exprimées dans cette contribution ne reflètent pas la position officielle du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) à Berne et n'engagent que les auteurs.

1 Art. 54, al. 2 et 101 de la Constitution fédérale ; Rapport du Conseil fédéral sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, 29 novembre 1993, ch. 411 et 412 (*FF*, 1994, I 150ss.) ; Rapport sur la politique extérieure 2000, 15 novembre 2000, ch. 322 et 3222 (*FF*, 2001, I 280ss.).

2 Doc. ONU A/59/565 du 2 décembre 2004, par. 291. Communiqué de presse du DFAE du 2 décembre 2004 intitulé « La Suisse salue un pas important dans le processus de renforcement de l'ONU » (www.dfae.admin.ch).

3 Rapport du Secrétaire général, « Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous », 24 mars 2005 (Doc. ONU A/59/2005).

1 INTRODUCTION : RÔLE ET TÂCHES PRINCIPALES DE LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME

Aux fins de concrétiser l'un des buts de la Charte de l'ONU, qui est le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue, ou de religion⁴, les Etats membres ont établi un système de protection des droits de l'homme reposant sur deux piliers, l'un institutionnel, la Commission des droits de l'homme⁵ ; l'autre conventionnel, les sept traités principaux en matière de droits de l'homme et leurs protocoles facultatifs élaborés au fil des ans dans l'enceinte normative qu'est la Commission, qui s'est appuyée sur la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, « mère » de tous ces instruments juridiquement contraignants⁶.

Avec le temps, la Commission, composée de 53 membres et siégeant chaque année à Genève pendant six semaines (mi-mars/fin avril), est devenue en fait, au niveau universel, le principal forum politique dans le domaine des droits de l'homme réunissant en 2005 le Secrétaire général de l'ONU et plus de 90 Ministres. La session de la Commission permet aux Etats membres et observateurs ainsi qu'aux centaines d'ONG présentes de s'exprimer en plénière – donc en public – sur toutes les violations des droits de l'homme, qu'ils soient civils et politiques ou économiques, sociaux et culturels. Ces violations sont abordées aussi bien sous l'angle thématique (p. ex. la torture ou le droit à l'alimentation) que sous celui de situations critiques dans divers pays. Pour ce faire, la Commission a institué plus d'une quarantaine de « procédures spéciales », à savoir des mécanismes politiques – appelés Rapporteur spécial, Représentant spécial du Secrétaire général, Expert indépendant, Groupe de travail – chargés de lui faire rapport sur un type de violation ou sur un pays : les rapports portent donc soit sur les atteintes à tel droit dans le monde, soit sur la situation générale des droits de la personne dans les Etats mis en cause par la Commission. Sur cette base, celle-ci adopte par consensus ou vote des résolutions par thème ou pays reprenant tout ou partie des recommandations faites par les procédures spéciales respectives, soit pour améliorer la mise en œuvre de tel droit civil, culturel, économique, politique ou social, soit pour condamner ou/et

4 Art. 1 ch. 3 et 55 let. c de la Charte ONU (RS 0.120).

5 Art. 68 de la Charte ONU (RS. 0.120).

6 Voir la liste de ces instruments universels, accompagnés pour certains d'entre eux par des Protocoles facultatifs, dans : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux*, vol. I, 1^{ère} partie (New York, Nations Unies, 2000), pp. 1 ss.

améliorer la situation des libertés fondamentales dans un pays donné. Il incombe ensuite aux Etats de mettre en œuvre au niveau national ces résolutions, qui les engagent sur le plan politique uniquement.

Par l'intermédiaire de Groupes de travail siégeant entre ses sessions, la Commission des droits de l'homme élabore puis adopte elle-même les instruments politiques (Déclarations, Principes, Codes, etc.) et juridiques (Pactes, Conventions, Protocoles facultatifs), les transmet ensuite par le canal du Conseil économique et social (ECOSOC) à l'Assemblée générale de l'ONU à New York, qui les entérine et les ouvre à la signature et à la ratification des Etats. Les organes conventionnels de contrôle de ces instruments universels surveillent et critiquent leur mise en œuvre sur le plan national par le biais de rapports périodiques fournis par les Etats et leur recommandent dans leurs conclusions finales des améliorations d'ordre juridique, politique, administratif ou pratique destinées à renforcer les droits garantis. La Commission a aussi établi – en règle générale par l'élaboration de Protocoles facultatifs⁶ à ces instruments – des procédures de plaintes individuelles permettant aux organes conventionnels concernés d'examiner si les Etats parties respectent, protègent et mettent en œuvre les droits qu'ils ont librement acceptés de garantir en ratifiant ces traités.

Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (« HCDH »), qui siège à Genève, prêle tout son appui aux organes conventionnels et à la Commission, y compris en soutenant ses procédures spéciales. Sur le plan opérationnel, il travaille avec les gouvernements, les institutions nationales, la société civile, les autres organes du système onusien et les organisations régionales et internationales pour accroître les capacités nationales en droits de l'homme – par exemple en offrant de l'assistance technique dans ce domaine – et pour intégrer la dimension des droits de l'homme dans l'ensemble des activités de l'ONU.

2 ACTION DE LA SUISSE AVANT SON ENTRÉE AUX NATIONS UNIES EN 2002

La politique de la Suisse en faveur des droits de l'homme sur le plan international a été décrite en détail dans deux Rapports ainsi qu'un Message du Conseil fédéral, en 1982, 2000 et 2002⁷, des articles publiés dans le

7 Rapport sur la politique de la Suisse en faveur des droits de l'homme, 2 juin 1982, ch. 231 (FF, 1982, II 753ss.); Rapport sur la politique de la Suisse des droits de l'homme, 16 février 2000, ch. 3.4 (FF, 2000, III 2478ss.); Message concernant l'ouverture d'un crédit-cadre pour

« Nouveau manuel de la politique extérieure suisse » de 1992⁸ et dans les Messages du Conseil fédéral proposant à l'Assemblée fédérale la ratification de six (sur sept) instruments universels et de plusieurs de leurs Protocoles facultatifs⁹. Suite à un postulat du Conseil national du 14 août 2000, le Conseil fédéral doit dorénavant présenter au Parlement à chaque législature – premier Rapport dû pour la période 2003-2007 – un tableau de la contribution de la Suisse à la protection et la promotion des droits humains, y compris au niveau universel, dans un « Rapport sur la politique extérieure suisse des droits de l'homme ».

Notre propos est ici de montrer concrètement l'action de notre pays à la Commission des droits de l'homme qui, modeste dans les années 1980, s'est développée dès 1990, avec la chute du Mur de Berlin. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne, en 1993, a imprimé un nouvel élan et renforcé notre engagement. Enfin, l'adhésion à l'ONU en 2002 a permis à la diplomatie suisse de pleinement tirer parti du potentiel de l'Organisation dans la défense des libertés individuelles.

Dans la foulée du premier Rapport du Conseil fédéral sur la politique suisse en faveur des droits de l'homme, du 2 juin 1982¹⁰, la Suisse a suivi de plus près les travaux de la Commission des droits de l'homme en tant qu'Etat observateur non-membre des Nations Unies : elle y a ainsi fait chaque année quelques déclarations en plénière sur des questions relatives aux droits civils et politiques, sans jamais se prononcer en public sur des violations dans quelque pays que ce soit. Elle s'est portée coauteur de résolutions thématiques (par opposition à celles touchant des pays). Elle s'est en particulier préoccupée des personnes privées de liberté (torture, détention arbitraire, disparitions forcées, exécutions sommaires, peine de mort, etc.), comme de la création ou la prolongation de mandats de Rapporteurs spé-

des mesures de gestion civile des conflits et de promotion des droits de l'homme, 23 octobre 2002, ch. 1.5.2 (FF, 2002, VIII 7450ss.).

8 A. Riklin, H. Haug, R. Probst (éd.), *Nouveau manuel de la politique extérieure suisse* (Bern, Stuttgart [etc.], Ed. Paul Haupt, 1992), M.-C. Krafft, J.-D. Vigny, « La politique suisse à l'égard des droits de l'homme », pp. 223 et ss. ; J.-D. Vigny, « La Suisse et la politique des Nations Unies à l'égard des droits de l'homme », pp. 265 et ss.

9 A l'image des autres pays occidentaux, la Suisse n'a pas ratifié la Convention de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Notre pays n'a pas non plus ratifié le premier Protocole facultatif au Pacte sur les droits civils et politiques, portant sur la plainte individuelle, ni le Protocole facultatif de 1999 à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes, portant sur la plainte individuelle, ni le Protocole facultatif de 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

10 Cf. *supra* (note 7).

ciaux dans ces domaines. Elle est devenue partie en 1986 à la Convention de 1984 contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹¹.

Après le vote négatif du 16 mars 1986 sur l'adhésion de notre pays aux Nations Unies, dans le cadre de sa participation active à des activités ponctuelles de l'ONU, le Conseil fédéral a renforcé son action en faveur des droits de la personne sur le plan universel, à travers une collaboration plus étroite avec la Commission. La mise en œuvre de sa politique de ratification, annoncée dans son Rapport de 1982¹², a toutefois été retardée par ce rejet.

Ce n'est qu'après la chute du Mur de Berlin en octobre 1989, qui signifiait la fin de la confrontation Est-Ouest, que le Conseil fédéral décida, en 1991, de proposer aux Chambres fédérales d'adhérer aux deux instruments universels fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, le Pacte sur les droits civils et politiques et le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, tous deux de 1966¹³. En plénière de la Commission des droits de l'homme, au début des années 90, la Suisse mentionna publiquement des pays connaissant des situations critiques et se porta coauteur de résolutions par pays faisant l'objet d'un consensus. Puis elle franchit en 1992 un pas de plus en parrainant des projets de résolutions par pays dont on savait qu'elles feraient l'objet d'un vote. Ce soutien public était en fait le seul moyen d'exprimer sur le plan mondial notre préoccupation face à des violations graves, puisque notre pays, non-membre de la Commission, ne peut pas voter¹⁴. La Suisse s'associa ainsi à une résolution condamnant la situation des droits de l'homme en Chine, alors même qu'elle menait depuis 1991 un dialogue bilatéral dans ce domaine si sensible pour nos relations avec Beijing. Quelques années plus tard en revanche, la Suisse renonça à coparrainer cette traditionnelle résolution, à l'image de l'Union européenne, qui venait à son tour d'entamer un tel dialogue.

L'adoption par consensus en 1993 du document final intitulé « Déclaration et Programme d'action de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme » donna une nouvelle impulsion à l'engagement de la Suisse. A son insistance, comme à celle du Costa Rica, la Conférence demanda d'adopter rapidement le Protocole facultatif à la Convention contre la

11 RS 0.105.

12 *FF*, 1982, II 753ss., ch. 231 et 4.

13 RS 0.103.2 et 0.103.1.

14 A. Riklin, H. Haug, R. Probst (éd.), *op. cit.* (note 8) ; J.-D. Vigny, *op. cit.* (note 8), pp. 270ss., ch. 4.

torture, que la Commission des droits de l'homme avait commencé à négocier en 1992, à l'initiative également de nos deux pays, suite au discours prononcé devant la Commission par le Président de la Confédération, M. René Felber, Chef du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE).

La Suisse devint également partie à d'autres instruments onusiens : en 1994, la Convention de 1975 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁵ et le 2^e Protocole facultatif au Pacte sur les droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort¹⁶, en 1997, la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁷ et la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant¹⁸.

Au milieu des années 1990, le DFAE étoffa quelque peu sa délégation à la Commission des droits de l'homme, ce qui permit de participer effectivement à la négociation d'instruments internationaux au sein de Groupes de travail intersessionnels comme à la négociation des résolutions pertinentes de la Commission, et d'influencer ainsi leur contenu sur la base d'une approche fondée sur les obligations librement assumées par les Etats (« rights based approach »). Au fil des années, la Suisse prit de plus en plus souvent la parole en plénière et se porta coauteur de nombreuses résolutions, en particulier celles créant des mécanismes politiques de surveillance de l'exercice des droits économiques et sociaux dans le monde, ainsi les Rapporteurs spéciaux sur les droits à l'éducation, à l'alimentation, au logement, à la santé et sur la question de l'extrême pauvreté.

3 L'ACTION DE LA SUISSE DÈS 2003 ET DANS LA PERSPECTIVE DE NOTRE CANDIDATURE À LA COMMISSION POUR LA PÉRIODE 2007-2009

A. *Sur le fond*

L'adhésion de la Suisse aux Nations Unies, en septembre 2002, nous a permis la même année de voter pour la première fois à la session de l'Assemblée générale, tout particulièrement en faveur de l'adoption du Protocole facultatif à la Convention contre la torture, que nous avons lancé avec le Costa Rica en 1992 et négocié pied à pied pendant dix ans. Ce protocole

15 RS 0.104.

16 RS 0.103.22.

17 RS 0.108.

18 RS 0.107.

innovateur – d'où cette longue négociation – est le premier instrument universel véritablement préventif. Par l'obligation pour les Etats parties d'instituer au niveau national des mécanismes de visites de tout lieu de détention et celle d'accepter en tout temps des visites du même type par un comité international, il vise à protéger les personnes privées de liberté contre la torture en opérant en amont des violations potentielles de cette interdiction.

Dès 2003, année de la première participation de la Suisse à la Commission des droits de l'homme en tant que membre à part entière de l'ONU, nous avons encore renforcé notre action, ceci également dans la perspective de notre candidature en 2006, à la Commission, pour la période 2007 à 2009.

En 2004 et en 2005, la Suisse a ainsi été très présente sur pratiquement tous les points de l'ordre du jour de la Commission :

- lors du Segment à haut niveau, avec en 2004 l'initiative de la Cheffe du DFAE contre la violence à l'encontre des femmes, qui a réuni 25 dignitaires de sexe féminin ;
- avec de nombreuses déclarations en plénière et à l'occasion du dialogue interactif avec les procédures spéciales thématiques ;
- en consultations informelles, en négociant la plupart des résolutions, dont elle a coparrainé une bonne moitié : les résolutions traditionnelles sur la protection des groupes vulnérables (personnes privées de liberté, enfants, femmes, défenseurs des droits de l'homme, minorités, peuples autochtones) ; celles renouvelant les mandats de procédures spéciales ou créant de nouvelles, ainsi en 2004 un Rapporteur spécial sur la traite d'êtres humains, et en 2005 un Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'assurer la conformité avec les droits de l'homme des mesures contre le terrorisme, ainsi qu'un expert indépendant chargé de faire respecter les droits des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques ; également des résolutions sur l'accès aux médicaments, la lutte contre le racisme, la bonne gouvernance et toutes celles sur les droits économiques et sociaux ; enfin celles condamnant la situation dans divers pays (Cuba, Russie/Tchéquie, Belarus, Corée du Nord, Turkménistan, Myanmar, Zimbabwe, Soudan) et les résolutions ou déclarations du Président accordant de la coopération technique en droits de l'homme à des pays connaissant pour la plupart des situations critiques : Haïti, Burundi, RD Congo, Libéria, Tchad, Sierra Leone, Somalie, Timor-Leste, Afghanistan, Cambodge et Népal. En 2005, la Suisse a fait adopter pour la première fois une résolution thématique – elle porte sur la justice de transition et les droits de l'homme – qui vise à renforcer le rôle-clé du Haut-Commissariat dans les Etats qui sont en transition post-confliktuelle ou s'acheminent

vers la démocratie. Notre pays a également été l'auteur principal d'une résolution établissant au Népal un Bureau du Haut-Commissariat, chargé de rapporter sur la situation des droits de l'homme dans ce pays et de lui accorder de l'assistance technique.

Les mesures que pourrait prendre sur le plan interne et international le Conseil fédéral à partir de 2005 pour renforcer son action en Commission sont en particulier :

- ratifier le Protocole facultatif à la Convention contre la torture de l'ONU (objectif de législature 2003-2007) et continuer à encourager sa ratification par le plus grand nombre de pays, afin qu'il puisse entrer en vigueur dès que possible ;
- conformément à sa promesse faite en 1991¹⁹, ratifier le Protocole facultatif au Pacte sur les droits civils et politiques, qui permet la plainte individuelle ;
- soumettre au Parlement, au cours de la législature 2003-2007, un message concernant le Protocole facultatif à la Convention de l'ONU contre la discrimination des femmes, qui prévoit la possibilité de déposer des plaintes individuelles ;
- poursuivre sa participation active à l'élaboration d'un instrument normatif de protection contre les disparitions forcées doté d'un mécanisme de contrôle international efficace ;
- continuer à défendre le principe de non-participation des enfants aux hostilités en encourageant la ratification universelle du Protocole élaboré à ce sujet et soutenir les travaux de l'ONU contre la violence à l'égard des enfants, contre leur exploitation sexuelle, y compris la pornographie sur Internet et les abus commis au sein de la famille ; ratifier le Protocole facultatif sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (objectif de législature 2003-2007) ;
- dans le contexte, toujours marqué par de forts antagonismes, du suivi de la Conférence mondiale contre le racisme de 2001, continuer de proposer en Commission des solutions de compromis touchant à la mise en œuvre des engagements politiques pris à Durban ;
- avec les Etats nordiques, la Nouvelle-Zélande et l'Estonie, poursuivre son engagement en faveur de l'adoption rapide par la Commission de la

19 Cf. Message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, ch. 5 (FF, 1991, I 1145).

- Déclaration sur les droits des peuples autochtones, qui représentera un standard universel en plus de la Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux, que le Conseil fédéral examine ;
- arrêter sa position sur le projet de Protocole au Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, qui pose la question de leur caractère justiciable sur le plan national et international au travers de plaintes individuelles ;
 - mieux intégrer les droits de l'homme dans sa politique de coopération au développement, au niveau multilatéral aussi, en insérant ces droits dans les stratégies de lutte contre la pauvreté poursuivies par le HCDH dans le cadre de la mise en application des « Objectifs du développement pour le millénaire » de l'ONU²⁰ ; participer à la mise en œuvre du droit au développement au sein du Groupe de travail de la Commission ;
 - continuer à s'engager dans les institutions internationales concernées, y compris à la Commission, pour renforcer la cohérence et la complémentarité entre les politiques économiques et les droits de l'homme, en précisant le rôle spécifique des acteurs – Etat, secteur privé, institutions financières internationales – ainsi que les standards en droits de l'homme applicables à chacun d'eux, sans pour autant affaiblir les obligations des Etats, premiers responsables de la protection et de la promotion de ces droits ;
 - poursuivre à la 5^e Commission de l'Assemblée générale sa politique visant à équilibrer dans la proportion 50/50 la part du budget général consacrée aux droits de la personne et les contributions volontaires au HCDH (aujourd'hui 30/70), tout en s'engageant pour que le fonctionnement des organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme et les procédures spéciales de la Commission, ainsi que le personnel du HCDH qui y est affecté, relèvent du budget régulier de l'Organisation.

B. Réforme de la Commission des droits de l'homme

Pour de nombreux Etats, y compris la Suisse, dont l'approche en droits de l'homme est fondée essentiellement sur le respect et la promotion du droit international ainsi que sur la non-utilisation de ces droits à des fins politiques, le fonctionnement de la Commission, toujours plus polarisée et politisée, n'est pas satisfaisant, alors qu'elle devrait jouer le rôle de conscience de l'humanité. En 2003, le DFAE a donné mandat au Professeur Walter

20 Doc. ONU, A/RES/55/2 du 18 septembre 2000.

Kälin de l'Université de Berne d'établir une étude sur la réforme de la Commission, qui a été remise en septembre 2004 à toutes les missions auprès de l'ONU à Genève et à New York, ainsi qu'au HCDH et aux ONG de défense des droits de l'homme. Reprenant à son compte certaines idées à la fois engagées et réalistes, le DFAE a confié en 2004 à une petite équipe réunie autour du Professeur Kälin la tâche de créer une base de données objective sur la situation des droits de l'homme dans les 191 Etats existants, telle qu'elle ressort des rapports des procédures spéciales par thème et par pays de la Commission, ainsi que des conclusions finales des organes de supervision des 7 traités en droits de l'homme émises sur chaque Etat partie. Disponible au cours de 2005 sur le site Internet du DFAE, cette base de données issues de sources onusiennes officielles – en principe fiables – devrait permettre à la Commission de mener dès 2006 une discussion plus objective lorsqu'il s'agit d'adopter des résolutions condamnant des Etats qui ne veulent ou ne peuvent remédier à la situation ou accordant de la coopération technique à ceux désireux de mieux respecter les libertés individuelles, tout en permettant au Haut-Commissariat d'identifier les besoins. Et qui sait, peut-être notre contribution incitera-t-elle un jour le Haut-Commissariat, conformément à son mandat, à faire rapport devant la Commission sur la situation des droits de l'homme dans le monde, plaçant ainsi la Commission devant ses responsabilités, lesquelles consisteraient à assurer le suivi de ce rapport.

Le DFAE a repris une autre idée de l'étude, destinée à donner plus de transparence à la politique des droits de la personne des Etats – tout particulièrement ceux qui entendent devenir membres de la Commission – à savoir la publication d'un document public synthétisant leurs engagements nationaux et internationaux en la matière. Dans un tel document, l'Etat pourrait s'obliger à : inviter toutes les procédures spéciales de la Commission à se rendre en tout temps sur son territoire, diffuser leurs constatations et observer leurs recommandations ; soumettre à temps les rapports dus aux organes des traités, diffuser leurs conclusions et les mettre en oeuvre, retirer des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme et annoncer les instruments juridiques auxquels il entend devenir partie ; adopter en Commission une conduite conforme aux droits de l'homme au travers de déclarations, de la négociation et du coparrainage de résolutions, au travers du vote, tout particulièrement en refusant la non-entrée en matière sur un projet de résolution par pays ; coopérer avec le HCDH en l'appuyant sur le plan politique et financier par des contributions volontaires, en œuvrant au sein de la 5^e Commission de l'Assemblée générale de l'ONU en faveur de l'augmentation de la part du budget ordinaire consacré aux droits de la personne (aujourd'hui environ 1,72%) ; créer une institution nationale indépendante des droits de la personne.

Une troisième idée reprise de l'étude, que le DFAE pourrait lancer prochainement, consiste à améliorer la mise en œuvre par les Etats des résolutions de la Commission en instituant un Rapporteur spécial chargé de lui faire des recommandations propres à assurer un meilleur suivi des résolutions par les Etats.

C. *Création d'un Conseil des droits de l'homme*

Le débat sur la réforme de la Commission procède du constat qu'elle ne fonctionne pas de manière optimale. Les procédures suivies manquent souvent d'efficacité, dans la mesure où elles ne conduisent pas au résultat recherché. Lentes, soumises à une politisation croissante, elles n'ont en définitive qu'une incidence limitée sur l'amélioration de la situation dans un pays considéré. Comme l'a relevé lui-même le Secrétaire général de l'ONU dans son rapport précité du 24 mars 2005 « des changements sont nécessaires » (par. 141)²¹. Il déplore que « des Etats ont cherché à se faire élire à la Commission non pas pour défendre les droits de l'homme mais pour se soustraire aux critiques ou critiquer les autres » (par. 182).

A cela s'ajoute que la Commission occupe une position somme toute assez basse dans la hiérarchie des organes de l'ONU, puisque ses décisions doivent encore passer le cap de l'ECOSOC avant d'être finalement approuvées par l'Assemblée générale de l'ONU. Cette subordination ne favorise pas l'efficacité de la Commission et ne contribue pas à renforcer son autorité. La question se pose dès lors de savoir si le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ne serait pas mieux assuré par la création d'un Conseil des droits de l'homme qui serait élevé au rang de l'un des principaux organes de l'ONU, au même titre que le Conseil de sécurité²². Après tout, comme le relève le Secrétaire général, « le développement, la sécurité et les droits de l'homme sont indissociables » (par. 14). Dans cette logique, pourquoi ceux-ci devraient-ils se contenter d'un organe dont les délibérations ne sont portées à la connaissance de l'Assemblée générale qu'au terme d'un détour par l'ECOSOC, dont le fonctionnement fait lui aussi l'objet de critiques.

A l'instar de la Commission, le Conseil des droits de l'homme serait investi de diverses fonctions : élaboration de standards et de normes, observation de la situation des droits de l'homme et formulation des réponses à apporter, promotion des droits de l'homme et activités d'information.

21 Cf. *supra* (note 3).

22 Cf. *supra* (note 3).

Par rapport à la situation actuelle, le Conseil des droits de l'homme devrait toutefois jouir de compétences additionnelles propres à renforcer son autorité et son effectivité. Il serait ainsi en mesure, lorsqu'un Etat faillit à ses obligations (par exemple violations répétées, refus de coopérer, etc.), de prendre à la majorité qualifiée des décisions à caractère obligatoire. A ce titre, si l'on suit la proposition du Professeur Walter Kälin, il serait fondé non seulement à confier une mission à un Rapporteur spécial mais aussi à attirer l'attention du Conseil de sécurité sur les violations qui lui paraissent sérieuses, à lui recommander des mesures, à solliciter un avis consultatif de la Cour internationale de Justice et même à recommander au Procureur général de la Cour pénale internationale qu'il mène des enquêtes de son propre chef. Pour ce faire, M. Kälin envisage trois modèles possibles, allant d'un organe à composition restreinte et disposant d'un mandat précis jusqu'à un organe à composition universelle investi de larges pouvoirs²³.

L'étude en question a été transmise pour examen par le Gouvernement suisse au « Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement », constitué par le Secrétaire général de l'ONU. Le Groupe de travail en question a accueilli ces propositions de manière positive, quoique prudente. Il s'agirait à ses yeux d'une réforme à long terme²⁴. Celle-ci impliquerait en effet une modification de la Charte. Déplorant que l'aptitude de la Commission à s'acquitter de sa tâche se réduise du fait de l'érosion de sa crédibilité et de la baisse de son niveau de compétence professionnelle, les personnalités de haut niveau proposent de s'atteler à plus brève échéance à quelques modifications procédurales, c'est-à-dire ne nécessitant aucun changement de la Charte. Ainsi recommandent-elles d'étendre la participation à la Commission à tous les Etats membres, de confier la direction des délégations nationales à une « personnalité éminente et expérimentée »²⁵, de créer un Conseil ou Groupe consultatif composé d'une quinzaine d'experts indépendants pour seconder la Commission des droits de l'homme et de demander au Haut-Commissariat d'établir un rapport annuel sur la situation des droits de l'homme propre à alimenter un dialogue approfondi avec la Commission.

Parfaitement cohérent avec son analyse selon laquelle l'Organisation doit attacher à la question des droits de l'homme la même importance qu'à celle de la sécurité et du développement, le Secrétaire général préconise, lui,

23 Cf. l'étude du prof. W. Kälin du 4 août 2004, « Vers un Conseil des droits de l'homme : options et perspectives » (www.dfae.admin.ch).

24 Rapport précité (par. 291).

25 *Ibid.* (par. 286).

le remplacement sans délai de la Commission par un Conseil permanent des droits de l'homme composé de membres moins nombreux, élus directement par l'Assemblée générale, à la majorité des deux tiers des membres présents et votants (par. 183).

Il est prématuré d'épiloguer sur les chances de succès de cette proposition. Elle s'inscrit dans la perspective plus vaste de la réforme de l'ONU. Autant dire que son acceptation dépendra du résultat de la négociation générale. Elle soulève à ce stade diverses questions, qui sont autant de pistes que le DFAE offre à la réflexion dans le cadre d'un séminaire organisé le 2 mai 2005 à Lausanne, auquel sont conviés une soixantaine d'experts gouvernementaux de toutes les régions du globe.

- Un Conseil à composition plus restreinte que l'actuelle Commission est-il garant d'une efficacité retrouvée ? Un organe à composition universelle disposerait-il nécessairement d'une légitimité accrue ?
- Faudrait-il réduire la durée actuelle du mandat (3 ans), de manière à accélérer la rotation des membres ?
- Serait-il judicieux et réaliste d'introduire des critères qualitatifs de sélection ?
- Quelle serait la fréquence des réunions du Conseil ? 10-12 sessions d'une semaine par an ou plutôt 4 sessions de trois semaines par an ?
- Ou serait situé le siège du Conseil ? Sans doute à Genève, où est établi le Haut-Commissariat, qui pourrait d'ailleurs assurer le secrétariat du futur organe. Dans une note explicative du mois d'avril 2005 transmise au Président de l'Assemblée générale, le Secrétaire général penche en faveur de Genève, mais n'exclut pas que le Conseil puisse tenir des sessions à New York, si la coopération avec l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité ou l'ECOSOC l'exige.
- Que vaut l'idée avancée par le Secrétaire général d'une « peer-review », un examen systématique de la situation des droits de l'homme dans le monde, une sorte de contrôle paritaire censé placer tous les Etats sur pied d'égalité ?
- Comment enfin assurer la participation de la société civile, des ONG en particulier, aux travaux du futur Conseil ? Les ONG sont aujourd'hui fortement impliquées dans les débats de la Commission. Il ne faudrait pas que la réforme amenuise leur rôle actuel.

Au-delà des aspects institutionnels se pose la question des moyens financiers affectés à la lutte pour le respect des droits fondamentaux. Aujourd'hui, nous le répétons, moins de 2% du budget ordinaire de l'ONU est consacré à cette cause, prétendument prioritaire.

L'accueil fait à la proposition du Secrétaire général de créer un Conseil des droits de l'homme a été d'une manière générale plutôt réservé par les Etats en développement, qui craignent en particulier que le futur Conseil ne fasse en définitive que renforcer la pression exercée sur eux, alors qu'ils attendent avant tout des pays industrialisés un accroissement de l'assistance.

La Suisse pour sa part appuie le Secrétaire général dans son effort de réforme. Elle est favorable à la création d'un Conseil des droits de l'homme, qu'elle souhaite d'une taille permettant de concilier efficacité et représentativité. Cela implique peut-être que le Conseil conserve à peu près la taille de l'actuelle Commission. Elus par l'Assemblée générale à la majorité des deux tiers, ses membres jouiraient en revanche d'une légitimité accrue. Jugeant irréaliste l'introduction de critères d'admission, la Suisse estime en revanche que les Etats désireux de siéger au sein du Conseil devraient être encouragés à témoigner librement de leur action en faveur des droits de l'homme en prenant des engagements dans ce sens. Le futur Conseil devrait au moins reprendre les acquis et les tâches de l'actuelle Commission, notamment en matière normative et de promotion des droits de l'homme. Mais il devrait assumer aussi des fonctions nouvelles. A cet égard, l'idée d'une « peer-review » apparaît intéressante. Un tel mécanisme aiderait à réduire la politisation et la sélectivité qui ont entaché la réputation de la Commission. Toujours de l'avis de la Suisse, le Conseil devrait travailler étroitement avec le Haut-Commissariat, auquel serait notamment confié le Secrétariat dudit Conseil. Un tel ancrage serait d'ailleurs propre à favoriser le maintien à Genève du secteur des droits de l'homme. Le Conseil devrait également rechercher, mieux que ne le fait l'actuelle Commission, un dialogue continu avec les procédures spéciales et les mécanismes conventionnels, axé davantage sur la mise en œuvre des normes internationales agréées et le renforcement des capacités nationales. La Suisse enfin est clairement en faveur d'une augmentation du budget régulier de l'ONU consacré au respect des droits de l'homme.

4 CONCLUSION

Démocratie pluraliste et directe fondée sur l'Etat de droit et le respect des libertés fondamentales, la Suisse, pays neutre, sans passé colonial, berceau du droit international humanitaire et dont l'approche est guidée avant tout par des considérations juridiques bien plus que politiques, bénéficie auprès du HCDH et au sein de la Commission des droits de l'homme d'une rare crédibilité. Son action cohérente sur le plan universel a favorisé la présence

de nombreux représentants suisses en qualité de membres d'organes de surveillance des traités en droits de l'homme (4 en tout, dont 3 actuellement)²⁶ ou de Rapporteurs spéciaux de la Commission ou de Représentants spéciaux du Secrétaire général (6 en tout, dont 2 actuellement)²⁷. La Suisse dispose donc de sérieuses chances d'être élue en 2006 par l'ECOSOC à la Commission pour la période 2007 à 2009, même si la concurrence avec nos partenaires occidentaux sera rude.

La Commission des droits de l'homme s'est honorablement acquittée de son mandat. Son apport sur le point normatif est impressionnant. Elle a contribué à l'enrichissement du patrimoine conventionnel et même coutumier. Il est peu de domaines des droits humains qu'elle ait laissés en friche. L'essentiel de la tâche ne réside toutefois plus dans l'élaboration de nouveaux instruments ou le perfectionnement de ceux existants. L'effort doit désormais porter sur la mise en œuvre des obligations assumées par les Etats, trop souvent ignorées, ainsi que sur la conformité des actes aux engagements (« compliance »).

Comme cela a été dit plus haut, la réforme du secteur des droits de l'homme s'inscrit dans un contexte plus large, celui de la réforme globale de l'ONU. Dans sa note explicative précitée, le Secrétaire général suggère que les Etats avalisent dans son principe la création du Conseil à l'occasion de la Réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale pour examiner l'application de la Déclaration du Millénaire (14-16 septembre 2005), les « détails », pour reprendre l'expression du Secrétaire général, tels ceux portant sur la taille, la composition et les modalités de fonctionnement faisant l'objet d'une négociation ultérieure. Il n'est pas certain que les Etats acceptent volontiers de signer un chèque en blanc, surtout quand rien n'indique qu'ils seront déjà dans ce délai tombés d'accord sur les grandes orientations de la réforme de l'ONU.

L'avenir dira si la réforme de l'ONU en matière de droits de la personne

26 Prof. Joseph Voyame au Comité contre la torture ; prof. Giorgio Malinverni au Comité des droits économiques, sociaux et culturels ; prof. Walter Kälin au Comité des droits de l'homme ; Juge des mineurs Jean Zermatten au Comité des droits de l'enfant.

27 Prof. Joseph Voyame, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en Roumanie ; prof. Walter Kälin, RS sur la situation des droits de l'homme au Koweït occupé ; M. René Felber, RS sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés ; M. Michel Moussali, RS sur la situation des droits de l'homme au Rwanda ; prof. Jean Ziegler, RS sur le droit à l'alimentation ; prof. Walter Kälin, Représentant du Secrétaire général sur les droits de l'homme des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.

aboutit à la création d'un Conseil des droits de l'homme efficace siégeant à Genève, qui donnerait à ces droits la dimension institutionnelle requise face aux deux autres piliers de l'Organisation que sont le développement et la sécurité. En tout état de cause, la prise en charge de toutes les activités du HCDH (aujourd'hui \$100 mios) par le budget ordinaire des Nations Unies donnerait enfin aux droits de l'homme une dimension financière à la hauteur de leur importance reconnue.

THE ISSUE OF RESERVATIONS AND DECLARATIONS TO
THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL
CRIMINAL COURT

*Gerhard Hafner**

1 INTRODUCTION

It has been my great pleasure to work with Prof. Lucius Caflisch on numerous occasions, starting in 1974 with the second session of UNCLOS III in Caracas. A rather recent occasion was the Rome Conference on the elaboration of the Rome Statute of the International Criminal Court, which brought about a new dimension to international law. In these negotiations, Prof. Caflisch was involved not only in the drafting Committee, but, *inter alia*, also in the negotiations on the issue of reservations to the Rome Statute.

The result of these negotiations is common knowledge: Article 120 excludes any reservation to the Statute.¹ Despite this rather clear and simple formulation, the legislative history is quite interesting as it sheds some light on the function of reservations. Furthermore, States reacted to the exclusion of reservations by issuing declarations that they did not consider as being excluded from the Statute. These declarations raised certain concerns since at least one of them qualified as a prohibited reservation perceived by other States in so much that the long discussed problem as to the legal effect of prohibited reservations became relevant – an issue that is the subject of the

* Professor of International and International Economic Law at the University of Vienna, Director of the Department of European, International and Comparative Law, Associate member of the *Institut de Droit international*

1 This Article reads as follows: “Article 120 Reservations
No reservations may be made to this Statute.”

current ongoing discussion in the International Law Commission.² It seems therefore appropriate to elaborate on the issue of reservations and interpretative declarations in relation to the Rome Statute.

2 ARTICLE 120 OF THE ROME STATUTE

A. *The genesis*

The first draft of the Statute for an International Criminal Court was prepared by the International Law Commission (ILC). But, contrary to its normal practice not to deal with final clauses in the drafts of possible codification conventions, the ILC nevertheless discussed the possibility of reservations when it elaborated the draft Statute. It drew attention to the particular conditions of a reservation to this Statute because of the latter's similarity to the constituent instrument of an international organisation. In view of the important balance and qualifications relating to the working conditions of the tribunal incorporated in the text and of the integral nature of the draft Statute, the Commission already suggested that "reservations to the Statute and its accompanying treaty should either not be permitted or should be limited in scope". Nonetheless, it did not propose any specific text but left the decision open to the States Parties.³

In 1995, a group of NGOs and experts under the chairmanship of Cherif Bassiouni elaborated the "Siracusa Draft". It provided a restricted right to make reservations insofar as the reservations were admissible only with regard to the right to allow "on-site investigations" of the Prosecutor either with or without the consent of the national State Party concerned.⁴ The "Updated Siracusa Draft" of 1996,⁵ referred to the "Vienna regime", i.e. the regime of reservations provided in the 1969 Vienna Convention on the Law of

2 Report of the ILC on the work of its fifty-sixth session, U.N. Doc. A/59/10, p. 235.

3 Report of the ILC on the work of its forty-sixth session, U.N. Doc. A/49/10, p. 147.

4 Association internationale de droit pénal (AIDP), Istituto Superiore Internazionale Di Scienze Criminalie (ISISC), Max Planck Institute For Foreign And International Criminal Law (MPI), *Draft Statute For An International Criminal Court – Alternative to the ILC Draft (Siracusa Draft)*, prepared by a Committee of Experts (Siracusa/Freiburg 1995), p. 61.

5 *1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (Updated Siracusa-Draft)* Prepared by a Committee of Experts Submitted by: AIDP, International Institute of Higher Studies In Criminal Sciences, International Scientific And Professional Advisory Council, Parliamentarians For Global Action, World Federalist Movement/Institute For Global Policy, MPI, International Human Rights Law Institute, De Paul University (Siracusa/Freiburg/Chicago 1996), p. 119.

treaties (VCLT) with the exception, however, that no reservation was permitted “to existing international obligations and with respect to any crime defined in the Special part of the International Criminal Code”.⁶

The scope of both formulations was nevertheless limited since, like the ILC draft, both texts applied some sort of opting-in approach (sometimes called “menu card approach”) insofar as the jurisdiction of the Court should be dependent on additional declarations of the States Parties that could select among the crimes defined in different treaties with regard to the jurisdiction of the Court.

During the deliberations in the Ad-Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court in 1995, the issue of the reservations was deemed to belong to the final clauses of a future treaty and was not considered as being a priority. It thus did not become a matter of discussion.⁷ This reluctance to take a position on the issue was prompted by the uncertainty regarding the final nature of the Statute as well as the nature of the jurisdiction of the Court, as it was not yet clear whether an opting-in or inherent approach, resp. automatic jurisdiction, should apply. Although several States considered this question still premature during the negotiations in the Preparatory Committee in 1996, it was already suggested by one State, to exclude the possibility of reservations in “order to maintain the treaty as an integral whole”.⁸ This issue of reservations was eventually discussed with reference to a proposal on the Final Clauses submitted by the Secretariat in December 1997 excluding any reservation.⁹ This formulation was included in article 92 (B) of the “Zutphen text”.¹⁰

The Human Rights Watch recommended maintaining the text prohibiting reservations to the ICC treaty. According to it, permitting reservations

6 The proposal read as follows:

“(1) Any reservation a Contracting Party may wish to make to this Statute shall be subject to the provisions of the Vienna Convention of the Law of Treaties.

(2) No reservation to the applicability of any provision of this Statute can be made with respect to existing international obligations and with respect to any crime defined in the Special part of the International Criminal Code”; *ibid.*

7 Report of the Ad hoc Committee on the establishment of an international criminal court, U.N. Doc. G.A., 50th Sess., Supp. No. 22, A/50/22, 1995.

8 Report of the Preparatory Committee on the establishment of an international criminal court, Volume I, (Proceedings of the Preparatory Committee During March-April and August 1996) U.N. Doc. G.A., 51st Sess., Supp. No. 22, A/51/22, 1996), 9.

9 Article B, Draft text relating to final clauses, final act and establishment of a preparatory commission, prepared by the Secretariat, U.N. Doc. A/AC.249/1998/L.11, 2; it read as follows: “No reservations may be made to this Statute.”

10 Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, The Netherlands, U.N. Doc. A/AC.249/1998/L.13, 169.

“would undermine the force and moral authority behind the treaty and weaken the nature of the obligations in it”.¹¹ It referred to the conclusions of the Human Rights Committee on reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights and particularly to the “General Comment 24”¹² without, however, referring to the large criticisms it had provoked.¹³ The Human Rights Watch considered a near-universal ratification desirable, but not as essential as the need that the Court “meet certain benchmarks of fairness and independence, and that the obligations of States parties vis-à-vis the Court be clear.”¹⁴

Using the Zutphen text as a basis for discussion, in March 1998, the session of the Preparatory Committee embarked for the first time upon an in-depth discussion on reservations and produced a new text on reservations with three options: The first option excluded reservations, the second permitted reservations only to a not yet specified list of articles; the third option consisted of no provision on reservations so that the general regime of the VCLT would apply.¹⁵ The “Draft Statute for the International Criminal Court”¹⁶ which was submitted to the Conference reiterated these three options, supplementing the second option by a new subparagraph according to which the Court should be competent to decide a dispute concerning the admissibility of reservations; this idea reflected, to a certain extent, the recommendation of the ILC that treaty bodies of normative treaties should be competent to decide on the admissibility of reservations.¹⁷ It added a fourth alternative, authorising States Parties to make any reservation except to certain – not yet identified – articles or parts of the statute.¹⁸

11 Human Rights Watch, *Commentary for the March-April 1998 Preparatory Committee Meeting on the Establishment of an International Criminal Court*, p. 9.

12 General comment adopted by the Human Rights Committee under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights. Addendum. General Comment No. 24 (52) U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add.6.

13 E.g., Report of the Human Rights Committee, U.N. Doc. A/51/40.

14 Human Rights Watch, *supra* (note 11), p.10.

15 U.N. Doc. A/AC. 249/1998/CRP. 4.

16 Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court, Draft Statute and Draft Final Act (U.N. Doc. A/Conf.183/2/Add.1, 1998).

17 Report of the ILC on the work of its forty-ninth session; General Assembly. Official Records. Fifty-second Session. Supplement No.10, 1997 (U.N. Doc. A/52/10), p. 127.

18 The various options for draft article 109 were formulated in the following manner:

“Reservations

Option 1

No reservations may be made to this Statute.

Option 2

Paragraphs 1 and 2

During the Conference, the views of the States regarding reservations were divided. A majority of States that took a stance on reservations in their general statements favoured the total ban of reservations,¹⁹ whereas other States either opted for a general permissibility of reservations,²⁰ the possibility to declare reservations only to certain articles²¹ or to apply the Vienna regime.²² This issue was, however, left open until the very last days of the Conference and no other proposal or suggestion was presented to the Conference, beside the suggestion made by the Secretariat in December 1997.²³ Whereas the first version of the Coordinator's rolling text²⁴ left an

Option A

1. No reservations other than those made in accordance with paragraph 2 of the present article shall be permitted.
2. Any State may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession make reservations in respect of the following . . .

Option B

1. No reservations to this Statute shall be permitted unless expressly provided for in specific articles of the Statute.
2. No paragraph 2.
3. A State which has made reservations may at any time by notification in writing to the Secretary-General withdraw all or part of its reservations.

Option A

In the event of a dispute or legal question arising in connection with the admissibility of reservations made by a State under paragraph 2, the Court shall be competent to decide the admissibility of such reservations.

Option B

No paragraph 4.

Option 3

1. At the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, any State may make reservations to articles of this Statute except [those in Parts . . .] [articles . . .].
2. A State which has made reservations may at any time by notification in writing to the Secretary-General of the United Nations withdraw all or part of its reservation.

Option 4

No article on reservations.”

The view was expressed that the same procedure may be used for resolving disputes relating to the admissibility of reservations. It was also observed a cross reference in this article should be made to article 102 (Assembly of States Parties). *Ibid.*, p. 193.

- 19 See the UN Doc. A/CONF.183/13 (Vol. II); United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court; Rome, 15 June – 17 July 1998; Official Records; Vol. II; Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole; United Nations, New York, 2002; so, e.g., Norway (*ibid.*, p. 66), Slovenia (p. 70), Czech Republic (p. 74), Senegal (p. 103), Germany (p. 103), FYROM (p. 106), Slovakia (p. 111), Hungary (p. 112), Moldova (p. 114), New Zealand (p. 120), Switzerland (p. 128), Samoa (p. 130), Bahrain (p. 137), Uganda (p. 139).
- 20 So e.g. Kazakhstan, OR, vol. II (fn), p. 72.
- 21 So e.g. Rwanda, OR, vol. II. (fn), p. 124.
- 22 So e.g. Syria, OR, vol. II. (fn), p. 272.
- 23 See the Draft Report of the Committee of the Whole, U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.92, p. 15.
- 24 U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.54 of 7 July 1998.

open space on reservations, the second²⁵ and the third version²⁶ of the Coordinator's rolling text of the main issues as well as the recommendations of the coordinator²⁷ still maintained the four options in Article 109.

B. An assessment of Article 120

During informal discussions coordinated by Ambassador Sloane (Samoa) in Rome, it was ventured that the Vienna regime could even be applied without major harm to the integrity of the Statute. It was argued that, in view of the nature of the ICC as an international organization, Article 20 (1) b VCLT could apply, according to which a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization when a treaty is a constituent instrument of an international organization.²⁸ In application of this rule, the admissibility of a reservation would then require a decision of the Court itself. A further possibility would have been to refer to Article 19 (b) VCLT according to which reservations were excluded if the treaty provided that only specified reservations, which did not include the reservation in question, could be made.²⁹ Since, at this moment, it was already clear that Article 124 of the Statute would provide the right to make declarations regarding the exclusion of the jurisdiction of the ICC for war crimes for a period of seven years,³⁰ this article could be regarded as one providing for specific reservations so that no other reservation would be possible. The issue that Article 124 refers to declarations instead of reservations would

25 U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.54/Rev.1 of 9 July 1998.

26 U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.54/Rev.2 of 10 July 1998.

27 U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.61 of 11 July 1998.

28 This provision of the VCLT reads as follows: "3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization."

29 This provision reads as follows: "A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

(b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made".

30 Article 124 Rome Statute reads as follows: "Article 124

Transitional Provision

Notwithstanding article 12 paragraph 1, a State, on becoming a party to this Statute, may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the State concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. A declaration under this article may be withdrawn at any time. The provisions of this article shall be reviewed at the Review Conference convened in accordance with article 123, paragraph 1."

have no significance in this regard since the definition of reservations in Article 2 (1) lit d VCLT explicitly states that reservations could be labelled differently. However, it was questioned whether declarations under Article 124 of the Statute could in fact qualify as specific reservations that rule out any other reservation. The Special Rapporteur on the topic of reservations in the ILC, Prof. Alain Pellet, raised doubts in this regard because in his view the clear intent to rule out any other reservation must be evident from the text of the provision. He came to the conclusion that the text of the Statute does not sustain such a conclusion.³¹ However, when this issue was deliberated at the Rome Conference, the final text was not yet adopted so that a formulation clarifying this intention could still have been sought.

Nevertheless, the group discussing this issue was not convinced of these arguments and the group of States favouring the establishment of the ICC insisted on the total ban of reservations. In view of this position, the final text of the draft Statute submitted to the Committee of the Whole on 16 July 1997 for adoption included the version on the inadmissibility of reservations in Art. 109.³² This version finally became Art. 120 of the Statute stating that no reservation could be made to this Statute.

It could certainly be questioned whether this exclusion was a politically wise solution in light of the fact that reservations normally broaden the acceptability of a treaty albeit diminishing the integrity of a treaty at the same time.

The authors of a treaty usually have the choice between three alternatives relating to the reservations regime: They could opt for a total exclusion of reservations, a partial admissibility of reservations or the Vienna regime.³³ However, since the issue of reservations is usually addressed only towards the end of a conference and the relevant negotiations are conducted under great time pressure, there is no time left for in-depth negotiations on the partial admissibility so that, in the final outcome, only two alternatives are left: the total ban or the Vienna regime.

In the case of the Rome Statute, the application of the Vienna regime would undoubtedly have raised problems insofar as, in addition to the enigmatic nature of the definition of object and purpose of a treaty,³⁴ different

31 A. Pellet, "Entry into Force and Amendment of the Statute", in: A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 157.

32 U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/L. 76/Add. 13.

33 The term "Vienna regime" is used here to signify the regime regarding reservations according to the VCLT.

34 I. Buffard, K. Zemanek, "The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?", 3 *ARIEL*, No. 3, 1998, 342.

regimes would have to be applied: the regime based on the object and purpose test and the regime applicable to constituent treaties.³⁵ Provided sufficient time being available, the States could have included different regimes on reservations as it was done with regard to the amendment procedure where different regimes apply to provisions of an institutional nature (Article 122)³⁶ and other provisions (Article 121).³⁷ However, the Court would have faced great difficulties if reservations regarding the definition of crimes had been possible: If several States with differing positions regarding a particular crime were involved in a particular trial, it would have been difficult to decide the extent to which the different positions would have an impact on the trial. One must not overlook that the Court does not have a responsibility towards individual States, but to the community of States Parties.³⁸

This responsibility could only be preserved if different positions towards the basic norms of the Rome Statute were not permitted.

These reasons clearly militated against the admissibility of any reservations. Alain Pellet summarized the various reasons speaking against the admissibility of reservations to the Statute in the following way: “Reservations would encourage partial acceptance of the treaty, accumulated reservations could ultimately void the treaty of any substance,³⁹ and would, in any event, impair the quasi-legislative functioning of such treaties and the uniformity of their implementation.”⁴⁰

Amnesty international also referred to the simplicity of the exclusion clause and the undermining of the deterrent and educational value of the Court.⁴¹ Irrespective of the loss of flexibility of the Statute, it was nonetheless wise to put more emphasis on integrity than on flexibility of the Statute. Even if the efficiency of the Court is measured by the number of its States Parties, flexibility enabling an increase of the number of States Parties would not have constituted sufficient compensation for the loss of efficiency due to detrimental effect of flexibility on integrity.

35 See *supra* (note 28).

36 This provision regarding “amendments to provisions of an institutional nature” provides that such amendments “shall enter into force for all States Parties six months after their adoption by the Assembly or, as the case may be, by the Conference.”

37 The amendments under this article require the ratification or acceptance for their entry into force for the individual States.

38 As to the purpose of international criminal law as an ultimate resort for the protection of international goods, see: C. Safferling, “The Justification and Punishment in International Criminal Law”, 4 *ARIEL*, 1999, 156.

39 See also W.A. Schabas, “Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform”, *ACDI*, 1995, 41.

40 U.N. Doc. A/CN.4/477/Add. 1, 26.

41 *Ibid.*, p. 24.

3 THE DECLARATIONS

A. *The various declarations*

Although Article 120 unequivocally rules out any reservation, it cannot avoid States issuing declarations upon ratification of the Statute. States made wide use of this possibility: Among the 98 States being parties to the Statute as of March 2005, 73 made declarations.⁴² These declarations are of differing nature: some of them relate to those provisions that give the States the right to opt for a certain conduct, others are of the type of interpretative declarations, whereas some deal with the territorial scope of the Statute.

- ▶ Most of these declarations, namely 54, are declarations explicitly provided for by Article 87 (1) and (2)⁴³ as well as Article 103 (1) (a) and (b)⁴⁴ of the Rome Statute. According to Article 87 (1) States shall designate upon ratification, acceptance, approval or accession whether requests addressed by the ICC to States shall be transmitted through the diplomatic channel or any other appropriate channel. According to Article 87 (2) States should make a choice upon ratification, acceptance, approval or

42 As to the declarations and communications to the Rome Statute, see: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty17.asp>.

43 These provisions read as follows:

“Article 87

Requests for cooperation: general provisions

1. (a) The Court shall have the authority to make requests to States Parties for cooperation. The requests shall be transmitted through the diplomatic channel or any other appropriate channel as may be designated by each State Party upon ratification, acceptance, approval or accession. Subsequent changes to the designation shall be made by each State Party in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

(b) When appropriate, without prejudice to the provisions of subparagraph (a), requests may also be transmitted through the International Criminal Police Organization or any appropriate regional organization.

2. Requests for cooperation and any documents supporting the request shall either be in or be accompanied by a translation into an official language of the requested State or in one of the working languages of the Court, in accordance with the choice made by that State upon ratification, acceptance, approval or accession. Subsequent changes to this choice shall be made in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.”

44 These provisions read as follows:

“Article 103

Role of States in enforcement of sentences of imprisonment

1. (a) A sentence of imprisonment shall be served in a State designated by the Court from a list of States which have indicated to the Court their willingness to accept sentenced persons.

(b) At the time of declaring its willingness to accept sentenced persons, a State may attach conditions to its acceptance as agreed by the Court and in accordance with this Part.”

accession in which language requests for cooperation and any documents supporting the request issued by the ICC shall be translated. Four States also made declarations referring to Article 103 (1) (a) and (b) by which they declared their willingness to accept sentenced persons.

- ▶ Israel, however, made a declaration already upon signature without ratifying the Statute. In this declaration, Israel explained why it had to abstain from the Court, but that it lent its moral support to its cause. The US communicated on 22 May 2003 to the depositary, the Secretary-General of the United Nations, its intention not to become party to it, irrespective of its signature to the Rome Statute.
- ▶ Several declarations related to the territorial application of the Statute: Denmark excluded the Faroe Islands and Greenland from the Statute, but later communicated to the Secretary-General the withdrawal of its declaration with regard to Greenland; New Zealand excluded Tokelau; whereas the Netherlands limited the application to the Kingdom in Europe, the Netherlands, Antilles and Aruba.
- ▶ Several declarations such as those of Belgium, Colombia, Egypt and New Zealand emphasised the necessity to respect international humanitarian law for the interpretation of the Statute; Egypt even referred to the need to respect general principles of law.
- ▶ Some of them advanced a certain understanding of some elements of the war crimes such as France and Egypt.
- ▶ A particular problem had been posed by the declarations on nuclear weapons: Some of them included the nuclear weapons among the prohibited weapons (Egypt, New Zealand and Sweden) according to Article 8 (2) (b) (xx) or referred, in particular, to the advisory opinion of the ICJ in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996),⁴⁵ whereas others excluded them from the prohibited weapons unless they were explicitly banned either by a treaty or an amendment to the Statute (France, implicitly United Kingdom).
- ▶ Individual declarations underlined that their domestic law remains unaffected by the Statute (Jordan, Colombia). However, Uruguay's declaration that it would apply the Statute only in conformity with its domestic law raised objections by some States that qualified this declaration as a prohibited reservation.⁴⁶
- ▶ Other declarations were of a different nature: Australia declared to surrender any person without investigations or prosecution or without a certificate

45 *ICJ Reports 1996*, pp. 226 et seq.

46 See p. 21.

from the Attorney-General. According to Malta's declaration, persons pardoned for a certain offence would not be tried. The United Kingdom drew to the attention of the Court "its views as expressed, inter alia, in its statements made on ratification of, inter alia, the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12th August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 8th June 1977". Portugal declared its intention to exercise its jurisdictional powers over every person found in the Portuguese territory that is being prosecuted for the crimes set forth in Article 5 paragraph 1 of the Rome Statute of the International Criminal Court, within the respect for the Portuguese criminal legislation.

4 THE EVALUATION OF THE DECLARATIONS

A. *The work of the International Law Commission*

Despite their frequency, interpretative declarations have not become the subject of major legal scrutiny in the doctrine.⁴⁷ The VCLT does not explicitly deal with them although during its elaboration in the ILC, some ILC members referred to them.⁴⁸ In doctrine, different views were put forward as to the legal regime applicable to them: According to Horn, some of the authors wished to apply the reservation regime to such declaration whereas others favoured a separate legal regime.⁴⁹

In the meantime, the ILC had received an opportunity to embark upon the issue of interpretative declarations in respect of normative treaties since it was entrusted with the task to clarify the issue of reservations regarding such treaties in 1994.⁵⁰ Guided by the generally shared intention not to alter the articles of the VCLT, it elaborated a "Guide to Practice" consisting of a – not yet complete – set of draft guidelines which would be of assistance for the practice of States and of international organizations.⁵¹

47 D.M. McRae, "The Legal Effect of Interpretative Declarations" *BYIL*, 1978, 155; Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester/Dover NH, Manchester University Press, 1984), p. 52, 129; F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations* (The Hague, Asser Institute, 1988), p. 229; A. Pellet, "Third report on reservations to treaties", UN Doc. A/CN.4/491/Add.4 and the literature quoted therein.

48 F. Horn, *supra* (note 47), p. 231.

49 *Ibid.*, p. 234.

50 Resolution A/RES/48/31 of 9 December 1993.

51 Report of the ILC, *supra* (note 2), p. 235.

In the context of its mandate received from the General Assembly, it also deals with declarations connected with the act of consent to become party to a treaty other than reservations. These other declarations are not necessarily only interpretative declarations as even the declarations attached to the ratification of the Rome Statute are of the most different nature. According to the categories of different unilateral acts connected with ratifications as established by the Guide to Practice, the declarations attached to the various ratifications of the Statute of the ICC can be qualified in the following manner: Some of them are general statements of policy as addressed by guideline 1.4.4;⁵² some such as those of Australia, Colombia and Jordan are statements concerning modalities of implementation along the sense of guideline 1.4.5⁵³ and others such as that of Malta or Portugal are statements purporting to undertake unilateral commitments in the sense of guideline 1.4.1.⁵⁴ These kinds of declarations are considered to be outside the scope of the Guide to Practice, contrary to interpretative declarations. However, some declarations, in particular, those relating to the interpretation of the provision on war crimes, are clearly interpretative declarations within the meaning of guideline 1.2.⁵⁵

52 This draft guideline reads as follows:

“1.4.4 General statements of policy

A unilateral statement formulated by a State or by an international organization whereby that State or that organization expresses its views on a treaty or on the subject matter covered by the treaty, without purporting to produce a legal effect on the treaty, constitutes a general statement of policy which is outside the scope of the present Guide to Practice.”

53 This draft guideline reads as follows:

“1.4.5 Statements concerning modalities of implementation of a treaty at the internal level

A unilateral statement formulated by a State or an international organization whereby that State or that organization indicates the manner in which it intends to implement a treaty at the internal level, without purporting as such to affect its rights and obligations towards the other Contracting Parties, constitutes an informative statement which is outside the scope of the present Guide to Practice.”

54 This draft guideline reads as follows:

“1.4.1 Statements purporting to undertake unilateral commitments

A unilateral statement formulated by a State or an international organization in relation to a treaty, whereby its author purports to undertake obligations going beyond those imposed on it by the treaty constitutes a unilateral commitment which is outside the scope of the present Guide to Practice.”

55 This draft guideline reads as follows:

“1.2 Definition of interpretative declarations

“Interpretative declaration” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization whereby that State or that organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions.”

B. *Interpretative declarations*

It is sometimes difficult to distinguish between interpretative declarations and reservations. Without going into the details of this distinction and the question whether a certain interpretation that excludes other possible interpretations necessarily entails a modification of the substance of a norm and already amounts to a reservation,⁵⁶ these two kind of unilateral declarations can be distinguished insofar as the interpretative declaration does not purport to change the substance of the rights and obligations established by a given norm. This distinction is corroborated by the guideline 1.2 (Definition of interpretative declarations) that defines an “interpretative declaration” as a “unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization whereby that State or that organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions.”

These declarations are distinguished from reservations by their purpose, in particular the absence of any altering effect to the scope of rights and obligations under the treaty.

Although the work undertaken so far by the ILC in this respect has not yet reached the final stage,⁵⁷ it obviously proceeds from a legal regime applicable to interpretative declarations, which is different from that of reservations (unless they are conditional interpretative declarations which are treated like reservations). It provides different rules regarding the time, procedure, and purpose.

However, the ILC has not yet discussed the effect of such a declaration. Certainly, this effect has to be ascertained not in the context of reservations, but rather in the context of treaty interpretation.⁵⁸ In particular, it has to be asked whether such declarations fall within the ambit of the context that is relevant for the interpretation of a treaty. A generally applicable answer can be derived from Article 31 of the VCLT, which has always been deemed as reflecting general customary international law so that it can be applied as a generally applicable rule.⁵⁹

56 See F. Horn, *supra* (note 47), p. 237; A. Pellet, *supra* (note 47), p. 6.

57 See Report of the ILC, *supra* (note 2), p. 240.

58 A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), p. 102.

59 This effect has been confirmed by international jurisprudence. See for instance: ICJ, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment of 13 December 1999, para. 18, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibona/ibonaframe.htm>; ICTY, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al. (“Celebici Camp”)*, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II quarter, Judgment, 16 November 1998, para. 1161.

In its commentary of draft Article 27 that later became Article 31 of the VCLT referred to unilateral declarations as a possible element of such a context. It singled out two conditions that a declaration should satisfy in order to appertain to the context: it must be made in connexion with the conclusion of the treaty and this relation must be accepted by the other parties.⁶⁰ In order to serve the purpose of interpretation, the declarations relating to the ICC Statute must meet these conditions in order to serve as an element of the context.

► *The effect of silence*

Whereas in the case of the declarations to the Rome Statute, the connection with the conclusion of the treaty is undoubtedly established, it must still be asked whether silence to such a declaration amounts to the recognition of the declaration as a means for interpretation. The effect of this silence can best be assessed by taking into account the existence of objections. Under the rule *ut res magis valeat quam pereat*, which gives effect to the principle of effectiveness,⁶¹ the difference between silence and objection also entails a difference in the effect. It is for this reason that silence means some sort of limited acquiescence with the interpretative declaration in the sense of the absence of an open dissent whereas objection excludes this effect. The effect is limited since a declaration that was not objected only forms part of the context for the purpose of interpretation; it neither entails a binding effect nor does it necessarily lead to an interpretation in the sense of the declaration. And even if it forms an element of the context, any interpretation resulting therein only relates to the understanding of the declaring State. Silence to such a declaration does not amount to an identification of the silent State with the content of the declaration;⁶² the latter State merely accepts that the declaration could form part of the context only in relation to the declaring State. The declaration even if not objected would neither

60 Reproduced in D. Rauschnig, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux Préparatoires* (A. Metzner Verlag, Frankfurt/M., 1978), p. 246.

61 See the cases WTO/DS8/AB/R, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 12, DSR 1997: 1, p. 97, at p. 106; Concurring vote of A.A. Cancado Trindade, IACHR, *Provisional Measures in Respect of Republic of Trinidad and Tobago*, para 12: http://64.233.183.104/search?q=cache:FzzzC9-GSoUJ:www.corteidh.or.cr/serie_ing/james_vse_08_cancado_ing.doc+%22ut+res+magis+valeat+quam+pereat%22+%22international+law%22&hl=de; M. K. Addo, “Interim Measures of Protection for Rights under the Vienna Convention on Consular Relations”, 10 *EJIL*, No. 4, 1990, 724.

62 Rae, *supra* (note 47), p. 169; a slightly different view is offered by Aust: In his view, silence “may, depending on the circumstances, be regarded” as tacit agreement, *supra* (note 58), p. 102.

exercise an effect *erga omnes partes* as only the declaring State's interpretation would be affected nor would it have the effect of reciprocity that is ascribed to reservations.⁶³

A different effect could result from some declarations made in the context of accession treaties to the European Union.⁶⁴ In these cases, various declarations were attached to the accession treaties: they were issued either by the new Member States, or by one new Member State and the “old” Member States, by only the “old” Member States or an individual new Member State. These declarations were included in the Final Act which does not form part of the Accession treaty.⁶⁵ As far as jointly made declarations are concerned, the Final Act explicitly states that “the Plenipotentiaries have adopted the Declarations listed below, annexed to this Final Act”. The act of adoption clearly indicates the identification with the declaration so that they have an effect *erga omnes partes*. In contrast, the other declarations were only “taken note of” by the plenipotentiaries so that this effect *erga omnes partes* cannot be assumed.

► *The effect of an objection*

Contrary to declarations that met with silence, interpretative declarations that encountered objections by other States Parties cannot form part of the context since they do not meet the condition required for that purpose.

C. *The application to the declarations to the Rome Statute*

As applied to the declarations to the Rome Statute, the interpretation reflected therein does not prejudice the Court in its own interpretation of the Statute in the course of trials. In such a decision the Court will in no way be affected by any declaration since it is not left to the States to decide on the definition of a crime under the Statute. If proceedings are commenced the matter is no longer within the responsibility of the individual States Parties unless it is matter of double jeopardy,⁶⁶ complementarity⁶⁷ or duty of cooperation.⁶⁸ With the exception of these cases, the matter is one of international concern, of the *ordre public* of the international community.⁶⁹

63 See, Art. 21 VCLT.

64 <http://www.hradeckralove.org/dld/eu/Treaty%20of%20Accession/4.%20Final%20Act/aa00043-re03.en03.pdf>.

65 http://www.europarl.eu.int/enlargement_new/treaty/doc_en/aa00043en03.doc.

66 Art. 20, Rome Statute.

67 Art. 17, Rome Statute.

68 Part 9. International Cooperation and Judicial Assistance.

69 See, C. Safferling, *supra* (note 38), p. 156.

Nevertheless, as to the instances where the position of individual States is required, i.e. double jeopardy, complementarity and cooperation, a conflict between States and the Court could arise. So, e.g. if the Court requires the assistance and cooperation of a State with respect to the prosecution of a certain crime which was made the object of an interpretative declaration by that State, the declaring State would certainly insist on its own interpretation. If the Court does not share this view, a conflict could arise as to a possible lack of compliance with the cooperation obligation by that State. Since it is the duty of the Court to decide on non-cooperation according to Article 87,⁷⁰ the Court will then have to interpret the applicable law where the relevant declaration will form only one of the elements to be taken into account.

A similar situation could occur with respect to the question of complementarity insofar as the views could be divided concerning the jurisdiction of the Court if the definition of the crime that was prosecuted by the State is not congruent with that for which the Court asserts its jurisdiction. But even in this case, it is a matter of the Court to decide on its jurisdiction so that again the declaration will have a minor effect, if at all. However, in no way can such an interpretative declaration entail a restriction of the obligations under the statute.

A little different is the case of the declarations referring to the interpretation of the Statute in the context of international humanitarian law or human rights, such as that of Egypt. To explain this interpretation of the Statute, Belgium referred to Article 21 (3) of the statute according to which the application and interpretation of the Statute “must be consistent with internationally recognized human rights”.⁷¹ The unsettled and vague meaning of “internationally recognized human rights” undoubtedly requires further clarification⁷² that would be helpful to the Court although it could, however, be doubted that the reference to international humanitarian law could be understood as falling within the domain of human rights.⁷³

70 Article 87(7) provides that “(w)here a State Party fails to comply with a request to cooperate by the Court contrary to the provisions of this Statute, thereby preventing the Court from exercising its functions and powers under this Statute, the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council.”

71 This parameter limits the application and interpretation of the Statute; insofar it reaches beyond Article 31 (3) VCLT which requires that “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” to be taken into account for the purposes of interpretation.

72 As to interpretative declarations clarifying a vague expression see F. Horn, *supra* (note 47), p. 249.

73 As to the problem of the interpretation of this reference to “internationally recognized human

However, the declarations relating to nuclear weapons clearly cannot be considered as forming part of the context in view of their obvious divergence regarding the interpretation of Article 8 (2) lit b (xx).⁷⁴

D. Problematic declarations

Some declarations raise problems with regard to their intended effect as it cannot be excluded that in reality they purport to change the scope of rights and obligations under the Statute. Thus, for instance, declarations such as that of Australia declare a certain domestic procedure as a necessary prerequisite for the surrender of a person to the Court. It could be asked whether, by means of this declaration, Australia intends to alter the duty of cooperation. The declarations referring to the consistency of the Statute with domestic law raise similar problems insofar as they could be construed as indicating a limitation of the scope of the Statute by domestic law. The declaration of the United Kingdom refers to its declarations made in connection with the Geneva Conventions of 1949 and the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts Protocol I, of 8 June 1977. These declarations are likely not only to contain interpretative statements but also genuine reservations. The United Kingdom's intention could, but must not be interpreted as a wish to apply the same interpretations and reservations to the Statute itself as far as the definition of crimes embodied in the latter is identical to that of the Additional Protocol.⁷⁵

But this assessment is not the only possible one since these declarations also permit a different interpretation insofar as they could be deemed to constitute only a reference to an existing legal situation without any intended modification of the Statute.

The Guide to Practice drawn up by the ILC deals with the situation where reservations are excluded but States could still make declarations that could be conceived as reservations. In such a case, the guidelines grant these declarations the benefit of doubt insofar as they express a presump-

rights” see also A. Pellet, “Applicable Law”, in: Cassese, *supra* (note 31), p. 1079; G. Hafner, Ch. Binder, “The Interpretation of Article 21(3) ICC Statute”, *ARIEL*, No. 9, 2004, in print.

74 See, for instance, J. Burroughs, “International Criminal Court: New Zealand Rejects Nuclear Exemption Claimed by France”; <http://www.lcnp.org/pubs/Bombsaway!%20fall00/article3.htm>.

75 It was the purpose of the Government not to alter the Statute although there was some discussion on it, see “The International Criminal Court Bill [HL]”, House of Commons, Research Paper 01/39, 28 March 2001, Bill 70 of 2000-2001, p. 74.

tion in favour of interpretative statements.⁷⁶ Applied to the above mentioned declarations, this presumption leads to their qualification as declarations that do not purport to alter the scope of rights and obligations under the Statute, but only either to explain a certain legal situation or to interpret the provisions of the Statute. In this sense, the declaration of the United Kingdom can be seen as explaining that the ratification of the Statute did not affect its declarations made to the Protocol of 1977.

E. Reservations disguised as declarations

A particular problem was raised by the declaration by Uruguay according to which “the Eastern Republic of Uruguay shall ensure its application to the full extent of the powers of the State insofar as it is competent in that respect and in strict accordance with the Constitutional provisions of the Republic”. This declaration clearly subjects the duty of cooperation under the Statute to the constitution of Uruguay. Several States (Finland, Germany, Netherlands and Sweden) objected to this declaration, qualifying it as a reservation, others (Ireland, United Kingdom, Denmark and Norway) only communicated its objection to the depositary, the Secretary-General, whereas the other States Parties remained silent. In a communication to the depositary, Uruguay, on its part, notified that its declaration did not constitute a reservation since the constitution was “a law of higher rank to which all other laws are subject” and the Statute “has unequivocally preserved the normal functioning of national jurisdictions and that the jurisdiction of the International Criminal Court is exercised only in the absence of the exercise of national jurisdiction”. Nevertheless, subsequent to this communication, Denmark and Norway expressed their objection to this declaration.

As long as declarations are seen as reservations, the States Parties are confronted with a problem States have frequently experienced, in particular, within the context of human rights treaties when States referred in very general terms to the need of consistency either with the Sharia⁷⁷ or with con-

76 Draft guideline 1.3.3 reads as follows:

“Formulation of a unilateral statement when a reservation is prohibited

When a treaty prohibits reservations to all or certain of its provisions, a unilateral statement formulated in respect thereof by a State or an international organization shall be presumed not to constitute a reservation except when it purports to exclude or modify the legal effect of certain provisions of the treaty or of the treaty as a whole with respect to certain specific aspects in their application to its author.”

77 See, for instance, the reservation by Bahrain made upon ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: “The Kingdom of Bahrain makes reservations with respect to the following provisions of the Convention: Article 2, in order to ensure its implementation within the bounds of the provisions of the Islamic Shariah”.

stitutional provisions.⁷⁸ These reservations were considered as inadmissible or at least questionable due to their incompatibility with object and purpose of the relevant treaty.⁷⁹

The views concerning the legal effect of inadmissible reservations are divided; the ILC has not yet been able to reach a consolidated view on this issue. A wide range of different views have been presented so far, reaching from the absence of any legal effect to the effect on the consent to be bound by the treaty.⁸⁰ Recently, the ILC could not but ask the States for comments and observations regarding the effect of reservations “covered by the provisions of article 19 of the Vienna Convention”.⁸¹

How far the views concerning the reaction to such reservations are divided can be best judged by the recommendation of the Council of Europe recommendation R 99 (13).⁸² This recommendation provides five different reactions to inadmissible reservations: The first only states the objection to the reservation; the second in addition thereto confirms that the treaty remains in force between the declaring and the objecting State; the third confirms that the treaty remains in force in its entirety; the fourth corroborates that the declaring State could not benefit from the reservation whereas the fifth precludes the entry into force of the treaty between these two States.⁸³

78 See, for instance, the reservation by Malaysia to the above mentioned convention: “The Government of Malaysia declares that Malaysia’s accession is subject to the understanding that the provisions of the Convention do not conflict with the provisions of the Islamic Sharia’ law and the Federal Constitution of Malaysia. With regards thereto, further, the Government of Malaysia does not consider itself bound by the provisions of articles 2 (f), 5 (a), 7 (b), 9 and 16 of the aforesaid Convention.”

79 See, in particular, HRC, *General Comment 24 (52)*, General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994); the cases *Temeltasch* and *Belilos* before the ECHR.

80 Abundant literature concerning this problem already exists; see, in particular, L. Sucharipa-Behrmann, “The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties”, 1 *ARIEL*, No. 1, 1996, 67; B. Simma, “Reservations to Human Right Treaties – Some Recent Developments”, in: G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, K. Zemanek (eds.), *Liber amicorum Professor Seidl-Hohenveldern* (Kluwer publishing, 1998), p. 30; R. Baratta, “Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded?” 11 *EJIL*, No. 2, 2000, 413.

81 Report ILC, *supra* (note 2), p. 12.

82 Recommendation No. R (99) 13 of the Committee of Ministers to Member States on Responses to Inadmissible Reservations to International Treaties, adopted by the Committee of Ministers on 18 May 1999, at the 670th meeting of the Ministers’ Deputies.

83 The recommendation still entails a sixth possible reaction that invites for a dialogue in order to verify whether or not the reservation is in compliance with the object and purpose. These alternative reactions read as follows: a) The Government of (State X) therefore objects to the

Normally, the situation addressed by the recommendation usually entails two different problems: on the one hand, the identification of object and purpose of a treaty, on the other, the effect of reservations incompatible with object and purpose. In the case of the declaration to the Statute, the problem is reduced to the legal effect since there is no doubt about the inadmissibility.

The position of the other States Parties, including those remaining silent, with regard to the declaration of Uruguay can be evaluated in the following way: Those that remained silent either did not recognize the declaration as a reservation or, otherwise, did not consider it necessary to react because of its obvious illegality. In this situation, silence cannot be interpreted as acquiescence with the declaration or as an inter-se agreement because, irrespective of the requirement of compatibility with object and purpose as well as with the prohibition of infringement of the rights of other States Parties,⁸⁴ any modification of the Statute undoubtedly requires an explicit consent of the relevant States.

Despite the incontestable inadmissibility, the reaction to the declaration

aforesaid general reservations made by the Government of (State Y) to the (relevant Convention). (State X remains silent as to whether the relevant Convention enters into force or not between State X and State Y).

b) The Government of (State X) therefore objects to the aforesaid general reservations made by the Government of (State Y) to the (relevant Convention). This objection does not preclude the entry into force of the Convention between (State Y) and (State X).

c) The Government of (State X) therefore objects to the aforesaid general reservations made by the Government of (State Y) to the (relevant Convention). This objection does not preclude the entry into force, in its entirety, of the Convention between (State Y) and (State X).

d) The Government of (State X) therefore objects to the aforesaid general reservations made by the Government of (State Y) to the (relevant Convention). This objection does not preclude the entry into force, in its entirety, of the (relevant Convention) between (State Y) and (State X). The Convention thus becomes operative between (State X) and (State Y) without (State Y) benefiting from these reservations.

e) The Government of (State X) therefore objects to the aforesaid general reservations made by the Government of (State Y) to the (relevant Convention). This objection precludes the entry into force of the Convention between (State Y) and (State X).

f) Given the general character of these reservations, a final assessment as to their admissibility under international law cannot be made without further clarification. According to international law a reservation is inadmissible to the extent that its application negatively affects the compliance by a State with its obligations under the Convention that are essential for the fulfilment of its object and purpose. Therefore (State X) cannot consider the reservations made by the Government of (State Y) as admissible unless the Government of (State Y), by providing additional information or through subsequent practice, ensures that these reservations are compatible with the provisions essential for the implementation of the object and purpose of the Convention. This objection does not preclude the entry into force of the Convention between (State Y) and (State X).

84 Art. 41 VCLT.

of Uruguay by the objecting States is different: Some declared that the Statute only entered into force between Uruguay and the objecting State (Germany and United Kingdom), meanwhile the others explicitly announced that Uruguay could not benefit from the reservation. But all objecting States made it unequivocally clear that their objections ought not be construed as precluding the entry into force of the Statute between Uruguay and themselves. These reactions permit the conclusion that in the case of an inadmissible reservation to a treaty containing provisions having an *erga omnes partes* effect, the presumption prevails that the reservation and the objection thereto do not affect the entry into force of the treaty between the States parties concerned and that the reservation has no effect, but must be considered as null and void.⁸⁵ In particular, in the case of the Statute, a different solution would generate insurmountable problems to the Court and endanger the consistency of its performance.⁸⁶

The questions⁸⁷ posed by Alain Pellet in the context of the evaluation of inadmissible reservations already single out the most salient issues and their complex nature:

- Must the reservation be regarded as void, but the expression of consent to be bound by the treaty as valid?
- On the contrary, does the impermissibility of the reservation affect the reliability of the expression of consent itself?
- Does the impermissibility of the reservation produce effects independently of any objections that may be raised to it?
- At most, have the other contracting States (or international organizations) an obligation in such circumstances to raise an objection to an impermissible reservation?
- Or may they, rather, accept such a reservation, either expressly or tacitly?

These questions are answered in the present case in the following manner: The reservation (as far as the declaration is qualified as such) is regarded as void, but the expression of consent as valid; silence cannot be regarded as acceptance of the reservation since for this purpose, a modification of the Statute would be needed which cannot be produced by silence.

85 Concerning Human Rights Treaties, Baratta recognizes a different practice, Baratta, *supra* (note 80), p. 425.

86 Baratta accepts that a consequence of a different solution could lead to a fragmented character of a multilateral treaty; *ibid.*, p. 425. However, such a fragmentation of the Rome Statute into bilateral treaties would create too heavy a burden to the ICC and would not conform to the character of the ICC as an international organization.

87 U.N. Doc. A/CN.4/470, p. 52.

5 CONCLUDING REMARKS

The ILC commentary confirms that even though “simple” interpretative declarations are not binding on the other contracting parties, such an attitude “could lead to abuse and create difficulties”.⁸⁸ Certainly, this result cannot be excluded, in particular with regard to standard setting treaties or treaties like the Rome Statute where an independent body has to apply the treaty provisions to which the declarations refer. The declarations to the Statute clearly demonstrate the necessity to come to grips with the issue of inadmissible reservations and interpretative declarations. In particular, the present confusion regarding the legal effect of such declarations and reservations would not be removed if different international bodies such as the Council of Europe, the United Nations Human Rights Committee and the International Law Commission came to different solutions in this regard.

88 Report of the ILC on the work of its fifty-first session, U.N. Doc. A/54/10, p. 238.

THE ELECTION OF JUDGES TO THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS

*John Hedigan**

*Article 22
Election of judges*

1. *The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party.*
2. *The same procedure shall be followed to complete the Court in the event of the accession of new High Contracting Parties and in filling casual vacancies.*

1 INTRODUCTION

The number of judges at the European Court of Human Rights (hereafter the ECHR) corresponds to the number of the High Contracting Parties. There is one elected in respect of each.

Since the ratification of Protocol 11 in the Autumn of 1997, the manner in which the judges of the ECHR are elected has been the subject of much suggestion, comment and criticism. Among the external commentators, there have been Jean-François Flauss,¹ Henry G. Schermers² and

* Judge, European Court of Human Rights.

1 F. Flauss, "Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme", 35 *RTDH*, 1998; also by the same author, "Le renouvellement de la Cour européenne des Droits de l'Homme", 47 *RTDH*, 2001; "Retour sur l'élection des juges à la Cour européenne des Droits de l'Homme, à propos du juge espagnol sortant", 55 *RTDH*, 2003; "Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour européenne des Droits de l'Homme", 61 *RTDH*, 2005.

2 H.G. Schermers, "Election of judges to the European Court of Human Rights", 23 *ELR*, No. 6, 1998, 568.

Interights.³ Among those commentators within the Council of Europe, we can count Hans Christian Kruger,⁴ the Deputy Secretary General in 1996 when he wrote his article on the election of judges to the “new” Court, Lord Kirkhill, Rapporteur of the Parliamentary Assembly Committee on Legal Affairs, and Human Rights and also the Chair of the Committee who interviewed the candidates and who reported both before and after the election of 1998⁵ and also Kevin McNamara MP who reported on behalf of the sub-Committee on the election of judges to the ECHR in 2001⁶ and in 2004.⁷ Each and every one of these interesting articles/reports has provided a rich and useful source of information on this vital process. It may, however, be of interest to examine the proceedings relating to the election of judges of the Court from the perspective of a judge himself. The writer emphasizes of course that all views expressed are strictly his own and does not purport to speak on behalf of the Court or any of his colleagues.

The choosing of judges inevitably gives rise to some difficulty both at national and international level. Judges must be independent both in reality and perception. At the national level they must frequently adjudicate on the actions of Government, at the level of the ECHR, this is also invariably the case even though they are appointed/nominated by these same Governments. In terms of perceived independence, that appointment/nomination process represents one of the most difficult points of interaction between Government and judiciary. Many countries within the Council of Europe have a judiciary which might be described as almost a separate profession from that of the practising bar. No doubt where this exists, the process of appointment creates less difficulty in relation to the perception of independence since it is likely that there would be an internal career management structure. In relation, however, to some of the higher courts in such countries where direct nomination by the Government is possible, there may be a perception that the nominee will not be entirely independent. In the common law countries of the Council of Europe where the judges are frequently chosen directly from practice, other means of trying to satisfy the requirement of perceived independence exist such as independent assessment boards (the judicial appointment board in Ireland for example) to ensure

3 Interights, “Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights” (May 2003).

4 H.C. Kruger, “Selecting Judges for the new European Court of Human Rights”, 12 *HRLJ*, Nos. 11-12, 1996, 401.

5 Parliamentary Assembly Doc. 8460 6/7/99.

6 AS/JUR/CDH(2001)23, 18/4/2001.

7 AS/JUR/CDH(2004)4, 26/4/2004.

that persons of all or no political persuasion may also be considered for appointment. Yet, ultimately, it is the Government that does the appointing and much reliance must be and is placed upon strong traditions of judicial independence that exist in many of the Council of Europe countries. It is in this context that it is worth examining the process of choosing the judges of the ECHR. In this Court, the independence of the judges is arguably more challenged than in any other. This is because in every single case, a Member State is the respondent and many of the cases have the potential for acute political embarrassment for the State in question. Moreover, the national judge is required to participate in every case against his or her Government and his or her decision in each case must be public. It is difficult to think of any other court where the independence of the judiciary is more vital.

There are a number of ways in which the independence of any judge may be secured: among these are their security of tenure, the manner of their selection and their social protection both during and after their term of office. In relation to the last mentioned, the situation of judges of the ECHR, sad to relate, is without precedent in any other international court. The decision of the Committee of Ministers' Deputies of December 16th 2004 not to introduce any pension scheme or health cover for judges leaves them entirely unprotected both during and after their term of office. However, it is for another occasion to pursue this unexplained and indeed inexplicable decision on the part of the Committee of Ministers' Deputies. It is to the selection process that this article will turn its attention.

2 HISTORY OF JUDICIAL ELECTIONS TO ECHR

The pre-1998 arrangements provided by Protocol 11 were largely the same as now exist. The main difference seems to be that Protocol 11 ended the requirement that there could not be two judges of the same nationality in the Court. This was intended to resolve the problem of the smaller Member States who had difficulty in finding appropriate candidates to put forward. As a result, of Protocol 11, Liechtenstein was able to put forward for election, the distinguished Swiss jurist, the subject of this Festschrift and to whom this article is respectfully and affectionately dedicated.

The judges are to be elected by majority vote of the Parliamentary Assembly from a list of three candidates put forward by the contracting States. How this system was devised is not clear. Originally, the intention was that both the Parliamentary Assembly and the Committee of Ministers would participate in the election. However, they were to vote separately. Ultimately, the involvement of the Committee of Ministers was dropped and the power of

election was given solely to the Parliamentary Assembly. No provision was made in the Convention for national selection procedures. Presumably, the drafters felt that the different systems existing amongst the signatory States precluded a uniform regulatory system for the choosing of the three names. Perhaps this may be seen as an early affirmation of the margin of appreciation.

The election process developed from this rather loose arrangement in a predictable way. Governments, in ways known only to them, produced individual lists of three candidates. Wishing to ensure the election of their preferred choice, they listed the candidates in order of preference placing their favourite first. It was not uncommon that the list would be completed with two improbable candidates. The attached CVs reflected this rather cavalier approach to the decreed election process. The CVs of the favourite would be extensive whilst the others were, frequently one short page, if even that. This system, in large part, continued right up to the end of the pre-Protocol 11 stage. It is somewhat surprising in the light of much criticism of this development of the election process that the experts who drafted Protocol 11 were not instructed to produce proposals for alternative methods of election or nomination.

However, no new procedure was proposed and it would appear that there was no formal discussion of the election process for the ECHR in the preparation of Protocol 11. This existing *modus operandi* showed little respect for the role of the Parliamentary Assembly and it was hardly surprising that they themselves objected to the continuation of a system that required them to effectively abdicate the responsibility specifically given to them. Parliamentarians recorded that in previous elections, they were told nothing about the candidates. They were simply instructed by their political groupings to vote for a particular candidate. The continuation of such a situation was insupportable to them and the Committee on Legal Affairs of the Parliamentary Assembly decided to try to take back the real power of election. In his memo of 7th July 1997,⁸ Lord Kirkhill, Rapporteur of the Committee on Legal Affairs, set out the new procedure that the Parliamentary Assembly intended to introduce. Central to this plan was the decision to introduce a standard form for the CV and to interview the candidates individually. The Parliamentary Assembly apparently wished to take the window of opportunity provided by the introduction of Protocol 11 to improve its procedures and thereby take up the role accorded to it by both the “old” and “new”

8 AS/JUR(1991)29.

systems fully. In April 1996, it adopted Resolution 1082⁹ which introduced a standard form CV to be completed by all candidates and also undertook to call upon the candidates to participate in a personal interview. The first part of this Resolution seems to have been an effort to end the traditional approach by Government in relation to candidates' CVs as noted above. Henceforth, all CVs would be the same. The second part was somewhat more radical. It was originally proposed that candidates be invited to attend a personal interview to be organized in Strasbourg by a special *ad hoc* Sub-Committee of the Committee on Legal Affairs and Human Rights. There would be a brief opportunity for socializing between candidates and parliamentarians. The interviews would be informal in nature and would enable the members of the *ad hoc* Committee to obtain an idea of the personality of candidates. It was further thought that the candidates' visit to Strasbourg would enable them to meet the Court and Commission members and their permanent representatives. It would give them also the opportunity to obtain an impression of the council of Europe and the city of Strasbourg.

However, it was ultimately decided to hold the interviews in Paris, so much of this rationale was rendered redundant. However the interview process and the standard form CV did, in fact, emerge.

The Parliamentarians set themselves a heavy task. The first election would require that 41 judges be chosen. This would involve 123 interviews. The Assembly proposed four and 1/2 days of interviews. There would be 7 hours of interviewing on each full day and half an hour of deliberations. The day would end with an informal reception to which the candidates would be invited. With the exception of the reception, this proposal was carried into effect. Following the interviews and deliberations the sub-Committee was to draw up a report. Not only was it to take into account the candidates individually, but it was also intended to pursue what was referred to as a "harmonious composition" of the Court. This concept seems to have been inspired by the Krüger article cited above. In it, he suggested that Governments, when submitting their lists, should try to ensure the representation thereon of the different branches of the legal profession e.g. judicial, prosecutorial and general practice. Krüger also recommended that gender balance be taken into account. It was further intended apparently, that the report of the sub-Committee would limit itself to expressing an opinion only on the eligibility of the candidates. It would be left to the Parliamentary Assembly to elect from the list whomever it wished. In fact,

9 Adopted 22 April 1996 (9th sitting).

from the 1998 elections onward, the sub-Committee adopted the practice of recommending one of the candidates. The report was to be submitted to the Committee on Legal Affairs and Human Rights, the bureau of the Assembly and the Assembly's political groups on a confidential basis. If the sub-Committee had serious doubts about any one of the candidates, it would inform the bureau of the Assembly with a view to rejecting the candidature.

The sub-Committee was to consist of a minimum of 5 and a maximum of 11 members containing a fair geographical balance in its membership. This was later changed and the sub-Committee consisted of 14 full and 12 alternate members from 5 different political groupings in 2004.

Annexed to the Kirkhill proposal to the Parliamentary Assembly was a note of the decision by the Committee of Ministers' Deputies to have an informal preliminary examination of the lists submitted and an informal exchange of views that would not bind Governments.

A. The election of 1998

Protocol 11 was ratified by Italy on 31 October 1997. This completed the ratification process. Pursuant to its terms, it was therefore to enter into force on the 1 November 1998. Italy had already signalled its intention and had thereby set in motion, among other things, the election process of the judges to the new Court. As noted above, a detailed analysis of this process was subsequently produced by J.F., Flauss, H.G. Schermer, Lord Kirkhill and Interrights. It is not the purpose of this article to add to these detailed assessments but rather to offer a few observations on the process as it were "from the horse's mouth".

The national Governments responded to the invitation to submit three names with what was broadly their previous approach to elections in Strasbourg. In variation of their previous practice, the UK Government advertised in the public press. The Irish Government advertised among the practising bar (the first time it had ever done so – 10 years practice at the bar being then a requirement for appointment to the superior courts in Ireland). It also circularized the judiciary. By the beginning of November, most of the countries had submitted their lists. Behind this formality lay much personal reflection as potential candidates considered their options. Family and professional considerations bore heavily. Lack of any social protection, notably any pension provision, for the new judicial position precluded many would-be candidates.

Informal consideration of the lists by an ad hoc Committee of the Ministers' Deputies then took place. They had expressed their intention as follows:

It is understood that the results of this exchange of views would neither bind Governments, who would retain the right to present candidates of their choosing, nor interfere with the Parliamentary Assembly's function of electing judges from the lists provided.¹⁰

The Parliamentary Assembly held their interviews on 17th to the 19th December 1997. They had further interviews on the 7th to 9th of January 1998 and on the 6th April 1998. Many apprehensive candidates made their way to the Council of Europe's Paris headquarters on Avenue Kleber not knowing what to expect. It may be surmised that many of the Parliamentarians did not know what to expect either. In the event, what transpired seemed to satisfy the parliamentarians. The Assembly felt the interviews were very helpful in obtaining an insight into the qualities of the candidates. They considered the system should be continued not only for further triennial elections but for casual vacancies as well. The only change recommended was in the standard form CV and amounted to no more than minor "tweaking" of the format relating to professional posts held at the time of application and a change of wording of one heading from "Political activities" to "Public activities". It was also proposed that the CV should contain a confirmation that the candidate would take up permanent residence in Strasbourg if elected. The Parliamentarians worked hard to grasp this opportunity to exercise the power given to them by the Convention and continued by Protocol 11. They had three full days in December and three in January. They met again in April. They worked to ensure that vacancies in their numbers were filled by alternates and they gave themselves much reading of CVs not many of which would have been of Nobel prize winning quality. Whatever the frailties of the system, the Parliamentarians could not be faulted for their commitment to exercise the power of election granted to them.

Yet from the candidates came much criticism of the whole interview system. Among the most frequent, were the questions that were asked. Apparently, they were, in some cases, rather confused and in turn confusing. In other cases, there was little apparent understanding of the answers given. Probably the deepest criticism was of the entire interview system. It was appreciated that the inspiration for the interviews may have been the confirmation hearings by the US Senate Judiciary Committee of presidential nominees to the US Supreme Court. Nonetheless, the differences between the two situations were enormous. In the US Senate, the Judiciary Committee when deliberating on such presidential nominees almost always deals

10 CM/DEL/DEC/ACt(96)547/1.3.

with just one person. The public hearing at which the nominee appears may last many days, weeks or even months. The investigation of the individual is at least capable of being deep and complex. By comparison, the Parliamentarians of the Council of Europe are given a near-impossible task. Because of the number of candidates they are required to interview, they only have 15 minutes for each one. To describe such an interview for such a post as inadequate must surely be an understatement.

Yet on a number of occasions, the Committee has recommended candidates other than those preferred by the Governments. In 1998, the Committee, following such an interview, recommended the third on the UK list which had been set out in order of preference. This list had been constructed following an elaborate and highly transparent public competition in the UK. Public advertising had been followed by shortlisting and interviews by a highly qualified and clearly independent panel. The panel had produced a list of three in order of qualification. This appeared to be a model system, and yet its results were overturned following 15 minute interviews and subsequent deliberations conducted behind closed doors and with no explanation for the decision. In an organisation dedicated to human rights, this seemed a rather odd situation. The fact that the Parliamentary Assembly subsequently reversed the Committee's recommendation when voting also did nothing for the credibility of the Committee's interview system.

B. Post Election 1998

By virtue of transitional provisions in Article 23, out of those judges elected in 1998, one half of them were given a three year term. The judges in question were chosen by lot. As a result, one half of the Court was the subject of the second round of elections under the "new arrangements".

Following the 1998 elections, as noted above, the Parliamentary Assembly expressed itself as satisfied that the interviews should continue and had no recommendation for change in that regard. Lord Kirkhill, reporting as Chair of the special *ad hoc* Committee and Rapporteur of the Committee on Legal Affairs and Human Rights observed "whilst an interview which lasts only fifteen minutes is not ideal for possible appointment to such an important position – critics should keep in mind that the sub-Committee interviewed 120 candidates¹¹ – holding the interviews had at least the merit of a measure of democratic transparency and was a considerable improve-

11 Only 40 lists were considered due to the tragic death of one of the Russian candidates.

ment upon the Assembly's appointments procedure from that which had previously obtained relative to the part-time Commission and part-time Court".¹² It would be difficult to disagree with these observations in respect of the transparency of the system. It is also difficult to avoid asking, however, why there was no proposal forthcoming to deal with this "less than ideal situation". As noted above, the only change made was minor "tweaking" of the standard CV form.

Lord Kirkhill also proposed a 12 month timetable for the 2001 election. He raised questions over Article 23 § 7 which provided that judges shall continue to hold office until they are replaced. This observation seemed to create some confusion at a later stage when judges of a certain age were asked by the *ad hoc* Committee during the 2001 interviews to confirm they would leave the Court as soon as they reached their seventieth birthday. It did not appear to be appreciated that this convention provision was of considerable importance to a heavily overburdened court that could not afford to be without a judge from any country for even the shortest period of time by the Parliamentarians. Such a Court must take seriously the duty of each judge to remain in office until replaced as is explicitly provided by Article 23 § 7.

Lord Kirkhill further criticised the domestic arrangements for preparing the list of candidates. He noted that whereas most countries had very strict rules regarding the appointment of national judges, some had none at all in regard to the list of candidates for election to the Court of Human Rights. Rather oddly, he went on to note that only in Slovenia were the three candidates elected by Parliament. This was a strange observation coming from a British quarter bearing in mind that such parliamentary involvement has never been a part of the British method of choosing their judiciary. The observation also sat rather oddly with the action of the *ad hoc* Committee and then the Parliamentary Assembly in relation to the British list in 1998.

As a result of these and other criticisms, the Parliamentary Assembly on 24 September 1999 adopted Resolution 1429 of 1999 recommending that the Committee of Ministers invite the Governments when drawing up their lists to:

- ▶ advertise in the public press;
- ▶ ensure candidates have experience in the field of human rights either as practitioners or as activists in NGO's working in this area;
- ▶ select candidates of both sexes in every case;

12 Parliamentary Assembly Document 8460, 9 July 1999.

- ▶ confirm linguistic qualifications;
- ▶ put names in alphabetical order.

There were two particular responses to this proposal. The Court, in an opinion adopted on 6 March 2000, welcomed the Parliamentary Assembly's concern and expressed the need for continuity in the personnel of the Court particularly in light of the judges chosen for a three-year term. It confined itself to one other comment. It expressed the fear that Recommendation 1429 might be read as suggesting that experience as a human rights practitioner or activist was essential. It noted that the judges' role was in fact to arbitrate between Government and applicants and frequently to find the proper balance between the community interest and that of the individual. This being so, it expressed the view that judicial or other experience of "striking the balance" was the most valuable for a judge of the ECHR.

The Committee of Ministers noted this response by the Court.¹³ It also expressed the view that national procedures were for national Governments although they agreed that transparency and fairness should characterise the proceedings. With regard to the specific proposals mentioned above, whilst agreeing about gender balance, they expressed the view that these issues were essentially matters for the domestic authorities. The Committee of Ministers was prepared to acknowledge the "good intentions" of the report but were not prepared to implement any of it. So, little or nothing was to change for the 2001 elections. In the light of the above criticism of the system, at least one eyebrow should be raised that no proposals were made to amend either system of checking the lists by the Committee of Ministers or the interview system by the Parliamentary Assembly.

C. 2001 elections

The 2001 elections were probably dominated by a strong sense that the sitting judges who had drawn a three year term should be re-elected. The opinion of the Court referred to above, emphasised this. It reasoned that the effectiveness and independence of the Court should not be weakened and that care should be taken to allow it to accumulate judicial experience. Operational efficiency demanded that judges be given time to acquire the skills required to perform their functions. The Court should then have the benefit of these acquired skills. Moreover, short terms of office endangered

13 Doc. 8835 10/10/00.

judicial independence. All the States save for two, complied with this apparent consensus. The first of the two exceptions was Austria. As noted by Flauss in his analysis of the 2001 election, Judge Willi Fuhrmann “qui a été ‘victime’ du changement de majorité gouvernementale intervenue en 1999 . . .” was not put forward as a candidate by his Government notwithstanding that he had been elected by his colleagues in 1998 as Vice-President of his section. Judge Tudor Pantiru was included on the initial Moldovan list submitted on 28th March 2001, but withdrawn eight days later on the 5th April by the newly installed Government. The Committee of Ministers made a brief attempt to retain the original Moldovan list. Save for this timid effort by the Committee of Ministers and despite the vigorous representations of the President of the Court, no effective action was taken to defend these two sitting international judges from an openly political move that resulted in the removal of two jurists held in high regard by their colleagues.

Despite the Parliamentary Assembly’s hopes cited above, the domestic arrangements for choosing candidates remained broadly the same and are described by other commentators cited above. Notably, no serious effort had been made to ensure an improvement in gender balance. Candidates were again interviewed in Paris. In the light of the fact that almost half the judges of the Court were candidates and thereby resident in Strasbourg, this seemed a rather curious and very expensive inconvenience. There seemed to be somewhat less criticism among judges of either the system or the actual interviews themselves. Other than a demand that each of those candidates who would reach 70 years before their term expired give a promise to depart on reaching their seventieth birthday, no dramatic difference appeared in the interviews themselves. In this light however, it was a surprising, if not welcome, result that in choosing from the Spanish list, the Committee recommended the highly regarded and much liked sitting judge Antonio Pastor Ridruejo even though he would only be able to serve one and a half years of his six year term.

D. The 2004 elections

The second partial renewal of the Court took place during 2004. True to the 12 month schedule recommended by the Parliamentary Assembly, letters were sent by the Directorate General of Human Rights in October 2003 calling for Governments to prepare lists of candidates. These letters had attached thereto documents that set out all the various recommendations of Parliamentary Assembly, ECHR and the Committee of Ministers as noted above. Preliminary lists were to be submitted by 30th January to the Secretariat.

Bearing in mind the controversy during the 2001 elections over the submission and almost immediate withdrawal of the Moldovan list, the reference to “preliminary lists” seemed curious. Was the Committee of Ministers in their document of 3rd February 2004¹⁴ now formally accepting that submitted lists could be withdrawn? How preliminary was a “preliminary list”? Was the Committee indicating that Governments could put forward “trial lists” to see what the reaction would be? The optimistic possibility was that the Committee of Ministers might perhaps exercise some kind of critical role in future elections and actually indicate to Governments that certain preliminary lists that were submitted would be unacceptable in the hope that the preliminary list might then be changed in some way. On the pessimistic side and in the light of the events of 2001, this seemed like a triumph of hope over experience.

The recommendations made by the Parliamentary Assembly in 2001 to the Member States in connection with their preparation of candidate lists were different in 2004 in a few interesting ways. Amongst these recommendations was one regarding the national procedures for selecting candidates. The Parliamentary Assembly in their recommendation of 30th January 2004¹⁵ to the member States suggested:

- ▶ a call for candidatures should be made through the specialised press;
- ▶ candidates should have experience in the field of human rights;
- ▶ every list should contain candidates of both sexes;
- ▶ candidates should have a sufficient knowledge of at least one of the two official languages;
- ▶ names should be placed in alphabetic order;
- ▶ as far as possible no candidate should be submitted whose election might result in the necessity to appoint an *ad hoc* judge.

In this same recommendation, the Parliamentary Assembly also called for an amendment to the Convention requiring each list contain at least one candidate of each sex.

According to the election Sub-Committee’s report of 26 April 2004, only nine countries followed the first recommendation.¹⁶ The second recommendation appeared to have reflected the Court’s concern (referred to above)

14 CM(2004)25.

15 1649(2004).

16 AS/JUR/CDH(2004)4.

in regard to erecting “human rights activism” as a criterion for candidates. The Court’s concerns seem to have been met by this new formulation.

The third was followed by all but two countries. Slovakia and Malta submitted lists that consisted only of men. These two lists were rejected and the Member States in question were asked to submit new lists. Slovakia ultimately did so but Malta to date has declined to submit a new list. Subsequent to the above report, in order to replace judge Egils Levits who had been appointed as judge of the European Court of Justice in Luxembourg, Latvia submitted a list that consisted only of women. This list also was rejected.

There have been proposals that this recommendation be amended as a direct result of the Latvian rejection.¹⁷ The proposed amendment calls for an amendment of Resolution 1366 (2004) to provide that single sex lists of the under-represented sex on the Court may be permissible. As a result, a list that contains candidates only of the gender most represented on the Court, i.e., an all-male list, should be rejected. All-female lists such as Latvia’s would be accepted. Currently just 12 of the 44 judges in office are women. Under-representation will be defined as below 40% as per Recommendation (2003) 3 of the Committee of Ministers.

The third recommendation refers to the Court’s concern that the Parliamentary Assembly pay particular attention to the linguistic abilities of candidates. This attention has been reflected in the sub-Committee’s report (2004) referred to above where it confirms that almost all the candidates speak at least one of the official languages.

Recommendation five was not followed by any Member State. The Parliamentary Assembly, however, simply took the course of placing all the candidates in alphabetical order in the documents it used and it interviewed them in that order. It seems obvious that Governments will still find it relatively easy to indicate their preference. Only they and the parliamentarians know the extent and effectiveness of this practice.

Recommendation six reflected the problems that had been experienced by the Court where former Government agents had been elected. Where this was so, the judges in question were not able to participate in many if not all of the cases against their country for some considerable time after their election because of their involvement at domestic level in preparing the defence for the Government. This required the appointment by the Government in question of an *ad hoc* judge in many cases thereby involving additional expense for the Court. Further, the Parliamentary Assembly has expressed

17 Doc. 10454 of 8 February 2005.

their doubts about the method of appointing *ad hoc* judges. These are appointed by the Governments when the national judge cannot sit. By the time of the appointment by the Government, the issues in a case would normally be clarified. The perception of impartiality therefore is likely to be adversely affected. The presence of such a recommendation was therefore not such a surprise. The power of the Government to nominate the judge in the course of the proceedings to which they were a party inevitably raised questions.

In the case of two lists, however, this recommendation was not followed. The fact that two Member States had in fact included the Government agent was noted in the above report. It was therefore very surprising to find that, in fact, both agents were recommended for election by the sub-Committee. The first of these was the agent for the Government of Estonia, Ms Hion, and the second was the Lithuanian agent, Mrs Jočiene. The first was recommended instead of the sitting judge for Estonia, Mr Maruste. This was itself a major surprise since he was the sitting judge (who had refused appointment by his Government to his country's post as judge of the European Court of Justice in Luxembourg) and who had been preferred by the Parliamentary Assembly over Ms Hion in 1998. Moreover, all three candidates on the list had been described as being of a very high standard. The recommendation of the *ad hoc* Committee was therefore more than surprising. Flauss in his 2005 article cited above wrote:

La Commission d'audition n'avait pas recommandé son nom et avait porté son choix sur Mme Hion, agent du gouvernement estonien devant la Cour. Or, tout un chacun aura bien compris que ce choix n'a pas été fondamentalement motivé, par la volonté de favoriser une meilleure représentation féminine au sein de la Cour, qu'il n'était nullement dicté par la compétence moindre de M. Maruste (préféré en 1998 à Mme Hion), mais qu'il était la conséquence d'une action de lobbying diligentée par la délégation russe à l'Assemblée Parlementaire, et également selon toute vraisemblance, par le très bouillant agent du gouvernement russe auprès de la Cour. En l'occurrence, il s'agissait en particulier de faire payer au juge estonien les propos, peut-être abrupts mais parfaitement justifiés en substance, qu'il avait exprimés dans son opinion dissidente dans l'affaire *Slivenko et autres* (arrêt du 9 octobre 2003).

One must hope this is not true as a portent for the future as that would be too grim to contemplate.

In fact subsequently, Mr Maruste was elected by the Parliamentary Assembly. Mrs Jočiene was elected and has joined the Court as a most welcome new colleague. She replaced Judge Kuris who had been appointed as his country's judge in Luxembourg.

The interviews for the 2004 renewal of the Court took place in Paris on the 8th and 22nd March and on the 5th April. 57 candidates were presented on 19 lists. The candidates on the Maltese and Slovakian lists were not interviewed. It seemed clear that the Parliamentarians involved had gone to considerable lengths to make the interviews more meaningful. Questions were more searching and deep in character than had been the case in the author's previous experience. The proceedings were conducted with great courtesy and decorum. Nonetheless, candidates must have had a strong sense of having barely the opportunity to introduce themselves before the interview was over. One could not fail to wonder how would fare a person of reserved, shy or nervous demeanour deprived of the opportunity to "settle-in" which a more lengthy interview might provide. There had to be a sense of the enormous, indeed, unmanageable task the sub-Committee had been set and surely too, an appreciation of the enthusiasm with which they set about their Herculean endeavour. Nonetheless, where a list had been constructed domestically with any kind of appropriate effort, it seemed highly improbable that a 15 minute interview could justify setting aside a candidate who had clearly been preferred by his/her domestic body.

In his report on the 2004 election,¹⁸ sub-Committee Chair Kevin McNamara noted the candidates were interviewed in an alphabetical order. He also noted that it was the impression of the Committee that in a few cases a woman was placed on the list only to fulfil the gender criteria. It hoped, he went on "... that in future, only eligible women would be put on the list". This comment appears to indicate that lists containing persons who were not considered eligible were actually accepted by the Committee itself.

The report praised the openness and transparency of the national selection procedure in Belgium, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, Ireland, Netherlands, Poland and the United Kingdom. Those countries had followed the recommendations, the others had not.

It further graded the lists into two categories of "capable" and "of a very high standard". What criteria were used in this grading process was not revealed. Naturally such descriptions raised many eyebrows. The sub-Committee seems to have been responding to criticism that their recommendations were not reasoned. It is hard not to observe that the reasoning given very much followed a mantra like pattern and really revealed nothing at all. The fact that some judges considered by their colleagues to be of outstanding ability were graded as just "capable" and not "of a very high standard" robbed the distinction of any credibility among the judges of the Court.

18 AS/JUR/CDH(2004)4, 26/4/2004.

3 SOME CRITICAL OBSERVATIONS

After the original election in 1998 and two renewals in 2001 and 2004, it may be time for some critical analysis by the Parliamentary Assembly, the Committee of Ministers, some “outside” commentators and perhaps, by one of the judges.

As one of the latter, I would start with the domestic arrangements for choosing the list of three. The Convention only provides that Governments submit a list of three names. It is silent as to how the Governments should choose these. The three person list is a rather unusual system and one which creates some problems for the domestic authorities notably in the smaller countries. In some of the latter, historically, they have found it difficult to find even one candidate; one can imagine how much more difficult it would be to find three qualified candidates as they are constantly reminded they must do. Liechtenstein and San Marino have, at times, needed to look beyond their borders for their judge. Moreover, there has been clear anecdotal evidence from a number of countries of a strong reluctance on the part of likely candidates to “challenge” the sitting judge. Such difficulties are predictable and may result in Governments not having the full range of choice available to them. This range of choice is essential if the three person list system is to operate as it was intended. This list system is in contrast to the arrangement that exists for the European Court of Justice. In that case, Governments nominate a single candidate who is then appointed by the “common accord” of the Member States of the European Union.

It seems clear from the results of the three elections to date that the Governments’ choice among the three candidates have almost always been elected. This must raise questions over the value of retaining these three person lists. How real is the “choice”? How much benefit is derived therefrom? Is it worth the accompanying and other (see later) problems outlined above?

The Interrights report (cited above) outlines the nomination systems for a number of international courts. It seems to favour the system established by the Rome statute of the International Criminal Court. Candidates in that case should have either:

- a) criminal law competence and experience as a practitioner i.e. judge, advocate, etc. . .
- b) competence in relevant areas of international law and extensive experience in a professional legal capacity of relevance to the judicial work of the Court.

Candidates are placed on one of two lists which are used ultimately in the voting process. Whilst provision exists at a later stage for ensuring gender balance, no quotas were provided.

The specification of skills required does indeed set a certain standard and type of expertise required. The Convention merely requires that judges of the ECHR be of “high moral character” and “either possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurisconsults of recognised competence”. The Rome statute specifies other factors to be taken into account e.g., the breadth of legal experience relevant to the work of the Court and gender representation. The nomination of the candidate is required to be accompanied by a statement specifying how the candidate fulfils the requirements for judicial appointment.

The actual choosing of the candidate is, however, a matter for the Governments who may use either the ICJ system or the procedure they follow for selecting judges for their highest courts. In the ICJ system, Governments do not propose directly. Candidates are nominated by national groups of the Permanent Court of Arbitration or national groups formed in a similar fashion. Perhaps the most interesting feature and most readily transferable to the ECHR’s election system is the recommendation that each national group consult with a broad range of legal opinion including its highest court together with legal practitioners and the legal academic world. It is possible to see this part of the ICC system, for choosing at the national level, (insofar as it can be described as national) as suitable for adoption in choosing candidates for election in Strasbourg. Such an arrangement might be just as easily utilised for a three person list or a single candidate system. As it stands, other than the above recommendation concerning consultation with high national legal bodies and the statement of compliance, the ICC system for nominating candidates would seem to have little to offer to the Strasbourg system.

It seems obvious that if there is to be some standard set for national authorities as to how they choose their candidates, then it should be agreed at international level. Thus the Parliamentary Assembly together with the Committee of Ministers might agree on a kind of template for all Member States. Perhaps a Committee could be formed of the highest legal bodies, judicial, practising and academic in each State which would itself require the approval of the Committee of Ministers. Such Committee would have the power to accept or reject the proposed list of the Government. In the event no proper Committee was formed in accordance with the template or was not consulted or did not agree with the list, the list would then be rejected. Should the political will exist, this could be implemented without Convention change. The Parliamentary Assembly’s Resolution to reject lists for reason of gender imbalance was hardly more or less radical.

In relation to the election process at international level, attention inevitably turns to the Parliamentary Assembly and to the role of the *ad hoc* Committee. As is clear from all cited reports, this Committee does have a very useful role to play. It can, just by its very existence, make Governments pause before proposing unsuitable people. But that existential hurdle is likely to lose its influence if it is perceived as not working. It will always have difficulty outside the Parliamentary Assembly's own walls, in being taken seriously as long as it is attempting the impossible which is exactly what it is doing in its present arrangements. It cannot be seriously argued that the reading of a fairly prosaic and formulaic CV together with a fifteen minute interview can form an appropriate basis for assessing the relative merits of three persons who, hopefully, are chosen from the top of the legal structure of the relevant country. In the first place, the ability of a Committee drawn from such different systems and cultures to make any such assessment between the three before them from one particular country is highly doubtful in itself. To attempt to make this distinction on the basis of such a fifteen minute interview simply stretches credulity beyond breaking point. So what should be done? The Parliamentarians, notably Lord Kirkhill and Kevin McNamara MP (both now retired), struggled very hard to give some meaning to the power of election given to the Parliamentary Assembly by the Convention. No doubt they had many hurdles to overcome in achieving as much as they did. They are, however, only half way there at this stage. If the Parliamentarians really want to maximize their role and their credibility in the election process, it would seem they must find a way of making their role more effective and more real to the informed observer. It is true that if Protocol 14 is ratified as expected, non-renewable terms of nine years will be introduced. Judges elected to fill casual vacancies will be elected to a full term rather than until the end of the previous judge's term. Gradually, therefore, the elections will become more staggered. No longer will half the Court be re-elected every three years. Nonetheless, for a long time to come, elections of large numbers of judges at the same session will continue. Thus, the problem of trying to interview too many candidates will continue also. It would seem that there are only two ways in which this situation could be remedied. The first requires no Convention change, the second would. Firstly, the sub-Committee could be given power by the Parliamentary Assembly to decide that it could choose which lists would be interviewed and which would not. Such a choosing between lists is surely no more or less invidious than rejecting some lists or changing an expressed order of preference in other lists. Those that seemed to satisfy all the recommendations of the Assembly in their national selection process might be simply referred on to the Assembly with or without a recommendation.

Others would be interviewed. If the great majority of lists were passed without interview, this would free up the Committee's schedule so as to enable it to conduct truly in-depth study of the lists it did, in fact, interview and which it had picked for good reason. For a start, this would make the Parliamentarians' task a far more rewarding and interesting one than it is at present. Further, it would greatly augment the ability of the Committee to assist the Parliamentary Assembly in exercising a careful watchdog role.

The second way, requiring amendment of the Convention, would be the abolition of the three person list. As noted above, there is much anecdotal evidence of the reluctance among likely candidates to "challenge" the sitting judge. There exists also and connected with this the simple difficulty of finding three appropriate candidates notably in the smaller countries. There must be very good reason to consider the benefits of the States nominating one person for election by the Parliamentary Assembly. If added to this, the Committee then decided which nominees to interview and which not, the time and other resources necessary for a real evaluation of the candidates would be greatly enhanced.

There does seem to be a very important role for the Parliamentary Assembly and its *ad hoc* Committee to play in the election of judges. As it operates now, that role is greatly diminished by its *modus operandi*. This is further compounded by the Convention requirement that it choose from a list of three. Most informed observers regard Protocol 14, now in the process of ratification, as only the first step in the process of reorganisation of the Strasbourg supervisory structure. Far more radical change will be needed in the future if that structure is to meet the challenge created by its spectacular success to date. In organisational terms, the Court performs miracles on a daily basis to cope with its colossal caseload but it can only do so much and no more. Much change will be needed to the Convention in the future to enable it to fulfil its historic role. Perhaps among the matters to be considered in further structural change, the election system for the judges of the Court should find a place.

L'APPLICATION AUX CONFLITS ARMÉS NON
INTERNATIONAUX DU DEUXIÈME PROTOCOLE RELATIF
À LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1954 POUR LA
PROTECTION DES BIENS CULTURELS EN CAS DE
CONFLIT ARMÉ

*Charles-Edouard Held**

L'idée que les biens culturels puissent faire l'objet d'une protection en cas de conflit armé est fort ancienne. Certes, dès les temps les plus reculés et jusqu'à un passé récent, la destruction de l'adversaire et l'appropriation de ses biens étaient reconnues comme relevant d'une pratique légitime. Dans l'Antiquité déjà, cependant, il arrivait que les lieux de culte fussent expressément respectés lorsqu'une ville ou un pays étaient mis à sac. Ce n'est guère qu'au XIX^e siècle, néanmoins, que l'on a commencé à se préoccuper vraiment du sort des biens culturels en cas de guerre – et ce dans un sens englobant non seulement les objets religieux, mais aussi les œuvres d'art et l'ensemble de ce qui peut constituer le patrimoine culturel d'un peuple. C'est ainsi qu'un certain nombre de dispositions de caractère très général furent introduites dans les premiers textes réglementant le droit de la guerre, aux fins d'assurer un minimum de protection à de tels biens¹.

* Docteur en droit, ambassadeur de Suisse en République Arabe d'Egypte, chef de la délégation suisse à la Conférence diplomatique de 1999 sur le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et président du Comité de rédaction de cette conférence. Les vues exprimées ici sont personnelles et ne reflètent pas nécessairement celles du Département fédéral suisse des affaires étrangères.

1 Cf. p. ex. les "Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field" ou Code Liber, la Déclaration de Bruxelles concernant les lois et coutumes de la guerre ainsi que les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, in : D. Schindler, J. Toman, *Droit des conflits armés. Recueil des conventions, résolutions et autres documents* (Genève, CICR/Institut Henry-Dunant, 1996), pp. 3 ss. et 25 ss.

Après la seconde guerre mondiale, cette évolution connut un premier aboutissement, important, avec la codification spécifique apportée par la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé².

Cela dit, la protection du patrimoine culturel est essentiellement restée jusqu'ici un domaine sinon mineur, du moins très particulier du droit international humanitaire, la protection de la vie et de la dignité de l'être humain représentant sans conteste l'objet central du droit des conflits armés. Force est de constater toutefois que certains développements récents tendent à conférer une signification et une actualité nouvelles à la protection des biens culturels. Ces dernières années en effet, la plupart des hostilités armées ont eu pour toile de fond des conflits interethniques où l'enjeu culturel est apparu souvent comme primordial. On citera pour exemple les guerres qui ont ravagé ou ravagent encore des pays comme l'ancienne Yougoslavie, le Rwanda, le Burundi, le Soudan, la Côte d'Ivoire ou certains Etats du Caucase. Par ailleurs, l'idée d'une « guerre des civilisations » a même été évoquée, notamment en lien avec certains mouvements terroristes. Une autre caractéristique de ces conflits réside dans le fait que, généralement, ils n'opposent pas des Etats, mais des factions, des « ethnies » précisément, c'est-à-dire des approches culturelles distinctes au sein d'un même Etat. En d'autres termes, dans la mesure où les biens culturels, en tant que supports des valeurs et de l'identité de l'adversaire, tendent à devenir l'enjeu même du conflit, leur protection par le droit international humanitaire devient elle-même plus nécessaire que jamais. De plus, il est impératif que le droit de la guerre, conçu en premier lieu pour faire face aux conflits entre Etats, soit mis en mesure d'assurer une telle protection de manière efficace également dans le cadre intra-étatique, autrement dit en cas de conflit armé non international.

Dans son évolution récente, le droit international humanitaire tient compte de ces préoccupations. C'est le cas entre autres des statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda³ et du Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁴. Mais le véritable siège de la matière se trouve, on l'a vu, dans la Convention de La Haye de 1954. Or cet instrument, dont la mise en œuvre n'a pas répondu à toutes les attentes, a été complété par l'adoption à La Haye en 1999 d'un protocole prenant précisément en considération les développements évoqués plus haut et inti-

2 *Ibid.*, pp. 1047 et ss.

3 S/RES/827 (1993) et S/RES/955 (1994).

4 A/CONF.183/9, du 17 juillet 1998.

tulé Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé⁵. L'un des principaux apports de ce protocole réside dans le fait qu'il étend aux conflits non internationaux, beaucoup mieux que ne le fait la Convention de 1954, la protection des biens culturels. La portée de cette extension ayant donné lieu à quelques divergences de vue lors de l'adoption du texte, comme ultérieurement dans la doctrine, il n'est peut-être pas inutile d'y revenir ici, alors que Le Protocole a fêté le deuxième anniversaire de son entrée en vigueur⁶.

1 LA SITUATION ANTÉRIEURE AU DEUXIÈME PROTOCOLE

Adopté à La Haye le 26 mars 1999 au terme d'une conférence diplomatique réunie à l'invitation du Gouvernement néerlandais et de l'UNESCO, le Deuxième Protocole constitue, ensemble avec la Convention de 1954 qu'il complète, le corps de règles le plus récent et le plus complet régissant la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

Parmi les instruments qui, par ailleurs, contribuent à régler la question, il faut mentionner l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949⁷ ainsi qu'un certain nombre de dispositions contenues dans les deux Protocoles de 1977 additionnels aux dites Conventions⁸, dans le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁹ et dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹⁰. Alors que l'article 3 commun et les Protocoles additionnels énoncent avant tout, de façon très générale, le principe selon lequel les biens culturels doivent être respectés, y compris en cas de conflit armé non international, les dispositions plus récentes contenues dans les statuts des différents tribunaux pénaux définissent plus précisément la notion de biens culturels ainsi que les obligations relatives à leur protection, et renforcent cette dernière essentiellement par l'adoption de normes pénales détaillées. A titre subsidiaire, enfin, s'applique la coutume internationale, telle qu'elle résulte d'une ample pratique des Etats reflétée en particulier dans l'étude consacrée par le Comité international de la

5 UNESCO Doc.HC/1999/7.

6 Le Deuxième Protocole est entré en vigueur le 9 mars 2004.

7 ICRC, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, 13th ed. (Genève, CICR/FICR, 1994), pp. 23 ss.

8 Cf. les art. 53 et 85, par. 4, litt. d du Protocole I et l'art. 16 du Protocole II, *ibid.*, pp. 198 ss.

9 Cf. not. l'art. 3(d) du Statut du TPIY.

10 Cf. les art. 8(2)(b)(ix) et 8(2)(e)(iv) du Statut de la CPI.

Croix-Rouge au droit international humanitaire coutumier¹¹. La coutume reconnaît en effet clairement le principe selon lequel les biens culturels sont protégés en cas de conflit armé, y compris lorsqu'un tel conflit ne revêt pas un caractère international, quand bien même la règle a fait l'objet, dans les faits, d'innombrables violations.

La Convention de La Haye de 1954, en ce qui la concerne, constitue comme on l'a dit la véritable codification du droit spécifiquement afférent à la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Sur le point particulier qui nous intéresse ici, c'est-à-dire la mise en œuvre de cette protection en cas de conflit armé non international, elle contient un article 19 qui, sous le titre « Conflits de caractère non international », dit ceci :

1. En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et survenant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions de la présente Convention qui ont trait au respect des biens culturels.
2. Les parties au conflit s'efforceront de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.
3. L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture peut offrir ses services aux parties au conflit.
4. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit.

Il ressort du paragraphe 1 que l'article 19 limite les obligations des parties à un conflit armé non international dans la mesure où il leur demande d'appliquer « au moins les dispositions de la (. . .) Convention qui ont trait au respect des biens culturels ». Mais quelles sont les dispositions qui concernent le « respect des biens culturels », auxquelles il y a lieu de se conformer dans tous les cas, et quelles sont les autres ? A ce propos, les avis divergent¹². Quelle que soit la réponse à la question, il faut bien reconnaître que l'article 19 pêche par son libellé restrictif et, dans le meilleur des cas, par son

11 Cf. J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), en particulier le chap. 12 (*Cultural Property*), le commentaire à la règle 38 (vol. I) et la pratique y relative (vol. II, chap. 12, section A).

12 Selon T. Desch, la Convention prévoit en la matière un système à deux vitesses, selon lequel les parties au conflit sont tenues d'appliquer les dispositions considérées comme un standard minimum en droit international coutumier et, pour le surplus, sont encouragées à recourir à des accords spéciaux, en vertu du paragraphe 2, en vue de mettre en œuvre les autres dispositions de la Convention. Cf. "The Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", 2 *YIHL*, 1999, 83, n. 125. En revanche, pour J. Toman, les termes du paragraphe 1 ne doivent pas être interprétés restrictivement comme se référant exclusivement à l'article 4 de la Convention, mais couvrent l'ensemble du

imprécision. Le besoin s'est donc fait sentir d'y remédier et, compte tenu en particulier de l'expérience des dernières décennies, de définir largement le champ d'application du Deuxième Protocole en matière de conflit armé non international.

2 L'APPORT DU DEUXIÈME PROTOCOLE

Le Deuxième Protocole contient deux dispositions qui ont trait à son application aux conflits armés de caractère non international. Tout d'abord, l'article 3 intitulé « Champ d'application » prévoit à son paragraphe 1 qu'« (o)utre les dispositions qui s'appliquent en temps de paix, le (. . .) Protocole est appliqué dans les situations visées (. . .) à l'article 22, paragraphe 1 ». Cette dernière disposition constitue quant à elle le siège de la matière. Correspondant à elle seule à un chapitre 5 intitulé « Protection des biens culturels en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international », elle se lit comme il suit :

Article 22 Conflits armés de caractère non international

1. Le présent Protocole est applicable en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Parties.
2. Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues.
3. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un Etat ou à la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'Etat ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'Etat par tous les moyens légitimes.
4. Aucune disposition du présent Protocole ne porte atteinte à la priorité de juridiction d'une Partie sur le territoire de laquelle se produit un conflit armé ne présentant pas un caractère international en ce qui concerne les violations visées à l'article 15.
5. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée comme une justification d'une intervention directe ou indirecte, pour quelque raison que

champ d'application matériel de l'article 19. Cf. *La protection des biens culturels en cas de conflit armé : Commentaire de la Convention et du Protocole de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ainsi que d'autres instruments de droit international relatifs à cette protection* (Paris, UNESCO, 1994), pp. 235-238, et « La protection des biens culturels en cas de conflit armé non international », in : W. Haller, A. Kölz, G. Müller, D. Thürer, *Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag* (Basel/Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989), pp. 317-328.

- ce soit, dans le conflit armé ou dans les affaires intérieures ou extérieures de la Partie sur le territoire de laquelle ce conflit se produit.
6. L'application du présent Protocole à la situation mentionnée au paragraphe 1 n'aura pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit.
 7. L'UNESCO peut offrir ses services aux parties au conflit.

D'emblée, le paragraphe 1 fait apparaître que la protection instituée par le Protocole s'étend aux conflits non internationaux aussi bien qu'internationaux, pour autant, bien entendu, qu'ils surgissent sur le territoire d'un Etat Partie au Protocole¹³. Le libellé de cette disposition ne laisse aucune place au doute suscité par le texte de l'article 19 de la Convention de 1954. Certes, les paragraphes suivants de l'article 22 contiennent un certain nombre de précisions concernant a) le niveau d'intensité que doit présenter un trouble intérieur pour pouvoir être qualifié de conflit armé, b) le caractère prioritaire que revêt la juridiction pénale de l'Etat Partie en cause et c) le fait que le Protocole ne peut pas être invoqué pour fonder une intervention dans les affaires intérieures de ce dernier ni pour conférer un statut juridique quelconque aux parties (notamment non étatiques) au conflit. Il s'agit là, toutefois, de cauteles que l'on peut qualifier de politiques dans la mesure où elles doivent faciliter la ratification du Protocole par le plus grand nombre d'Etats possible et qui sont habituelles dans les instruments relatifs aux conflits armés non internationaux¹⁴.

Aux termes de l'article 22, la règle est donc générale et bien établie. L'ensemble des dispositions du Deuxième Protocole est applicable aux situations de conflit armé non international, de manière automatique et sans qu'un accord supplémentaire ad hoc soit nécessaire entre les parties. Il y a là une extension bienvenue de la codification du droit coutumier effectuée par la Convention de 1954, extension qui constitue l'une des principales avancées attribuables au Protocole. Et pourtant, si le principe de la protection des biens culturels en cas de conflit armé est acquis, sa portée exacte a donné lieu à discussion lors de l'adoption de l'article 22 par la Conférence diplomatique de 1999 et, ultérieurement, dans la doctrine.

13 A noter que l'application du Protocole dans les relations entre Etats Parties et non Parties est régie par l'article 3, paragraphe 2. Selon ce dernier, les Etats Parties restent liés au Protocole dans leurs relations avec un Etat qui n'y est pas lié, si celui-ci en accepte les dispositions et aussi longtemps qu'il les applique.

14 Voir not. l'art. 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, l'art. 1er, par. 2, et l'art. 3 du Protocole additionnel II à ces Conventions, ainsi que les art. 8(2)(f) et 8(3) du Statut de la CPI.

3 LA PROTECTION DES BIENS CULTURELS EN CAS DE CONFLIT ARMÉ NON INTERNATIONAL : PORTÉE DU PRINCIPE

A. *Les discussions au sein de la Conférence diplomatique – Interprétations littérale et téléologique*

Tout au long de la Conférence diplomatique de 1999, la nécessité de prévoir l'applicabilité du Deuxième Protocole aux cas de conflit armé non international a fait l'objet d'un assez large accord. Lors de la séance plénière finale cependant, le texte de l'article 22, tel qu'il était soumis à adoption par la Conférence, a suscité un débat sur la signification concrète, du point de vue juridique, d'une application du Protocole à des conflits armés intra-étatiques. La question a porté pour l'essentiel sur le point de savoir quels seraient exactement les sujets des droits et obligations découlant d'une telle application. Cette question pouvait sembler se poser dans la mesure où le Protocole se réfère dans ses dispositions d'une part aux « Parties », qui sont les Etats ayant ratifié le Protocole ou y ayant adhéré, et d'autre part aux « parties au conflit », expression qui recouvre en cas de conflit interne un Etat Partie au Protocole aussi bien que les forces armées qui lui sont opposées dans le cadre national : était-il clair que des parties au conflit qui ne sont pas simultanément des Etats Parties au Protocole peuvent être susceptibles de droits et surtout d'obligations au titre de ce dernier, en particulier sur le plan pénal ?

Si l'on adoptait une lecture (faussement) littérale du Protocole, on pourrait arriver à la conclusion (erronée) suivante : le Protocole s'appliquant exclusivement aux « Parties », c'est-à-dire aux Etats contractants, il ne peut s'appliquer dans le cas d'un conflit armé non international qu'à la Partie en cause ou plus précisément aux forces gouvernementales qui lui sont attachées, à l'exclusion des autres « parties au conflit », c'est-à-dire des forces non gouvernementales opposées. Toutefois, s'il est vrai que le terme « Partie » est défini par l'article 1^{er} du Deuxième Protocole comme désignant un Etat Partie audit instrument et qu'un traité international s'applique en principe exclusivement aux Parties Contractantes, l'article 22 dispose néanmoins à son paragraphe 1 qu'en cas de conflit armé interne surgissant sur le territoire de cet Etat Partie, le Protocole est applicable et qu'il l'est, comme l'indiquent les paragraphes 6 et 7, à l'ensemble des « parties au conflit », en d'autres termes aux forces non gouvernementales aussi bien qu'aux forces gouvernementales – qu'elles soient d'ailleurs opposées ou alliées¹⁵.

15 J.M. Henckaerts, « Nouvelles règles pour la protection des biens culturels en cas de conflit

Une telle interprétation est confirmée par le fait que d'une part, le Deuxième Protocole utilise, dans l'ensemble de ses dispositions, les termes « Partie » ou « Partie à un conflit », avec un « P » majuscule, pour exprimer que lesdites dispositions s'appliquent aux Etats contractants, mais que d'autre part cette pratique uniforme comporte deux exceptions : a) à l'article 22, paragraphes 6 et 7, où l'on se réfère, par les termes « parties au conflit » avec un « p » minuscule, à l'ensemble des parties à un conflit armé non international, que ces parties revêtent un caractère étatique ou non ; b) à l'article 32, paragraphes 2 et 4, dispositions relatives à l'assistance internationale, où l'on se réfère à une « partie au conflit qui n'est pas Partie au présent Protocole mais qui accepte et applique ses dispositions » (par. 2) et aux « Parties ou parties au conflit » (par. 4). La terminologie utilisée par le Protocole apparaît ainsi cohérente :

- le Protocole est applicable en premier lieu aux Etats contractants en cas de conflit armé international (situation de base visée par le Protocole dans son ensemble – « Partie » avec un « P » majuscule) ;
- il s'applique en outre, en cas de conflit armé non international, aux Etats contractants ainsi que, par analogie, aux forces non gouvernementales qui leur sont opposées ou alliées sur leur territoire (art. 22 – « parties au conflit » avec un « p » minuscule, étant entendu que dans cette hypothèse de conflit non international, l'ensemble des dispositions du Protocole où l'on se réfère aux « Parties » doit être appliqué également, mutatis mutandis, aux autres « parties » non étatiques au conflit) ;
- il s'applique enfin aux Etats non Parties au Protocole, mais qui en acceptent et appliquent les dispositions (art. 3, par. 2) – ainsi qu'aux forces non gouvernementales qui leur seraient opposées ou alliées sur leur territoire dans le cas où le conflit considéré revêtirait un caractère non international (art. 32, par. 2 et 4, en combinaison, le cas échéant, avec l'art. 22 – « Parties ou parties au conflit »).

Comme on le voit, une interprétation littérale du Deuxième Protocole conduit en réalité à admettre que cet instrument est prévu pour être appliqué, en cas de conflit armé non international, non seulement aux Etats Parties et à leurs représentants, mais aussi aux forces non gouvernementales opposées (ou alliées). Cette interprétation littérale est confortée par l'inter-

armé : la portée du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », in : M.T. Dutli (éd.), J. Bourke Martignoni, J. Gaudreau (collab.), *La protection des biens culturels en cas de conflit armé : rapport d'une réunion d'experts (Genève, 5-6 octobre 2000)* (Genève, CICR/Services consultatifs en droit international humanitaire, 2001), p. 54.

prétation téléologique qui s'impose à propos du Protocole. Il est en effet conforme à l'objet et au but de ce dernier que ses dispositions puissent s'appliquer à toutes les parties à un conflit armé interne, que celles-ci soient gouvernementales ou non, car cette possibilité d'une application en cas de conflit armé non international constitue précisément l'une des principales raisons de l'élaboration du Protocole. En outre, il est logique que les forces non gouvernementales d'un Etat partie au Protocole qui sont impliquées dans un conflit armé sur le territoire de cet Etat soient liées par les dispositions du Protocole du fait même que leur Etat national est Partie à ce dernier¹⁶. Enfin, le fait d'appliquer ce traité de manière inégale aux parties au conflit, selon qu'elles sont étatiques ou qu'elles ne le sont pas, viderait ses dispositions d'une grande part de leur efficacité et ne serait d'ailleurs guère en conformité avec le principe de neutralité qui sous-tend l'ensemble du droit international humanitaire.

Au terme du débat, la Conférence a donc admis le principe que le Protocole, en tant que traité international, s'applique en premier lieu aux Etats Parties, mais qu'en vertu de l'article 22 il s'applique aussi, *mutatis mutandis*, aux parties non étatiques à un conflit armé de caractère interne. C'est donc sans autre précision que la Conférence a adopté le texte de l'article 22, dans le libellé même qui lui était soumis¹⁷.

B. Dans la doctrine – Capacité des acteurs non étatiques d'être obligés par le Deuxième Protocole et de le mettre en œuvre

La question a été reprise, néanmoins, dans la doctrine. Ainsi, un auteur a critiqué la décision de déclarer les dispositions d'un traité international applicables à des acteurs qui, n'étant pas des Etats, ne sont ni sujets de droit international ni parties à ce traité : ce faisant, le Deuxième Protocole ignorerait certains des concepts les plus fondamentaux du droit international, tels la règle prévoyant qu'un traité ne crée pas de droits ou d'obligations pour une tierce partie sans le consentement de celle-ci ou le principe selon lequel des acteurs non étatiques, dans un conflit non international, ne sont pas sujets de droit international s'ils n'ont pas été reconnus comme rebelles ou belligérants¹⁸. Suivant un autre auteur, il est pour le moins discutable que

¹⁶ *Ibid.*, p. 55.

¹⁷ Cf. le Rapport analytique du secrétariat de la conférence, not. le chap. 36, que l'on peut consulter sur : http://www.unesco.org/culture/legalprotection/war/html_fr/report.shtml. Sur les débats relatifs à l'art. 22 au cours de la session finale de la Conférence diplomatique, voir également Henckaerts, *ibid.*, p. 54.

¹⁸ T. Desch, *op. cit.* (note 12), pp. 83-84.

les règles coutumières et conventionnelles gouvernant les conflits armés non internationaux impliquent par elles-mêmes que des acteurs non étatiques doivent être considérés comme des sujets de droit international ou qu'elles comportent une dérogation au principe général selon lequel un traité ne peut créer de droits ou d'obligations que pour les Parties contractantes ; le même auteur écarte cependant ces questions comme étant de caractère général et théorique¹⁹.

De telles critiques sont dénuées de fondement. Tout d'abord, il ne fait aucun doute que les questions abordées, loin d'être théoriques, ont des implications très concrètes pour la conduite des hostilités comme pour le comportement, la responsabilité, mais aussi les droits des acteurs eux-mêmes sur le terrain, qu'ils soient ou non des représentants d'un Etat. Mais surtout, l'on ne saurait affirmer que des acteurs non étatiques, en particulier des individus, n'ont pas vocation à être sujets du droit international. En effet, le droit des gens comporte de nombreux domaines où les individus sont expressément reconnus comme sujets de droits et/ou d'obligations internationaux : pour s'en convaincre, il suffit de songer au droit des étrangers, au droit international des droits de l'homme ou, précisément, au droit international humanitaire. C'est ainsi que les Conventions de Genève, pour ne citer qu'elles, contiennent toute une série de dispositions créant des droits ou des obligations pour les individus, visés en leur qualité de civils ou de membres des forces armées²⁰. Il en va de même pour le droit international humanitaire coutumier²¹. Soit dit en passant, la question de savoir si ces droits ou obligations sont directement applicables dans l'ordre juridique interne des Etats Parties à ces instruments – et donc susceptibles d'être immédiatement invoqués devant les instances nationales en faveur ou à l'encontre des individus en question – est à cet égard sans pertinence ; ce qui est ici déterminant, c'est le fait que les droits et obligations en discussion sont créés dans l'ordre juridique international et qu'ils y déploient des effets, ce qui est le cas en l'occurrence. Par conséquent, il n'est pas possible de prétendre que les droits et obligations en question ne sont appli-

19 A. Gioia, "The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: The Second Protocol to the 1954 Hague Convention", *XI Italian Yearbook of International Law*, 2001, 33.

20 Cf. parmi d'autres les art. 6 et 7 des trois premières Conventions et les art. 7 et 8 de la quatrième. Cf. également J.S. Pictet (éd.), *La Convention de Genève du 12 août 1949 sur le droit humanitaire. Commentaire*, vol. 1 (Genève, CICR, 1959), pp. 80 et 90. Cf. en outre G.J. Perrin, *Droit international public. Sources, sujets, caractéristiques* (Zurich, Schulthess, 1999), p. 661.

21 Cf. J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *op. cit.* (note 11), not. les règles 87 et ss. concernant les garanties fondamentales et les règles 151 et ss. concernant la responsabilité individuelle.

cables ou opposables aux intéressés que si ces derniers ont été préalablement reconnus comme rebelles ou belligérants. Sur ce point, ce sont tout au plus les restrictions de l'article 22, paragraphe 2 du Deuxième Protocole qui pourraient trouver application. Quant à l'inopposabilité des traités aux tiers, elle est sans pertinence en l'espèce elle aussi, dès lors que les acteurs non étatiques concernés ne sont précisément pas, on vient de le voir, des tierces parties par rapport aux dispositions du Deuxième Protocole.

Reste à examiner la question de savoir comment les parties non étatiques à un conflit armé interne peuvent mettre en œuvre le Protocole. On l'a dit, les dispositions de ce dernier sont applicables ici par analogie. S'agissant des dispositions de fond, ce sont en premier lieu celles qui ont trait au respect des biens culturels dans la conduite des hostilités (chapitre 2) ainsi qu'à la responsabilité pénale individuelle en cas de violation du Protocole (chapitre 4) qui ont vocation à s'appliquer par analogie à des acteurs non étatiques. Cela dit, le Protocole ne fait pas qu'imposer des obligations aux individus sur le terrain, il confère également des droits et des compétences aux Parties (chapitre 3 sur la protection renforcée). Dans quelle mesure de tels droits ou compétences sont-ils applicables à des acteurs qui ne représentent pas l'autorité de l'Etat Partie, mais des forces qui lui sont opposées sur son territoire ?

Le Protocole ne le dit pas, mais on peut imaginer que dans le cas de l'article 11, paragraphe 9, par exemple²², une partie non étatique au conflit puisse demander, en raison d'une situation d'urgence, la protection renforcée de biens culturels placés sous sa juridiction « ou son contrôle », comme le dit le paragraphe 9. Le fait que celui-ci envisage expressément le cas où un bien culturel ne serait pas sous la juridiction d'une partie au conflit, mais simplement sous son contrôle, indique d'ailleurs clairement que le Protocole ne vise pas seulement les forces gouvernementales, mais aussi les forces opposées en cas de conflit non international. Il s'ensuit qu'en vertu du paragraphe 9, le Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé créé par l'article 24 devrait accueillir une telle demande pour examen. En revanche, lorsque les compétences prévues par le Protocole ne peuvent être exercées qu'au travers d'institutions véritablement étatiques, notamment sur le plan judiciaire, il n'y a guère d'analogie possible entre les représentants d'un Etat Partie et des acteurs non étatiques. Sous réserve d'un examen de cas en cas, le Protocole ne pourra donc, probablement, pas être appliqué à ces derniers dans une telle hypothèse. Cela ne signifie pas,

22 L'article 11 traite de l'octroi de la protection renforcée.

cependant, qu'une responsabilité pénale individuelle ne peut pas être constituée en vertu du chapitre 4, par exemple, et que les acteurs non étatiques en question ne peuvent pas être poursuivis notamment par leur Etat national ou, le cas échéant, par une juridiction internationale. Quant aux dispositions finales, elles ne peuvent être mises en oeuvre, à l'évidence, que par des Etats. Le paragraphe 6 de l'article 22 précise d'ailleurs clairement que l'application du Protocole à une situation de conflit armé non international n'a pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit. Autrement dit, une partie au conflit qui n'a pas le statut d'Etat ne peut pas se le voir reconnaître par le simple fait de l'application de l'article 22.

Il apparaît en conclusion que le Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 représente une consolidation juridiquement importante de la protection des biens culturels en cas de conflit armé et, plus généralement, du droit international humanitaire. Dans la mesure où il étend son applicabilité, s'agissant de protéger les biens culturels, à l'ensemble des parties à un conflit armé non international, il comble la lacune qui avait été constatée à cet égard dans les dispositions de la Convention et permet de faire face de manière sensiblement plus efficace à une situation de conflit armé qui est très actuelle et, comme on s'est efforcé de le montrer en introduction à la présente étude, qui peut constituer un danger tout particulier pour les biens et l'identité culturels des populations qui en sont les dépositaires. Il faut donc souhaiter que les Etats reconnaissent toute la portée de sa contribution et adhèrent nombreux à ses dispositions.

RÉUNIFICATION ALLEMANDE ET DROITS DE L'HOMME

*Martina Keller**

1 INTRODUCTION

Plus de quinze années après la chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989, le moment paraît venu de faire un premier bilan sur le type de requêtes relatives à la réunification allemande que la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») a eu à traiter. En effet, le large éventail des requêtes n'est que le reflet des discussions et polémiques que la réunification a suscitées en Allemagne même, aussi bien sur le plan politique que sur le plan juridique.

Certaines requêtes traitent de questions similaires à celles portées devant la Cour contre les nouveaux Etats membres du Conseil de l'Europe depuis la chute du rideau de fer, comme par exemple celles relatives au droit de propriété. D'autres s'inscrivent au contraire dans le contexte unique de la réunification, comme celles concernant la condamnation pénale d'anciens dirigeants de la République démocratique allemande (RDA), eu égard au fait qu'en Allemagne, il y a eu non seulement succession de régimes, mais aussi succession d'Etats¹.

La présente contribution va s'employer à donner un aperçu de ces deux aspects de la réunification qui se retrouvent dans les différents types de décisions et d'arrêts que la Cour a rendus à cet égard, notamment dans les cinq dernières années.

* Chef de division au Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹ Le 3 octobre 1990, la République démocratique allemande a adhéré au territoire et régime constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne.

2 LES ASPECTS EUROPÉENS DE LA RÉUNIFICATION ALLEMANDE

L'un des problèmes majeurs soulevés par les changements de régime politique et économique dans les nouveaux Etats membres concerne les questions de propriété.

Compte tenu des bouleversements dus au passage d'un système collectiviste du droit de propriété à un système d'économie de marché, tout le système du droit de propriété a dû être réorganisé. Après la chute du rideau de fer, de nombreux Etats ont ainsi adopté de nouvelles lois de restitution, d'indemnisation et de réhabilitation, afin de redresser certains torts causés sous les anciens régimes communistes et incompatibles avec les principes démocratiques.

Dans les affaires « classiques » portées devant la Cour, les requérants se plaignent à la fois de l'illégalité des expropriations effectuées sous les anciens régimes communistes, et des conditions érigées par les législateurs des nouveaux régimes démocratiques pour restituer les biens à leurs anciens propriétaires, pour les indemniser ou les réhabiliter. Ils allèguent surtout une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 garantissant le droit de chacun au respect de ses biens, et invoquent également souvent l'article 14 de la Convention (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

Pour l'Allemagne, l'affaire la plus importante à cet égard est l'affaire *von Maltzan et autres*, dans laquelle la Grande Chambre de la Cour vient de rendre sa décision².

Portée devant la Cour par 71 requérants, cette affaire concernait l'une des grandes questions qui se sont posées après la réunification, à savoir le dédommagement des personnes victimes des expropriations qui s'étaient déroulées soit entre 1945 et 1949 dans l'ancienne zone d'occupation soviétique en Allemagne suite à la réforme agraire, soit après 1949 en RDA.

Après 1945, les autorités soviétiques avaient exproprié tous les propriétaires de terrains de plus de 100 ha (plus de 7000 domaines en tout), soit environ trois millions d'hectares (ha) de terrains, dont les deux tiers avaient été redistribués aux paysans « nouveaux » (*Neubauern*) selon la devise « la terre des nobles aux mains des paysans » (*Junkerland in Bauernhand*), et un tiers resta aux mains de l'Etat.

Au cours des négociations entre les gouvernements de la République fédérale d'Allemagne (RFA) et de la RDA et les quatre anciennes puis-

2 *Von Maltzan et autres c. Allemagne* (déc.) [GC], n^{os} 71916/01, 71917/01 et 10260/02, *CEDH* 2005, 30 mars 2005.

sances d'occupation, les deux gouvernements allemands avaient formulé le 15 juin 1990 une Déclaration commune sur la réglementation des questions de propriété en suspens (*Gemeinsame Erklärung der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen*), qui énonce les principes fondamentaux relatifs aux questions de propriété.

Ces principes avaient par la suite été mis en application par le législateur, d'abord dans la loi sur le patrimoine (*Vermögensgesetz*) du 23 septembre 1990, puis dans la loi sur les indemnisations et compensations (*Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz-EALG*) du 27 septembre 1994.

En matière de réhabilitation, le législateur avait adopté la loi relative à la réhabilitation pénale (*Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz*) du 29 octobre 1992, ainsi que la loi relative à la réhabilitation administrative (*Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz*) du 23 juin 1994.

Par la suite, la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré la conformité à la Loi fondamentale de ces différentes lois dans ses quatre arrêts de principe sur la réforme agraire des 23 avril 1991, 18 avril 1996, 22 novembre 2000 et 4 juillet 2003.

Le point 1 de la Déclaration commune était ainsi rédigé :

Les expropriations effectuées en vertu des lois d'occupation ou des autres pouvoirs des autorités d'occupation [entre 1945 et 1949] ne seront plus remises en cause. Les gouvernements de l'Union soviétique et de la République démocratique allemande ne voient aucun moyen de revenir sur les mesures prises à cette époque. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne prend acte de cet avis à la lumière de l'évolution historique. Il estime que la décision définitive sur d'éventuelles compensations à verser par l'Etat doit être laissée à l'appréciation du futur Parlement allemand³.

En Allemagne, cette exclusion de tout droit à restitution avait donné lieu à des débats intenses et passionnés, et même à des polémiques sur la question de savoir si l'Union soviétique avait vraiment émis cette exigence comme condition pour donner son accord à la réunification⁴.

Les requérants, dont la grande majorité sont les héritiers des personnes victimes d'expropriations entre 1945 et 1949, voyaient dans cette exclusion de tout droit à restitution ainsi que dans le montant des compensations (correspondant à 5% de la valeur réelle des terrains dans certains cas d'après

3 Par. 38 de la décision *von Maltzan et autres*.

4 Voir not. C. Paffrath, "Macht und Eigentum : die Enteignungen 1945-1949 im Prozess der deutschen Wiedervereinigung", *Böhlau 2004*.

eux), fixé ultérieurement par la loi sur les indemnisations et compensations de 1994, une véritable trahison. Ils considéraient qu'il s'agissait là d'une « deuxième expropriation » et de la « plus grande injustice jamais commise par la RFA depuis le début de son existence », surtout que pour les expropriations après 1949, la loi sur le patrimoine du 23 septembre 1990 prévoyait dans certains cas un droit à restitution.

Devant la Cour, ils soutenaient, d'une part, que les expropriations avaient été contraires au droit international public et, d'autre part, que les lois et arrêts de principe litigieux avaient méconnu leurs droits garantis par l'article 1 du Protocole n° 1 et par l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

Le Gouvernement, de son côté, estimait que les requérants avaient perdu leurs droits de propriété depuis fort longtemps et que le législateur de la RFA leur avait accordé une « juste réparation », eu égard aux charges financières immenses que l'Etat avait eu à supporter lors de la réunification. Il a également évoqué les nombreuses victimes d'atteintes plus graves aux droits de l'homme et qui ont perçu des indemnités moindres, comme ce fut le cas des réfugiés des territoires situés à l'Est de la frontière Oder-Neisse ou des personnes persécutées sous le régime de la RDA.

Sur le premier point, la Cour a notamment déclaré que

la RFA n'encourt aucune responsabilité ni pour les actes commis à l'instigation des forces d'occupation soviétiques, ni pour ceux perpétrés par un autre Etat à l'égard de ses propres ressortissants, même si la RFA a par la suite succédé à la RDA, car c'est en l'espèce d'obligations dites politiques qu'il s'agit. La Cour n'est donc pas compétente *ratione temporis* et *ratione personae* pour examiner les circonstances des expropriations ou les effets continus produits par elles jusqu'à ce jour⁵.

La Cour a ensuite recherché si les requérants disposaient d'une « espérance légitime » au sens de sa jurisprudence sur l'article 1 du Protocole n° 1, de voir se concrétiser une quelconque créance actuelle et exigible, à savoir d'obtenir soit la restitution de leurs biens, soit des compensations (pour les expropriations de 1945 à 1949) ou des indemnisations (pour les expropriations après 1949) d'un montant déterminé, en relation avec la valeur réelle de leurs biens.

Sur ce point, la Cour a rappelé le « contexte unique de la réunification allemande » et a dit que

5 Par. 81-82 de la décision *von Maltzan et autres*.

en l'espèce, en choisissant de réparer des injustices ou dommages résultant d'actes commis à l'instigation d'une force d'occupation étrangère ou par un autre Etat souverain, le législateur allemand a dû opérer certains choix à la lumière de l'intérêt public [. . .] Or [. . .] dès lors qu'un Etat choisit de réparer les conséquences de certains actes incompatibles avec les principes caractérisant un régime démocratique, mais dont il n'est pas responsable, il dispose d'une ample marge d'appréciation dans la mise en œuvre de cette politique. En contestant la constitutionnalité de ces lois adoptées après la réunification allemande, les requérants espéraient obtenir soit la restitution de leurs biens, soit des compensations ou indemnités en relation avec la valeur réelle de leurs biens. Toutefois, la croyance que les lois en vigueur seraient changées en leur faveur ne peut pas être considérée comme une forme d'espérance légitime au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. Comme la Cour l'a énoncé à de multiples reprises, il y a une différence entre un simple espoir, aussi compréhensible soit-il, et une espérance légitime, qui doit être de nature plus concrète et se fonder sur une disposition légale ou avoir une base jurisprudentielle solide en droit interne⁶.

Cette décision, qui clôt un chapitre de l'après-guerre en Allemagne, s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence que la Cour a développée depuis la ratification de la Convention par les nouveaux Etats membres dans différentes requêtes portées devant elle notamment contre la République tchèque et la Slovaquie⁷, en particulier sur la définition de la notion d'« espérance légitime ». Dans ces affaires, la Cour avait également déjà indiqué que les Etats concernés n'ont « aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention », et qu'ils disposent d'une grande marge d'appréciation lors de l'adoption de nouvelles lois, qui ont nécessité « un vaste examen d'un grand nombre de questions d'ordre moral, juridique et économique »⁸.

Il en résulte que si les requérants ne remplissent pas les conditions de restitution, d'indemnisation ou de réhabilitation établies par ces nouvelles lois, qui seules fixent le cadre de leurs droits, ils ne disposent pas « d'une espérance légitime » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, et leurs requêtes ne tombent pas dans le champ d'application de cet article.

L'idée maîtresse de cette jurisprudence est que les parlements nationaux sont en principe les mieux placés pour décider de la nature et de l'ampleur

6 Par. 110-112 de la décision *von Maltzan et autres*.

7 Voir *Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, *CEDH 2000-XII*, 13 décembre 2000 ; *Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 39794/98, *CEDH 2002-VII*, 10 juillet 2002 ; et surtout, en dernier lieu, *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, *CEDH 2004-IX*, 28 septembre 2004.

8 Par. 37 et 38 de l'arrêt *Kopecký*.

des réparations qu'ils souhaitent mettre en place après des changements de régime aussi radicaux que ceux qui ont eu lieu dans les nouveaux Etats membres, ce qui n'exclut pas que certaines législations peuvent poser problème sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1⁹.

L'autre affaire importante en matière de droit de propriété concernant l'Allemagne est l'affaire *Jahn et autres*, mais l'arrêt rendu par la Chambre¹⁰ n'est pas encore définitif (au moment de la rédaction de cette étude), car le Gouvernement allemand a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention, et le collège constitué pour connaître de l'affaire a fait droit à la demande.

Cette affaire a été portée devant la Cour par les héritiers des fameux paysans « nouveaux », qui avaient obtenu des parcelles de terrains de 8 ha en moyenne suite à la réforme agraire entreprise dans l'ancienne zone d'occupation soviétique en Allemagne après 1945. A l'époque de la RDA, ces terrains étaient soumis à certaines restrictions de disposition. Pendant la période de transition qui a suivi la chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989, la loi de la RDA du 6 mars 1990 sur les droits des propriétaires des terrains visés par la réforme agraire (*Gesetz über die Rechte der Eigentümer von Grundstücken aus der Bodenreform*), aussi appelée loi Modrow (du nom du premier ministre de l'époque), entrée en vigueur le 16 mars 1990, avait levé toutes les restrictions de disposition de ces terrains, accordant à tous les détenteurs de ces terrains des titres de pleine propriété.

Après la réunification, en vertu de la deuxième loi de modification du droit patrimonial (*Vermögensrechtsänderungsgesetz*) du 14 juillet 1992 (article 233 §§ 11 à 16 de la loi introductive au code civil), certains des héritiers des bénéficiaires de la réforme agraire, dont les requérants, furent contraints de rétrocéder leurs terrains sans indemnisation aux autorités fiscales de leur *Land* respectif, au motif qu'ils n'exerçaient pas au 15 mars 1990 (la veille de l'entrée en vigueur de la loi Modrow) une activité dans les secteurs de l'agriculture ou qu'ils n'étaient pas membres d'une coopérative agricole en RDA.

Devant la Cour, les requérants soutenaient que la privation de propriété dont ils avaient été victimes était manifestement disproportionnée, puisqu'elle avait été effectuée sans indemnisation au profit du fisc, et parlaient d'« une attaque sans précédent contre la propriété privée ». Ils invoquaient l'article 1 du Protocole n° 1, ainsi que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

9 Voir not. *Broniowski c. Pologne* [GC], 31443/96, CEDH 2004-V, 22 juin 2004.

10 *Jahn et autres c. Allemagne*, nos 46720/99, 72203/01 et 72552/01, 22 janvier 2004.

Le Gouvernement, de son côté, avait mis l'accent sur l'obligation du législateur allemand d'intervenir après la réunification pour combler les lacunes et corriger les injustices de la loi Modrow. Il considérait que même si les requérants avaient acquis des titres de propriété formels par le biais de cette loi, ceux-ci étaient incertains et dépourvus de toute légitimité.

Dans son arrêt, la Chambre avait, à l'unanimité, conclu à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 en indiquant que « même si les circonstances relatives à la réunification allemande doivent être qualifiées d'exceptionnelles, l'absence de toute indemnisation pour la mainmise de l'Etat sur les biens des requérants rompt, en défaveur de ceux-ci, le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général »¹¹.

L'affaire est originale à plus d'un titre¹² et se situe donc chronologiquement après les expropriations initiales dont se plaignent les requérants dans l'affaire *von Maltzan et autres*, puisqu'elle concerne les héritiers des bénéficiaires de la réforme agraire. En Allemagne, on parle couramment des « expropriations rouges » à propos de l'affaire *von Maltzan et autres*, et des « expropriations noires » à propos de l'affaire *Jahn et autres*¹³.

Dans les deux affaires, le débat public a fait rage, car l'enjeu politique mais aussi financier est considérable, des dizaines de milliers de personnes étant concernées.

3 LES PARTICULARITÉS DE LA RÉUNIFICATION ALLEMANDE

Compte tenu du fait que la RFA a succédé à la RDA, qui a cessé d'exister le 3 octobre 1990, la RFA s'est confrontée de manière plus conséquente, mais aussi plus douloureuse, avec l'ancien régime communiste en RDA que ce ne fût le cas dans d'autres nouveaux Etats membres, où la coupure entre l'ancien et le nouveau régime était moins nette¹⁴.

En Allemagne, cela s'est traduit notamment par les condamnations pénales de plusieurs anciens dirigeants ou hauts fonctionnaires du régime,

11 Par. 93 de l'arrêt *Jahn et autres*.

12 Voir H.J. Cremer, « Eigentumsschutz der Erben von Bodenreformland in der ehemaligen DDR/Besprechung des EGMR-Urteils im Fall Jahn ua », *EuGRZ*, 2004, pp. 134-142.

13 Pour une synthèse de la discussion en Allemagne, voir J. Lege, « Ist Alteigentum geschichtsfest ? », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5 avril 2005.

14 Voir J. Arnold, « Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit am Beispiel der DDR », *Juristische Zeitgeschichte*, Band 2 (Nomos Verlag, 2000), pp. 130-146, et « *Im Geschirr von Strafe und Vergeltung – deutscher Sonderweg – die gerichtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit im Vergleich zu anderen Transformationsstaaten* », Freitag 17, 20 avril 2001.

de magistrats, mais aussi de simples soldats, ainsi que par l'ouverture des archives du Ministère de la sécurité de l'Etat (*Ministerium für Staatssicherheit* – MfS) au public.

Devant la Cour, les affaires les plus spectaculaires à cet égard étaient les affaires *Streletz, Kessler et Krenz* et *K.-H. W.*, et qui portaient sur la question qui a le plus agité l'opinion publique et partagé la doctrine après la réunification, à savoir le jugement des responsables des tirs à la frontière entre les deux Etats allemands.

Pour contenir le flux incessant de fugitifs fuyant la RDA, celle-ci avait érigé le 13 août 1961 le mur de Berlin et renforcé tous les dispositifs de sécurité le long de la frontière. De nombreuses personnes ayant tenté de franchir la frontière pour se rendre à l'Ouest ont par la suite trouvé la mort, soit en déclenchant des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatiques, soit en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands. Les estimations varient entre 264 et 938 morts, le nombre exact étant difficile à déterminer¹⁵.

Nation divisée entre deux systèmes politiques opposés, l'Allemagne était la plus touchée par le conflit Est-Ouest de l'après-guerre en Europe, et souffrait encore plus que les autres de l'absence du droit à la libre circulation. L'existence d'une frontière à ce point infranchissable entre les deux Etats constituait un véritable traumatisme national.

Les deux arrêts de la Cour, l'un rendu dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz*¹⁶, et l'autre dans l'affaire *K.-H. W.*¹⁷, portaient sur les condamnations pénales de deux anciens ministres de la défense et de l'ancien Président du Conseil d'Etat de la RDA d'une part, et sur celle d'un simple garde-frontière de "l'armée du peuple" d'autre part.

Les trois premiers requérants avaient été condamnés à des peines d'emprisonnement de 5 ans et 6 mois, 7 ans et six mois et 6 ans et six mois respectivement, considérés comme auteurs intellectuels d'homicides volontaires (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*), au motif qu'en participant à des décisions des plus hautes instances de la RDA, ils étaient responsables de la mort de plusieurs personnes qui avaient tenté de fuir la RDA en franchissant la frontière. Le quatrième requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement d'un an et dix mois avec sursis pour homicide volontaire (*Totschlag*), au motif qu'en ayant fait usage de son arme à feu, il avait causé la mort d'une personne qui avait tenté de fuir la RDA.

15 Par. 13 de l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz*.

16 *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II, 22 mars 2001.

17 *K.-H. W. c. Allemagne* [GC], n^o 37201/97, CEDH 2001-II, 22 mars 2001.

Pour chacune des condamnations, les juridictions allemandes s'étaient fondées dans un premier temps sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, puis sur la base du droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA.

Dans son arrêt de principe du 24 octobre 1996, la Cour constitutionnelle fédérale avait dit que le principe absolu de non-rétroactivité de la loi pénale consacrée par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale devait céder le pas lorsqu'un Etat méconnaissait gravement les droits de l'homme généralement reconnus par la communauté internationale. Elle s'était notamment référée à la « formule de Radbruch »¹⁸, déjà utilisée pour juger les crimes de la dictature national-socialiste.

Dans ses arrêts, la Cour, adoptant une approche positiviste, a conclu que, comme le prévoit l'article 7 § 1 de la Convention, les actions des requérants, au moment où elles avaient été commises, constituaient avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité des infractions d'après le droit pénal de la RDA et le droit international. Elle n'a donc pas eu à examiner les requêtes sous l'angle de l'article 7 § 2, pour lequel la RFA avait émis une réserve¹⁹.

En appliquant le droit de la RDA « à la lettre », la Cour a jugé la RDA à la lumière des principes d'un Etat de droit que celle-ci avait elle-même établis en les inscrivant dans sa Constitution et dans ses différentes lois, ainsi qu'en adhérant à des Conventions internationales comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. A l'argument des requérants qui s'étaient référés à la pratique répressive du régime de surveillance de la frontière en vigueur en RDA à l'époque, la Cour a répliqué qu'une telle pratique, qui viole manifestement les droits de l'homme et surtout le droit à la vie, ne saurait être couverte par l'article 7 § 1.

On peut considérer que ces arrêts revêtent une importance fondamentale à plusieurs égards.

D'abord, la Cour a réaffirmé la prééminence du droit à la vie face à la raison d'Etat invoquée par les requérants, à savoir la protection à tout prix de la frontière entre les deux Etats allemands afin de préserver l'existence de la RDA, menacée par l'exode massif de sa propre population²⁰.

18 Gustav Radbruch (1878-1949) : professeur allemand de droit qui a notablement influencé la philosophie du droit. A la suite des crimes nazis, il a consacré le principe, aussi dénommé "formule Radbruch" (*Radbruch'sche Formel*), d'après lequel le droit positif doit être considéré comme contraire à la justice lorsque la contradiction entre la loi et la justice est tellement insupportable que la loi doit céder le pas à la justice.

19 Le 13 novembre 1952, la RFA avait émis une réserve en indiquant qu'elle n'appliquerait l'article 7 § 2 que dans les limites de l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale.

20 Par. 72 de l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz*.

Ensuite, elle a donné des indications sur l'attitude qu'un Etat démocratique peut adopter vis-à-vis de personnes qui avaient commis des crimes sous un régime antérieur :

La Cour considère qu'il est légitime pour un Etat de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur ; de même, on ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit²¹.

Cette déclaration est importante pour les nouveaux Etats membres qui ont également connu une transition vers un régime démocratique.

Enfin, les arrêts portent sur des condamnations des « donneurs d'ordre » d'un côté et d'un exécutant de l'autre. Là aussi le message adressé par la Cour est clair : si des dirigeants ou hauts fonctionnaires peuvent être amenés à rendre des comptes sur le plan pénal pour des agissements commis dans l'exercice de leurs fonctions, même un simple exécutant ne peut aveuglément obéir à des ordres qui sont manifestement contraires aux droits de l'homme.

La motivation des deux arrêts est à maints égards similaires, mais l'arrêt *K.-H. W.* n'a pas été rendu à l'unanimité comme ce fût le cas pour l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz*, où, en réponse à l'argument des requérants sur l'absence de prévisibilité de leurs condamnations, la Cour a estimé qu'en raison des fonctions qu'ils occupaient, « le clivage qui a séparé la législation de la RDA de la pratique de celle-ci était largement l'œuvre des requérants eux-mêmes »²². Dans le cas du requérant K.-H. W. (qui avait expressément demandé de garder l'anonymat), posté à la frontière à l'âge de vingt ans, et qui devait obéir aux ordres de ses supérieurs, la prévisibilité de sa condamnation était moins évidente, ce qui se reflète dans les opinions concordantes et dissidentes de certains juges de la Grande Chambre et qui sont jointes à l'arrêt.

Dans ces arrêts, la Cour a indéniablement innové sur le terrain de l'article 7 § 1 de la Convention, certains représentants de la doctrine évoquant « une interprétation extensive et constructive de l'article 7 § 1 »²³, d'autres la qualifiant même de trop extensive²⁴.

21 Par. 81 de l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz*.

22 Par. 78 de l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz*.

23 Voir P. Tavernier, « L'affaire du mur de Berlin devant la Cour européenne. La transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale », *RTDH*, 2001, pp. 1159-1181 ; G. Werle, « Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität », *NJW*, 2001, pp. 3001-3008 ; et Ch. Starck, « Die Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze », *JZ*, 2001, pp. 1102-1106.

24 Voir J. Arnold, « Menschenrechtsschutz durch Art.7 Abs. 1 EMRK », *Neue Justiz*, 2001, pp.

L'autre affaire importante au regard de l'article 7 de la Convention est l'affaire *Glässner c. Allemagne*, qui soulève une question intéressante sur la prescription en matière pénale.

L'affaire portait sur la condamnation du requérant, ancien procureur de la RDA, après la réunification pour complicité de violation délibérée de la loi (*Beihilfe zur Rechtsbeugung*) et pour complicité de privation de liberté. Les juridictions allemandes lui reprochèrent d'avoir, au cours d'un procès contre un dissident est – allemand célèbre, M.R. Bahro, requis une peine manifestement disproportionnée (neuf ans d'emprisonnement) par rapport à l'infraction commise (publication d'un livre proposant des réformes du régime socialiste et rédaction d'une thèse sur les conditions d'emploi dans l'industrie), même au regard des principes de fixation des peines dans le droit de la RDA.

Dans sa décision²⁵, la Cour a conclu, à l'instar des principes qu'elle avait appliqués dans ses arrêts *Streletz, Kessler et Krenz*, et *K.-H. W.*, qu'au moment où elle avait été commise, l'action du requérant constituait une infraction définie avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit de la RDA.

Cependant, d'après le droit de la RDA, ces infractions étaient prescrites.

Or la loi sur la prescription (*Verjährungsgesetz*) de la RFA du 26 mars 1993, qui complétait la jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice sur ce point, prévoyait dans son article premier le gel de la prescription pour les « actes commis sous le régime d'injustice du Parti socialiste unifié », qui ne commençait dès lors à courir qu'à compter du 3 octobre 1990, au moment où la RDA avait cessé d'exister.

Dans sa décision, comme dans l'arrêt *K.-H. W.*, la Cour n'a pas tranché la question de principe de savoir si la prescription tombe dans le champ d'application de l'article 7 § 1, c'est-à-dire si elle relève du droit pénal matériel ou s'il s'agit au contraire d'une règle de procédure pénale. Elle a en effet estimé que l'action du requérant constituait une violation des droits de l'homme, en l'occurrence du droit à un procès équitable en matière pénale, et qu'elle était donc imprescriptible en vertu de l'article 84 du code pénal de la RDA.

Finalement, sans vouloir être exhaustif, il convient également de mentionner les affaires portant sur l'exclusion d'anciens fonctionnaires de la RDA de la fonction publique de la RFA après la réunification.

561-569, et M. Rau, « Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt ? », *NJW*, 2001, pp. 3008-3014.

25 *Glässner c. Allemagne* (déc.), n° 46362/99, *CEDH 2001-VII*, 28 juin 2001.

Dans la première affaire, *Petersen c. Allemagne*, le requérant avait été exclu de la fonction publique pour manque de qualification professionnelle, en raison notamment de la teneur de deux thèses qu'il avait rédigées en 1978 et en 1986 en tant que professeur d'histoire moderne en RDA ; dans la deuxième affaire, *Volkmer c. Allemagne*, le requérant avait été exclu de la fonction publique pour manque d'aptitude personnelle, au motif qu'à l'époque de la RDA, il avait occupé une fonction très importante au sein du Parti socialiste unifié (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands-SED*), et qu'il avait surtout, alors qu'il était enseignant, utilisé l'un de ses élèves pour espionner un groupe d'opposants au régime. Devant la Cour, les requérants invoquaient notamment les articles 10 (liberté d'expression) et 11 de la Convention (liberté de réunion et d'association).

Les deux autres affaires, *Knauth et Bester c. Allemagne*, portaient sur l'exclusion des requérants de la fonction publique pour avoir collaboré avec le Ministère de la sécurité de l'Etat en RDA en tant qu'informateur officieux (*Inoffizieller Mitarbeiter – IM*) et pour avoir, après la réunification, menti sur la réalité de cette collaboration. Devant la Cour, les requérants invoquaient notamment l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée).

On peut relever que dans chacune de ces quatre affaires, que la Cour a déclarées irrecevables pour défaut manifeste de fondement²⁶, elle a estimé que pour autant qu'il y ait eu ingérence, celle-ci était proportionnée au but légitime poursuivi. Elle a laissé ouverte la question de savoir s'il s'agissait en l'espèce d'une exclusion de la fonction publique ou de l'accès à la fonction publique, qui en tant que tel n'est pas garanti par la Convention. Sur le fond, elle a procédé à un examen détaillé de la motivation des juridictions nationales, avant de conclure que « la sanction prise à l'encontre du (de la) requérant(e), quoique lourde, doit se mesurer à l'intérêt général de la société allemande, eu égard au contexte historique exceptionnel dans lequel son intégration dans la fonction publique de la RFA eut lieu et aux conditions énoncées dans le Traité sur l'unification allemande [sur l'intégration des fonctionnaires] que le (la) requérant(e) devait connaître ».

26 *Petersen c. Allemagne* (déc.), n° 93793, *CEDH 2001-XII*, 22 novembre 2001 ; *Volkmer c. Allemagne* (déc.), n° 39799, 22 novembre 2001 ; *Knauth c. Allemagne* (déc.), n° 41111/98, *CEDH 2001-XII* ; et *Bester c. Allemagne* (déc.), n° 42358/98, 22 novembre 2001.

4 CONCLUSION

A l'instar des changements de régime politique et économique qui ont marqué les nouveaux Etats membres du Conseil de l'Europe vers le début des années 1990, la réunification allemande a eu une répercussion sur le nombre et le type de requêtes portées devant la Cour.

Indéniablement, la réunification a permis à la Cour de rendre un certain nombre de décisions et d'arrêts pilote, notamment la décision *von Maltzan et autres*, et surtout les arrêts *Streletz, Kessler et Krenz*, et *K.-H. W.*, dont la portée dépasse largement le cadre national.

Dans la première, la Cour a confirmé sa jurisprudence quant à la large marge d'appréciation dont disposent les Etats lors de l'adoption de nouvelles lois de restitution, d'indemnisation et de réhabilitation visant à redresser certains torts causés sous un régime antérieur ; dans les seconds, elle a affirmé un certain nombre de principes directeurs importants pour d'autres Etats en transition vers un régime démocratique au regard de l'attitude à adopter pour juger des crimes commis sous un régime antérieur.

Confrontée à des requêtes qui se situaient dans un contexte entièrement nouveau, la Cour a donc su accompagner cette évolution historique en approfondissant notamment sa jurisprudence sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1, et en la développant de manière innovante sur le terrain de l'article 7 de la Convention.

REFLECTIONS ON THE RIGHT TO EDUCATION – THE
EUROPEAN PERSPECTIVE

*Chava Eve Landau**

My choice of this topic as a contribution for the “Liber Amicorum Lucius Cafilisch” is motivated by the fact that I first met Lucius in the framework of teaching at the Graduate Institute of International Studies, Geneva, where he distinguished himself in his capacity as educator and teacher. His high moral standing, outlook on life and values were reflected in his teachings and radiated well beyond the study of Public International Law. Therefore my tribute to him consists of a portrayal of the fundamental right to education.

The fundamental right to education has today acquired a magnitude and meaning that we do not find in the fifty-year-old European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950. (ECHR).¹ This short essay does not purport to cover the issues that arose before the Strasbourg Institutions and their interpretation or the application of the right to education.² It will merely attempt to highlight some of the lessons to be drawn for the future and my own reflections, taking into account the various international and European instruments that have since been elaborated with a view to guaranteeing the right to education. The subject of the right to education as it is enshrined in the various national Constitutions of the States in Europe merits a separate study.

* Former Professor at the Faculty of Law, Tel Aviv University.

1 213 *UNTS*, 221.

2 For a most comprehensive survey of the case law up to 1996 with exhaustive references, see L. Wildhaber, “The Right to Education and Parental Rights”, in: L. Wildhaber, *Wechselspiel Zwischen Innen und Aussen* (Basel/Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996), pp. 390-414.

1 INTRODUCTION

The right to education itself does not figure in the 1950 Convention. This right had already been enshrined two years earlier in Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, (UDHR) 1948:³

Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.

There is no echo of these norms in the European Convention, although it incorporates most of the other fundamental civil and political rights and endows them with a legally binding force. It appears from the *travaux préparatoires*⁴ of the ECHR that the right to education was considered as forming part of family rights and not as an independent fundamental right. In the discussions, the main controversy focused on the parents' right to influence the education of their children. Two years after the adoption of the ECHR, the right to education, though expressed in negative terms, found its way into Article 2 of Protocol No. 1 (P.I-2)⁵ of the Convention and is formulated as follows:

No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.

The negative formulation implies conformity with the principle of subsidiarity⁶ crystallized much later, according to which the duty of education and teaching reposes first of all upon the parents: "parents being primarily

3 UNGA Res. 217A (III), GAOR, 3rd Session, Pt I, Resolutions, p. 71.

4 Collected Edition of the *Travaux préparatoires*, Vol. I, pp. 198 and 220.

5 213 *UNTS*, 262.

6 The origin of the concept is to be found in the Papal Declaration of 1931: "Just as it is wrong to withdraw from the individual and commit to a group what private enterprise and industry can accomplish, so too it is an injustice, a grave evil and a disturbance of right order, for a larger and higher association to arrogate to itself functions which can be performed efficiently by smaller and lower societies. This is a fundamental principle of social philosophy, unshaken and unchangeable. Of its very nature, the true aim of all social activity should be to help members of the social body, but never to destroy or absorb them" (*Quadragesimo anno*, paras 79-80, pp. 182-183).

responsible for the education and teaching of their children” in the words of the European Court of Human Rights (The Court).⁷ Until the early 19th Century, the Church dominated education and morals. The State was merely left with the duty not to interfere or deny the right of individuals to education, and to respect the religious and philosophical convictions of the parents.⁸

The wording of P.1-2 speaks of education and teaching as two distinct aspects of learning. The Court pointed out that “the education of children is the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young, whereas teaching or instruction refers in particular to the transmission of knowledge and to intellectual development”.⁹

The right to education under P.I-2 focuses on the rights of the parents rather than on the rights of the children. The substance of the right to education and its scope is to be found in other international instruments, whether universal or European. We shall therefore turn to some of those international sources of the right to education.

2 INTERNATIONAL CONVENTIONS, COVENANTS AND CHARTERS ENSHRINING THE RIGHT TO EDUCATION

The landscape of the right to education is crowded with covenants, charters and conventions. The more important ones are: The UNESCO Convention Against Discrimination in Education, 1960;¹⁰ Articles 9 and 10 on vocational guidance and training of the European Social Charter, 1961¹¹ (revised text, 1996); Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966;¹² Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966;¹³ Article 28 of the UN Convention on the Rights of the Child, 1989¹⁴ and, finally, Article 14 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU), 2000.¹⁵

7 *Kjeldsen, Madsen and Pedersen v. Denmark* (1976) Series A, No. 23 para. 52 of the judgment.

8 *Belgian Linguistic Case* (1968) Series A, No. 6.

9 Para. 33 of the judgment in *Campbell and Cosans v. The U.K.* (1982) Series A, No. 48.

10 429 *UNTS*, 6193.

11 529 *UNTS*, 89. Revised text 1996. Ratified to-date by 34 States.

12 999 *UNTS*, 3.

13 999 *UNTS*, 171.

14 UNGA Resolution 44/25, 20th November 1989.

15 *OJEC*, 2000/C 364/01. Full text of EU Charter is to be found in 21 *HRLJ*, 2000, 473. The EU Charter of Fundamental Rights is now part of Title II of the Treaty on the Constitution of the EU. See *Official Journal of EU*, C130, Vol. 47 (16 December 2004).

The ECHR, at present, is binding upon 46 European States members of the Council of Europe. P.I-2 has, however, so far not been ratified by Switzerland and Andorra. We shall discuss the case of Switzerland later on.

For lack of space, only some of the provisions that add flesh to the rather skinny framework of P.I-2 will be reproduced: Article 13 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights recognizes the right of everyone to education. The States agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the United Nations' goal toward the maintenance of peace.

The States Parties to the Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right: (a) Primary education shall be compulsory and free to all. (b) Secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education. (c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education. In addition, the States Parties to the Covenant undertake to have respect for the liberty of the parents to choose for their children, schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

Had these clear and substantive provisions on the object and scope of the right to education been part of P.I-2 and had the role of the State and the rights of the parents been defined more precisely, the European Court on Human Rights would have had an easier task. Under the Covenant, the right to education is a positive right for the young and the old. The right of parents to choose private schools to ensure their religious and moral convictions is also guaranteed. The term "moral" in the Covenant is more flexible than the term "philosophical", used by P.I-2. The respect for the liberty of parents to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions is also enshrined in Article 18 (4) of the Covenant on Civil and Political Rights, dealing with freedom of opinion and religion.

The most innovative convention in the field of the right to education is the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), 1989.

Under this instrument, the child has become the subject of the right to education and is not any more the object of the law. When drafting the ECHR, some delegates proposed that the Convention should speak of the rights of the children. Children have their own rights “The right of access for every child to culture by educational methods which will allow the gradual development of his individual personality”. Furthermore, “access to culture, to be brought up in an atmosphere of freedom and according to methods which do not impose any doctrine or dogma upon them but which appeal to their powers of thinking and of personal research, to their spirit of free enquiry”.¹⁶ Unfortunately, rather than adopting this approach, the ECHR has enshrined the right of the parents for respect of their religious and philosophical convictions. The UNCRC does not mention the right to respect of the wishes of the parents anymore. It focuses on the rights proper of the children. In view of the fact that the UNCRC has been ratified universally, including all the members of the Council of Europe, may one assume that its norms have become part of international law, binding on the Court?

Article 28 of the UNCRC provides for the recognition by the States of the right to education to be achieved on the basis of equal opportunity:

1. The States shall, in particular: (a) make primary education compulsory and available free to all; (b) encourage the development of different forms of secondary education, including general and vocational education, make them available and accessible to every child, and take appropriate measures such as the introduction of free education and offering financial assistance in case of need; (c) make higher education accessible to all on the basis of capacity by every appropriate means; (d) make educational and vocational information and guidance available and accessible to all children; (e) take measures to encourage regular attendance at schools and to reduce dropout rates.
2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child’s human dignity and in conformity with the present Convention.
3. States Parties shall promote and encourage international cooperation in matters relating to education, in particular with a view to contributing to the elimination of ignorance and illiteracy throughout the world and facilitating access to scientific and technical knowledge and modern teaching methods. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.

16 Collected Edition of the *travaux préparatoires*, Vol. II, pp. 12 and 64. See also Vol. I, pp. 142, 159 and 161.

The UNCRC addresses the needs of developing countries, but also focuses on problems existing in developed countries, such as regular attendance at schools and prevention of dropouts. It also deals with the issue of corporal punishment in schools and Article 28 (2) expressly prohibits disciplinary measures in schools that are inconsistent with the dignity of the child. The Convention also calls for international cooperation in order to eliminate ignorance and illiteracy.

It may be interesting also to glance at Article 14 of the EU Charter on Fundamental Rights, adopted in Nice in 2000. It now forms part of Title II of the European Constitution of the European Union, which is in the process of being ratified by the Member States. When and if it enters into force, it will bind the twenty-five Member States of the EU that are also parties to the ECHR and it will apply fully upon the EU institutions.

Article 14 provides as follows:

1. Everyone has the right to education and to have access to vocational and continuing training.
2. This right includes the possibility to receive free compulsory education.
3. The freedom to found educational establishments with due respect for democratic principles and the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their religious, philosophical and pedagogical convictions shall be respected, in accordance with the national laws governing the exercise of such freedom and right.

The right to education is for lifelong learning with access to vocational and continuing training. The subject of lifelong learning was a major theme on the agenda of the UNESCO Conference on the eve of the Twenty-First Century.¹⁷ The EU Charter also includes the possibility to receive free compulsory education. Education will promote democratic principles and parents will enjoy the respect of their religious, philosophical and pedagogical convictions. Pedagogical convictions would presumably include objection to corporal punishment at school, or even the objection to compulsory sex education or religious tuition or compulsory quasi-military activities, issues that were dealt with in the cases before the Commission and the Court.

In spite of the proliferation of international norms on the right to education, on the eve of our century there were 900 million illiterate persons in the world and 100 million children without access to education.¹⁸ The sit-

17 See J. Delors, "Vers l'éducation pour tous tout au long de la vie", in: M. Albin (ed.), *Où vont les valeurs? Entretiens du XXI^e siècle*, vol. II (Paris, Unesco, 2004), p. 263.

18 *Ibid.*, p. 263.

uation in Europe is, however, quite different; the problems that came up before the Commission and the Court, were concerned less with the right to access to education and more with parental rights. Of all the legal instruments providing for the right to education, as we have seen, P.1-2 is the most vague and the most modest provision. The legal text in its negative formulation could not provide for a rich case law. The second sentence essentially ensures the rights of parents to the respect of their convictions in relation to the choice of education of their children.

3 THE STRASBOURG CASE LAW

European practice is mirrored in the case law of the late European Commission on Human Rights¹⁹ and that of the Court. To what extent has the supra-national mechanism of supervision of the right to education been effective? In what way can it be improved and adjusted to the twenty-first Century? The Court was called to interpret P.1-2 in relatively few cases during its almost 50 years of operation. More than half of the complaints were declared inadmissible. Nevertheless, even those that were declared inadmissible by the European Commission before the 1998 reform, and those declared inadmissible by the Court since that date, reveal the attitude of these institutions to the right to education. The right to education, as we shall see, was often invoked together with other Articles of the Convention, such as Articles 8, 9, 10, 13, and 14, concerning the right to respect for private and family life, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, right to an effective remedy and the prohibition of discrimination. The following domains were amongst the subjects addressed by the Commission and the Court: (i) Education and language; (ii) Compulsory Sex Education; (iii) Private Schools; (iv) School Discipline and Corporal Punishment; (v) Parents' Religious and Philosophical Convictions; (vi) Education and Atheism, Pluralism and Secularism; (vii) Higher Education and Capacity.

A. *Education and language*

The first case that was decided by the Court on the basis of P.1-2 was the *Belgian Linguistic Case*, 1968.²⁰ It is interesting to recall that Professor P.

19 The Commission ceased to function upon the entry into force of Protocol 11 restructuring the European control machinery in 1998 (European Treaty Series No. 155).

20 See *supra* (note 8).

Guggenheim assisted the Belgian Government. He was at that time Honorary Professor of the University of Geneva and Professor at the Graduate Institute of International Studies, Geneva. The applicants in this case, French-speaking residents in the Dutch-speaking regions of Belgium and the area of Brussels wanted their children to be educated in French. They claimed that P.1-2 imposed a positive duty on the State to make education accessible to all citizens.

The Court (sitting in plenary session, presided by René Cassin) adopted a different interpretation of Article 2 and held unanimously that the Article does not establish such a right to education as would require States to create at their own expense, or to subsidize, education of any particular type or at any particular level. Article 2 does, however, guarantee a right of access to educational institutions existing at the time. Furthermore, for the right of education to be effective, it is necessary that individuals should have the right to obtain official recognition of the completed studies. The Court said that the right to education “by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and individuals” (para. 5 of the judgment). The Court further held that the respect owed to the parents regarding their religious or philosophical convictions did not include linguistic preferences (para. 6 of the judgment). The applicants’ case was thus rejected. The only complaint that was upheld by eight votes to seven related to the discriminatory treatment of some children in certain localities with a special status on the periphery of Brussels, in violation of Article 14 of the Convention.

Thirty three years later, in 2001, in the first interstate case after the reform, the Grand Chamber of the Court (presided by the President Luzius Wildhaber and composed, i.a. by Professor Lucius Caflisch) decided in *The Cyprus v. Turkey Case, 2001*²¹ (by sixteen votes to one) that Turkey had violated the right to education enshrined in P.1-2 in respect of Greek Cypriots living in Northern Cyprus, in so far as no secondary school facilities were available to them. Although there was a system of primary-school education for the children of Greek Cypriots in the Greek language in Northern Cyprus, there were no secondary schools for them to continue their studies in Greek. The majority of the children went to the South for their secondary education and the restriction on the return of Greek Cypriot and Maronite schoolchildren to the North after the completion of their

21 Reports of Judgments and Decisions (2001-IV), p. 1.

studies had led to the separation of many families. Furthermore, school textbooks for use in the Greek Cypriot primary schools were subject to censorship and a relatively high number of schoolbooks were being objected to by the Turkish Cypriot administration (paras. 44 and 280 of the judgment). The Court thus held that the Greek Cypriot parents were denied the right to ensure their children's education in conformity with their religious and philosophical convictions.

The Court referred to the Belgian Linguistic Case and to its interpretation of Article 2. It had to admit that the provision does not specify the language in which education must be conducted in order that the right to education is respected (para. 277 of the Cyprus judgment). "However, in the Court's opinion, the option available to Greek-Cypriot parents to continue their children's education in the North is unrealistic" (para. 278). The Court found it difficult to follow the judgment in the Belgian Case that the right to education under P.1-2 "contains in itself no linguistic requirement" and to adopt the interpretation of Article 2 that "this provision does not require of States that they should, in the sphere of education or teaching, respect parents' linguistic preferences, but only their religious and philosophical convictions." It is indeed impossible to dissociate education from language. The Court thus concluded in the Cyprus Case that the "legitimate wish of Greek Cypriots living in northern Cyprus to have their children educated in accordance with their cultural and ethnic tradition, and in particular through the medium of the Greek language, could not be met" (para. 275 of the judgment). The denial of the use of the Greek language is a pivotal part of the denial of the cultural and ethnic Greek education on the level of Secondary Schools. Turkey has thus violated P.1-2. In the light of the *Cyprus v. Turkey* decision, one can assume that the judgment in the Belgian Case has been superseded. In an ever-growing multicultural and multilingual Europe, the *Cyprus v. Turkey* precedent (although unfortunately in special circumstances) is a much more appropriate one than the Belgian Linguistic Case of three and a half decades ago.

B. *Compulsory Sex Education*

The issue of compulsory sex education in schools first arose in Denmark. The case of *Kjeldsen, Madsen and Pedersen v. Denmark*, 1976²² revolved around the question as to whether Denmark, by introducing compulsory sex

22 See *supra* (note 7).

education in its curriculum for public schools has violated P.1-2 in cases, where parents objected to sex education for their children. The Court held that the second sentence of Article 2 is binding upon the Contracting States, in the exercise of “each and every” function that they undertake, in the sphere of education and teaching, so that the fact that a given function may be considered to be ancillary is of no moment in this context” (para. 50 of the judgment). “The right set out in the second sentence of Article 2 (ensuring respect for the parents’ religious and philosophical convictions) is an adjunct of this fundamental right to education. It is in the discharge of a natural duty towards their children – parents being primarily responsible for the “education and teaching” of their children – that parents may require the State to respect their religious and philosophical convictions . . .” (para. 52 of the Judgment).

The second sentence of Article 2 further implies “that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that “information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. This is the limit that must not be exceeded.” Here the Court laid down limits to the contents of education when it relates to compulsory sex education. The prohibition of indoctrination was also applied to religious education, as we shall see later on.

The Court noted, however, that in Denmark private schools are substantially funded by the Government and coexist with a system of public education, and thus held by six votes to one (Judge Verdross wrote a separate opinion.) that there had been no breach of the right to education, as the children or rather their parents could opt for a private school, where sex education is not compulsory.

Almost twenty-five years later, the issue of compulsory sex education arose again in a State school, this time in Spain in the case of *Jimenes Alonso and Jimenez Merino v. Spain* (2000).²³ The first applicant, the father, informed the headmaster of the school that his daughter would not be attending the sex education classes. He relied on his right as parent to choose his daughter’s moral education. The daughter did not attend the classes in question and refused to answer the questions when she sat for the final examination on the subject. Consequently she failed the examination

23 Reports of Judgments and Decisions (2000-VI), p. 465.

and had to repeat the school year. The applicants claimed that the national judicial decisions dismissing their appeals against the decision failing the daughter in her Natural Sciences examinations on account of her refusal to attend the sex education class infringed P.1-2.

The Court followed its own decision in the *Kjieldsen v. Denmark* Case, and unanimously declared the application inadmissible. The Court dealt with the case, as it did before, from the point of view of the parents, the right of the children to education was not addressed at all. Was it in the best interests of the child to repeat the school year because of failure to attend sex education classes? Does this sanction by the school authorities satisfy the test of proportionality? This case, unlike the Danish case of 1976, is governed now by the norms of the UNCRC, 1989. The norm enshrined in Article 3, which dictates, “the best interests of the child shall be a primary consideration” was overlooked. The Court declared more than once that the ECHR is to be interpreted in a dynamic and contemporary fashion. The ECHR is a “living instrument . . . which must be interpreted in the light of present-day conditions”.²⁴ It is to be regretted that the Court has not seized the opportunity to do so in this case.

C. *Private Schools*

P.1-2 does not refer to either public or private schools. It only provides that no person shall be denied the right to education. Thus, access to existing public schools should be guaranteed and the creation of private schools is allowed under certain conditions, as stated by the Commission that the P. 1-2 guarantees the right to start and run a private school “However, such a right cannot be a right without conditions”. The private school must ensure a minimum amount of knowledge and skills and must satisfy the requirements of compulsory education.²⁵

The issue of subsidizing private schools arose in the case of *X and Y v. The U.K.*, 1982²⁶ the Court has held that there is no positive obligation on the State to provide for or subsidize any particular form of education in order to respect the philosophical convictions of parents. Thus refusal of the authorities to provide financial support for the education of the applicants’ children at a Rudolph Steiner school – which gave practical effect to certain

24 *Tyrer v. The U.K.* (1978) Series A, No. 26, p. 15.

25 *Ingrid Jordebo v. Sweden* (1987) Application 11533/85 (Decision 6.3.1987), D.R. 51, p. 125.

26 Application No. 9641/81 (1982) 5 *EHRR* 465.

educational and philosophical convictions – was not a violation of P.1-2. The State did not prevent the parents from sending their children there and moreover it showed respect for the school by granting it charitable status. Similarly, the issue of special private schools for dyslexic children arose in *S.P. v. The U.K.*, 1997.²⁷ The U.K. denied the request to provide a private school for handicapped children and the Commission has found no violation and declared the case inadmissible.

It should be noted that when signing the First Protocol, the U.K. Government made a reservation in the following terms: “. . . In view of certain provisions of the Education Acts in force in the U.K., the principle affirmed in the second sentence of Article 2 is accepted by the U.K. only so far as it is compatible with the provision of efficient instruction and training, and the avoidance of unreasonable public expenditure.” The U.K. is not the only country to have a financial reservation. For instance, Malta, Germany and Moldavia have appended a similar reservation.

D. School Discipline and Corporal Punishment

The following cases were also brought against the U.K., where the practice of corporal punishment as a disciplinary measure was widespread in public as well as in private schools. Parents could not obtain a guarantee against such punishments and often no alternative education was available to children.

Mr. and Mrs. X and their son v. U.K. (1982)²⁸ is one of the cases that brought up the issue of corporal punishment before the institutions of Strasbourg. The parents of the boy, who was subjected to no less than fourteen times to this punishment, brought their views against such practice to the knowledge of the headmaster, when the latter asked them to persuade their son to accept the punishment complained of. The applicants complained to the Commission that the school authorities did not respect their views and thus violated P.1-2 of the Convention.

The Commission rejected the complaint as manifestly ill founded and declared the application inadmissible, because the parents did not bring their views to the attention of the school authorities on the previous occasions. The Commission considered that the parents’ views did not “attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance” in order to qualify as a ‘philosophical conviction’ meriting respect.

27 (1997) 23 *EHRR* C.D. p. 139.

28 (1982) Application No. 8566/79 5 *EHRR* 265.

Fortunately, the Court departed from the Commission's attitude in the *Campbell and Cosans v. The U.K.* Case (1982).²⁹ The judgment is amongst the very few in which the Court found a violation of P.1-2. By six votes to one the Court held that there had been, with respect to the parents, a breach of the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1. It held by six votes to one (Judge Evans partly dissenting in both cases) that the child's right to education was violated. Mrs. Cosans' son, Jeffrey, aged 15, was told to report to receive strokes on the palm of his hand with a leather strap, as punishment for having tried to take a prohibited short cut through a cemetery on his way home from school. When Jeffrey refused to accept the punishment, he was immediately suspended from school and he remained suspended for more than a year.

Although discipline of children at school may be considered as merely ancillary to education and does not form part of the substance of education, the Court held that the second sentence of Article 2 is binding on the Contracting States in the exercise of "each and every function" that they undertake in the sphere of teaching and education. Thus, corporal punishment may constitute a violation of the right to education (para. 33 of the judgment).

In dealing with the Government's contention that views on the use of corporal punishment did not amount to "philosophical convictions" the court was constrained to define the meaning of the term "convictions", which it differentiated from "opinions" and "ideas". It concluded that the term was more akin to the term "beliefs" (in the French text: "convictions") appearing in Article 9 – which guarantees freedom of thought, conscience and religion – and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance. In the Court's view, the expression "philosophical convictions" in the present context denotes, "such convictions as are worthy of respect in a 'democratic society' . . . and are not incompatible with human dignity; in addition, they must not conflict with the fundamental right of the child to education, the whole of Article 2 (P1-2) being dominated by its first sentence. . . ."

The Court underlined that in the present case "[t]he applicants' views relate to a weighty and substantial aspect of human life and behaviour, namely the integrity of the person, the propriety or otherwise of the infliction of corporal punishment and the exclusion of the distress which the risk of such punishment entails. They are views which satisfy each of the various criteria listed above; it is this that distinguishes them from opinions

29 (1982) Series A, No. 48.

that might be held on other methods of discipline or on discipline in general” (para. 36 of the judgment).

As to the denial of the right to education, the Court accepted the argument, that the suspension of Jeffrey from school, because of his parents’ convictions, not only left the parents with no choice but accepting Jeffrey’s return to school contrary to their convictions, but also denying Jeffrey his own right to education. The Court declared that: “A condition of access to an educational establishment that conflicts in this way with another right enshrined in Protocol No. 1 cannot be described as reasonable and in any event falls outside the State’s power of regulation under Article 2” (para. 41 of the judgment).

The impact of this judgment on U.K. Law was great and Section 47 of the Education (No. 2) Act, 1986 abolished corporal punishment in public schools. However, this is not yet the end of the story.

Thirteen years later, the Court was evenly divided (five votes to four, Sir John Freeland concurring and forming the majority) on the question of prohibition of corporal punishment in schools. The majority of the Court in the case of *Costello-Roberts v. The U.K.* (1995)³⁰ delivered an unexpected judgment. This time the corporal punishment took place in an independent private school and the victim of the corporal punishment, Jeremy, was a boy of seven. The punishment was administered by the headmaster, who gave him three “whacks” on the bottom through his shorts, with a rubber-soled gym shoe. The disciplinary measure aimed to teach the boy to accept authority and discipline. The boy was removed from school because his mother refused to submit Jeremy to the corporal punishment practiced by the school. The present case was ‘on all fours’ with the facts of the *Campbell Case*, except the fact that it happened in a private school.

Reading the judgment, one felt that the powerful reasoning of the Court would lead to the same conclusion as the one adopted in the *Campbell and Cosans Case*. The Court notes first that, the State has an obligation to secure to children their right to education under P.1-2. It recalls that the provisions of the Convention and its Protocols must be read as a whole. Functions relating to the internal administration of a school, such as the school’s disciplinary system fall within the ambit of the right to education. Moreover, the Court relies on Article 28 (2) of the UNCRC mentioned above, that prohibits punishment incompatible with the human dignity of the child. In addition, the Court takes into account that in the U.K., independent

30 (1995) Series A, No. 247-C.

schools coexist with a system of public education and that the State could not absolve itself from its responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals. The act of the headmaster of an independent school could thus engage the responsibility of the U.K. and in this respect there is no difference between a public and a private school.

After this valid reasoning the Court surprisingly concludes that the corporal punishment did not amount in this case to a violation of Article 3, as it did not reach the minimum threshold of severity and did not humiliate the child. The Court compared the present case with the *Tyrer v. U.K.* judgment (1978),³¹ which deals with judicial corporal punishment and not with disciplinary corporal punishment at school, instead of simply following the *Campbell and Cosans* precedent. One may also wonder in what way strokes on the palm of the hand with a leather strap are more degrading or humiliating than “whacks” on the bottom with a rubber-soled gym shoe? The *Costello-Roberts* decision cannot be reconciled with the *Campbell and Cosans* Case. The Court, moreover, refers to Article 28 (2) of the UNCRC, which ensures that school discipline is administered “in a manner consistent with the child’s human dignity”. This provision does not set any minimum threshold of severity of corporal punishment. It is surprising that the majority of the Court, however slight, came up with the decision that the corporal punishment administered by the headmaster has not violated P.1-2. With respect, the joint partly dissenting opinion of Judges Ryssdal, Vilhjalmsson, Matcher and Wildhaber is some consolation.

The dissenting judges noted that: “In the present case, the ritualized character of the corporal punishment is striking. After a three-day-gap the headmaster of the school ‘whacked’ a lonely and insecure seven-year-old boy. A spanking on the spur of the moment might have been permissible, but in our view, the official and formalized nature of the punishment meted out, without the consent of the mother, was degrading to the applicant and violated Article 3.”

It is to be hoped that corporal punishment *per se* would disappear from schools altogether as a disciplinary measure. The test of the severity of the punishment under Article 3 of the Convention should not apply to the right of education and to corporal punishment at schools. Physical force of any kind against a child is in itself a violation of his human dignity.³²

31 See *supra* (note 24).

32 *Tyrer* judgment, *supra* (note 24), p. 16, para. 33.

E. Parents' Religious and Philosophical Convictions

Under P.1-2 the parents, who are the principal educators of their children, have a right to respect of their religious and philosophical convictions. However, these religious convictions were not respected in the case of *Karnell and Hardt v. Sweden* (1971).³³ In this case the parents belonged to the Evangelical-Lutheran Church of Sweden and their children had compulsory religious instruction at school, whilst their own Church had been refused permission to provide alternative instruction. The applicants wished to get a dispensation for their children from taking part in certain classes in the State schools. Sweden, however, had entered a reservation when ratifying the Protocol to the effect that:

Sweden could not grant to parents the right to obtain, by reason of their philosophical convictions, dispensation for their children from the obligation of taking part in certain parts of the education in public schools, and also to the effect that the dispensation from the obligation of taking part in the teaching of Christianity in these schools could only be granted for children of another faith than the Swedish Church in respect of whom a satisfactory religious instruction had been arranged.

The Swedish Government has subsequently granted the applicants' wish to get a dispensation from compulsory religious education and the Commission approved a friendly settlement of the case, without the issue having to be decided by the Court.

The Swedish reservation has proved a stumbling block in a later case of *Angelini v. Sweden* (1988).³⁴ In this case the applicants, an atheist Swedish mother and her daughter wished to get a dispensation from taking part in certain classes containing religious education and their request was denied by the Swedish authorities. They based their claim mainly on a violation of their right to freedom of religion (Article 9). However, the mother's right under Article 2 of Protocol No. 1 was also denied in that she could not ensure for her daughter an education according to her own secular convictions. The Commission, declared the case inadmissible, inter alia because of the Swedish reservation.

In 1996, two identical interesting cases came up before the Court in actions by families *Valsamis and Efstratiou v. Greece* (1996).³⁵ The appli-

³³ Application No. 4733/71, (1971) 14 Yearbook 676.

³⁴ Application No. 10491/83 (1988) 10 EHRR 123.

³⁵ *Valsamis v. Greece* (1996) Reports of Judgments and Decisions (1996-VI) 2313. *Efstratiou v. Greece* (1996) Reports of Judgments and Decisions (1996-VI) 2348.

cants are Jehovah's Witnesses. According to them, pacifism is a fundamental tenet of their religion that forbids any conduct or practice associated with war or violence, even indirectly. The daughters of these families, students in secondary schools, were asked to take part in a school parade commemorating the outbreak of war between Greece and Italy on 28 October 1940. The students sought to be excused, but the school authorities denied their request. They nevertheless absented themselves from the parade and were punished by a temporary suspension from school. The parents did not allege any breach of their daughters' right to education as a result of their punishment. They considered, on the other hand, that their own right as parents to the respect of their religious and philosophical convictions was violated. According to them, pupils' education should be provided in history lessons rather than in school parades.

The Greek Government argued that the school parade had no military overtones . . . nor did it glorify military conflict. The Court remarked that: "While it is not for the Court to rule on the Greek State's decisions as regards the setting and planning of the school curriculum, it is surprised that pupils can be required on pain of suspension from school . . . to parade outside the school precincts on a holiday. Nevertheless, it can discern nothing, either in the purpose of the parade or in the arrangements for it, which could offend the applicants' pacifist convictions to an extent prohibited by the second sentence of Article 2 of Protocol 1" (para. 32 of the judgment). The Court added that the "the obligation on the pupil does not deprive her parents of their right to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions."

The Court decided by seven votes to two that there was no breach of P.1-2. The Court did not consider the school parade as an anti-pacifist event, although "surprised" by the Greek practice and by the severe punishment. It was consistent in its reluctance to interfere with the margin of appreciation of the State and left the question of the contents of education to the State educational authorities.

F. Education and Atheism, Pluralism and Secularism

In *Saniewski v. Poland* (2001),³⁶ the case revolved on the right to education and freedom of religion. The applicant, a student in a secondary school,

36 (2001) Reports of Judgments and Decisions (2001-V).

complained about the contents of his school report for a certain year. He asserts that his freedom of thought and conscience was breached since the absence of a mark for the course in religion reveals that he did not follow this course. He is obliged thereby to make a public statement as to his beliefs. He submits that he is an atheist in Poland, which is a Catholic country, where manifestations of religious intolerance are frequent; his chances of obtaining a place at university or a good job are seriously diminished thereby. He further complains on behalf of his parents, invoking P.1-2 of the Convention, that the contents of the impugned school report breached their right to ensure his education and teaching in conformity with their religious and philosophical convictions.

The applicant did not, however, substantiate his case. He did not suffer discrimination on account of his atheism implicit in the school report. The court seized the opportunity to recall the importance of freedom of religion, by saying that this freedom is also “a precious asset for atheists, agnostics, skeptics and the unconcerned. The pluralism, indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it”. The Court noted, however, that the applicant did not himself complain that he was a victim of a breach of P.1-2. Moreover, as the student had not submitted any power of attorney to represent his parents in an application before the Court, the latter refused to examine whether the right of the parents to respect of their convictions was violated and it declared, therefore, unanimously the application inadmissible.

The issue of freedom of religion and its limits and the impact on education was discussed in the action of *Dahlab v. Switzerland* (2001).³⁷ The applicant complained that the measure prohibiting her from wearing a headscarf in the performance of her teaching duties infringed on her freedom to manifest her religion, as guaranteed by Article 9 of the Convention. Although her application was not considered admissible, the Court clarified its attitude towards the right to education of the pupils. The Court observed that “in democratic societies, in which several religions coexist, within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom (of religion) in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone’s beliefs are respected.” The Court further reiterates that: “according to its settled case law, the Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing the existence and extent of the need for interference, but this margin is subject to European supervision,

37 (2001) Reports of Judgments and Decisions (2001-V 449).

embracing both the law and the decisions applying it, even those given by independent courts. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle . . . and are proportionate to the legitimate aim pursued."

The Court had to decide in this case whether the prohibition of the headscarf for a teacher in an elementary school was justified on educational grounds. It appears that the Court found it difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with a message of tolerance, respect for others and equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils. The court concluded that: ". . . weighing the right of the teacher to manifest her religion against the need to protect pupils by preserving religious harmony, the Court considers that, in the circumstances of the case and having regard above all, to the tender age of the children for whom the applicant was responsible as a representative of the State, the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation and that the measure they took was therefore not unreasonable." It was a measure necessary in a democratic society. The Court highlighted the importance of the role of the teacher as a neutral educator. Geneva was justified in prohibiting the wearing of the headscarf by a teacher in an elementary school and the applicant's complaint was held by a majority of the Court inadmissible. The Court went a step further in the case of *Sahin v. Turkey* (2004)³⁸ siding with the Turkish prohibition of veils at the University. In the name of separation of State and religion and with the aim of protecting secularism in higher education, the Court found no violation of the freedom of religion of a medical student who was forbidden to wear a veil at the University.

The Sahin Case was subsequently heard by the Grand Chamber. In its judgment of 10th November, 2005 the Grand Chamber, unlike the Chamber of seven Judges, considered that the complaint under the first sentence of Article 2 of Protocol 1 could be considered as separate from the complaint under Article 9 of the Convention. The Grand Chamber thus addressed the issue of the denial of the right of education in the special circumstances where a ban on headscarfs at the University of Istanbul prevented Lyla

38 Application No. 44774/98. Judgment of 29 June 2004. In England in the Appeal Case against the *Headteacher of Denbigh High School* (2005) C.A. EWCA Civ 199 (Case no. C/2004/1394) decided on 2 March 2005, the Court held that the U.K., unlike Turkey, is not a secular State. The claimant had a right under Article 9 (1) of the ECHR to manifest her religion, insisting on wearing Muslim garments at school, although the school uniform was compatible with Muslim criteria.

Sahin from finishing her medical studies and she was forced to leave the country and complete her studies at the University of Vienna. The majority of the Grand Chamber came to the conclusion that there was no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol 1. The obvious purpose of the Turkish restriction to wear a Muslim headscarf at the University was “to preserve the secular character of educational institutions.”

It is important to note the Dissenting Opinion of Judge Françoise Tulkens, which advances certain arguments in favour of the condemnation of Turkey for the violation of the right to education under Article 2 of Protocol 1 and which highlights the importance of tolerance and pluralism in education: “More fundamentally, by accepting the applicant’s exclusion from the University in the name of secularism and equality, the majority have accepted her exclusion from the type of liberated environment in which the true meaning of these values can take shape and develop. University affords practical access to knowledge that is free and independent of all authority. Experience of this kind is far more effective a means of raising awareness of the principles of secularism and equality than an obligation that is not assumed voluntarily, but imposed. A tolerance-based dialogue between religions and cultures is an education in itself, so it is ironic that young women should be deprived of that education on account of a headscarf. Advocating freedom and equality for women cannot mean depriving them of the chance to decide on their future. Bans and exclusions echo that very fundamentalism these measures are intended to combat. Here, as elsewhere, the risks are familiar: radicalisation of beliefs, silent exclusion, a return to religious schools. When rejected by the law of the land, young women are forced to take refuge in their own law. As we are all aware, intolerance breeds intolerance.”³⁹

G. *Higher Education and Capacity*

The last case to be mentioned, which was declared partly admissible in June 2002 is that of *Eren v. Turkey*.⁴⁰ The applicant’s complaint concerned the denial of his right to access to university education. The question of his capacity is in the centre of the complaint. The case is still pending and it will be interesting to find out the attitude of the Court towards the denial of access to higher education. Will the Court find an arbitrary denial of

39 Para. 19 of the Dissenting Opinion, available at <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>.

40 Application No. 60856/00, Decision of 6 June 2002 partly admissible.

higher education in this case, as claimed by the applicant, or will it be inclined to allow a margin of appreciation to the Turkish educational authorities? Or rely on the Commission's decision in *Patel v. The U.K.* (1982),⁴¹ that there is no absolute right to higher education?

4 SUMMARY

Out of the twenty cases under review, the Court pronounced a violation of P.1-2 only in two to three cases: partly in the *Belgian Linguistic Case*, 1968, regarding some discriminatory linguistic regulations in education; in *Campbell and Cosans v. U.K.*, 1982, with respect to corporal punishment in schools in England, and recently, in the *Cyprus v. Turkey Case*, 2001, in rather exceptional circumstances in Northern Cyprus. The Court found that there was a denial of the right to education in the case of Greek Cypriots in Northern Cyprus under Turkish control. In six other cases, the Court did not find a violation of the right to education, including the Grand Chamber's judgment in the *Sahin v. Turkey Case* and one case is still pending (*Eren v. Turkey*). The remaining cases were declared inadmissible. In five other cases, the Court did not find a violation of the right to education. The remaining cases were declared inadmissible. The Court showed some reluctance to interfere with the national curricula regarding religious education, compulsory sex education, and other functions. The Court respected the margin of appreciation left to the States and indeed, it exercised a limited European supervision. Nevertheless, some lessons as to the right of education can be gleaned from the leading cases reviewed above:

1. Education covers all three levels of schooling.
2. Education is a larger term than teaching and includes the transmission of values.
3. Parents are primarily responsible for the education and teaching of their children.
4. Education is left to regulation by the States.
5. Certain religious and philosophical convictions of parents must be respected, including their linguistic preferences (*Cyprus v. Turkey*, 2001).
6. States have no obligation to establish at their own expense, or to subsidize, education of any particular type or any particular level.

41 (1982) 4 EHRR 256.

7. Access to education in existing establishments should be without discrimination.
8. Sex education as well as religious instruction should be objective and pluralistic, without any aim of indoctrination or demonstration (such as wearing of a headscarf by a teacher).
9. Disciplinary measures at school are part of education and they should be compatible with the human dignity of the child. There is, however, no absolute prohibition of corporal punishment. Only punishment, which is inhumane or degrading, is forbidden according to the majority of five against four judges in the *Costello-Roberts* Case (1995).

5 P.1-2 AND THE RATIFICATION BY SWITZERLAND

Switzerland has not yet ratified the P.1-2. The reason was that it could not implement the Protocol in internal law because of non-compliance of its national and chiefly its Cantonal law. At the time it came up for ratification in 1968, certain Cantons had, for instance, a different system of education for boys and girls in Secondary Schools. The Report of the Federal Council to the Federal Assembly stated that ratification of the Protocol would have been possible only with certain reservations.⁴² On 26 June 1985, the Swiss Federal Council renounced to propose to the Parliament, the ratification of the P.1-2 for the time being. The reason given was that the majority of the Cantons criticized Article 2 as violating their sovereignty in matters of education.⁴³ It is only recently that the question of the ratification of the Protocol was placed again on the legislative agenda as a priority. In 1992, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966, as well as the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, entered into force for Switzerland. They include the right of education as cited above and are much more explicit than P.1-2. The new Swiss Federal Constitution that entered into force in January 2000 also enshrines the right guaranteed by the Protocol. The reasons that prevented Switzerland from ratifying the Protocol do not seem to exist any more. Moreover, at the end of 2002 the Swiss Cantons were consulted on the issue of compatibility of Swiss law with the ECHR and the Protocol. The conclusion was that Switzerland

42 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Feuille fédérale*, 31 December 1968, Vol. II No. 52.

43 XLI *ASDI*, 1985, 249, referring to the *NZZ*, No. 146 (27 June 1985), p. 32.

could now, without reservations, adopt the right to education as enshrined in P.1-2.⁴⁴ In the light of the preceding developments, the ratification of the Protocol may take place during the current legislative period and the anomaly regarding Switzerland will disappear at last.

6 THE RIGHT TO HUMAN RIGHTS EDUCATION

The United Nations has declared 1995-2004 as the Decade for Human Rights Education. This is in the spirit of Article 26 paragraph 2 of the UDHR, 1948, which provides that: “Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening respect for human rights and fundamental freedoms”. One cannot respect human rights without learning first what they are. Moreover, if one does not know his rights how can he ensure his protection against a violation? This concern was very clearly pronounced by the French philosopher, Marquis de Condorcet, in 1792, when he presented to the French Legislative Assembly a report and a draft decree on the general organization of public education. He wrote in his *Ecrits sur l’instruction publique* “We did not want for a single man in the realm to be able to say ‘The law assured me complete equality of rights, but I am denied the means of knowing them’”.⁴⁵

The right to human rights education has a double purpose: firstly, self-protection against violations, and secondly, the respect of human rights and fundamental freedoms of fellow human beings. The importance of a right to human rights education is much more crucial in the new Member States of the Council of Europe that have a longer way to go in order to adjust to the acquired rights gained over the years in Western Europe.

The Preamble of the Constitution of UNESCO, adopted in London in 1945, prior to the UDHR, declares that “the wide diffusion of culture, and the education of humanity for justice and liberty and peace are indispensable to the dignity of man and constitute a sacred duty which all the nations must fulfill in a spirit of mutual assistance and concern”. One of the early UN Resolutions⁴⁶ was to give publicity and to disseminate the Universal Declaration of Human Rights, 1948. Fifty years later, in 1997, the Report

44 See 8th Report on Switzerland and the Council of Europe Conventions, *Feuille fédérale*, 26 May 2004, p. 3809.

45 See *The Emergence of Human Rights in Europe: An anthology* (Council of Europe, 2001), pp. 49 *et seq.*

46 UN Resolution No. XXV adopted on the Report of the Second Committee, 12 May 1968.

of the Secretary General of the UN called on all States and institutions to include human rights, humanitarian law, democracy and the rule of law as subjects in the curricula of all learning institutions.⁴⁷ The UN has declared that the 1st of March 2005 marks the beginning of the Decade for Education for Sustainable Development.

7 REFLECTIONS DE LEGE FERENDA

The Report of the International Commission on Education for the Twenty-First Century submitted to UNESCO in 1996,⁴⁸ has selected four pillars as the aims of education: 1. To learn to know; 2. To learn to do; 3. To learn to be, and 4. To learn to live together.

The first two pillars embrace knowledge that can be disseminated today also through mass media and the Internet. The term “teaching” used in the context of P.1-2 covers these aims, and, the other two pillars focus on “education” and the transmission of values, also covered by the terminology of the Strasbourg institutions. These pillars can certainly provide guidance as to the substance of education. The level of education in the old Member States of the Council of Europe and the new ones is not the same. The integration of Europe requires some harmonization and the raising of standards. At the same time the emergence of different cultures, languages, religions and traditions calls for a pluralistic approach to education. These two contradictory aims – harmonization and pluralism – would require a careful and effective balancing act. The European collective guarantee for the protection of human rights would have to establish minimum standards common to old and new Council of Europe Member States.

It is mainly through the full exercise of the right to education that these minimum standards can progress and develop across Europe. Education is not merely “the glue to hold society together”.⁴⁹ It is the guarantee for success and progress of future generations. The Amman Affirmation (1996) communicated at the mid-decade meeting of the International Consultative Forum on Education for All, expresses it best: “Education is empowerment. It is the key to establishing and reinforcing democracy, to development,

47 UN GA A/52/649/Add 1 (20 October 1997).

48 Published under the title: *L'Education, un trésor est caché dedans* (Edition Odile Jacob).

49 Quoted from the Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, submitted to the UN Commission on Human Rights on 7 January 2002, GENERAL E/CN 4/2002/60, p. 15.

which is both sustainable and humane, and to peace founded upon mutual respect and social justice. Indeed, in a world in which creativity and knowledge play an ever-greater role, the right to education is nothing less than the right to participate in the life of the modern world.”⁵⁰

The European perspective, as mirrored in P.1-2 and the case law of the Strasbourg institutions, has rather been narrowly conceived and even a dynamic and a teleological approach to the interpretation of P.1-2 would have not gone far enough. The text itself must be modified to define the substance of education and the right should be a positive right. At the same time, the right to education deserves to be spelt out in the Convention itself and should not continue to share a Protocol with the right to property. Moreover, the text must clearly identify the beneficiaries of the right and the scope and aim of education. A synthesis of the provisions of the UNCRC and the EU Charter will help update the aging P. 1-2. The Court should be given the opportunity to interpret and apply the right to education in a wider and more up to date perspective. One would expect more precedents in the spirit of the *Campbell v. the U.K.* and the *Cyprus v. Turkey* decisions in the field of the fundamental right to education in the Twenty-First Century. The ongoing debate on reconciling respect for individual freedoms on a European level and the margin of appreciation left to the States should be settled in favour of a progressive ever-growing protection of human rights.

50 Education for All: Achieving the goal, mid-decade meeting of the international consultative forum on education for all, Amman, Jordan, 16-19 June 1996.

 THE MANY FACES OF THE TERM *OPEN CITY*

Ruth Lapidot and Christian Franz***

1 INTRODUCTION

According to a well known principle of the laws of war, an open town is a locality that a belligerent has declared to be “open”, i.e. undefended, and, if the adversary accepts this status, it will not be bombarded. The purpose is to prevent unnecessary suffering to non-involved civilians and to avoid unwarranted destruction. The principle has been supplemented by several related institutions: “undefended areas”, “hospital and safety zones”, “neutralized areas” and “non-defended localities”.

However, in recent times, the term has also been used in very different contexts relating to peace time. In the following pages, an attempt will be made to clarify the development of the classical term as well as get a glimpse of the new uses of the expression.

2 THE CLASSICAL MEANING¹

The open city or open town principle is a rather ancient one. It was applied inter alia in the Civil War in the U.S.A. (1861-1865) with regard to

* Professor Emeritus of the Hebrew University of Jerusalem, Professor at the Law School of the College of Management; senior researcher at the Jerusalem Institute for Israel Studies. Special thanks are due to Amnon Ramon for having drawn our attention to the “open city” request for Jerusalem in 1967, as well as Shoshana Glatzer and Ala Galprin for their help in finding the interdisciplinary material. Many, many thanks go to Morissa Amittai for the excellent typing. The author wishes to thank Farid Jubran for his help in locating relevant articles.

** Cand. Jur., Ludwig Maximilians University, Munich

1 Or “open towns”, see e.g. D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, Oxford University Press, 1995), at paras. 457-463 (non-defended localities); I. Dettner, *The Law of War*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), pp. 278-

Columbia (North Carolina) and Richmond (Virginia).² Other famous cases are Paris (in June 1940), and Rome (in June 1944). Manila, on the other hand, was not recognized by Japan as an open city despite a declaration to that effect by General D. MacArthur of the United States (December 1941).³ Other famous cases of requests for open city status that were not recognized are Jerusalem (in 1967), Kabul, for which U.S. Secretary of State Powell suggested it in 2001⁴ and Sarajevo (in 1993).⁵

Opinions are divided on whether the open city rule is a customary one, or only a matter of usage.⁶ It is generally accepted that the rule of open towns applies only in areas of contact between enemies, and only to towns that are open for occupation.

A first attempt to codify the rule was made by the 1874 Brussels convention which never entered into force:

Fortified places are alone liable to be besieged. Open towns, agglomerations of dwellings, or villages which are not defended can neither be attacked nor bombarded. (Article 15)⁷

The 1899 and 1907 Hague Regulations dropped the term “open town” and replaced it by “towns . . . which are not defended”:

The attack or bombardment by whatever means, of towns, villages, dwellings or buildings which are undefended is prohibited. (Article 25)⁸

This provision can be interpreted as meaning that the immunity from attack could also apply to places that are not open for occupation. A problem that

280; R.Y. Jennings, “Open Towns” 22 *BYIL*, 1945, p. 258; J.G. Starke, “The Concept of Open Cities in Humanitarian International Law”, 56 *ALJ*, 1982, 593-597; H. Wayne Elliott, “Open Cities and (Un)defended Places”, *Army Law*, 1995, 39-50.

2 Elliott, *supra* (note 1), p. 41.

3 *Ibid.*, at 45-46. See also J.F. Elkin, “Application of the ‘Open City’ Concept to Rome 1942-1944”, *U.S. Air Force Review*, 1980-1981, 188-200.

4 *U.S.A. Today*, 12 November 2001.

5 Elliott, *supra* (note 1), 48-50.

6 A.M. de Zayas, “Open Towns”, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III (Amsterdam, Elsevier, 1997), pp. 782-784, at p. 782.

7 D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed Conflict* (The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 29.

8 1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex to the Convention, Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land. Art. 25, reproduced in A. Roberts, R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd ed. (Oxford, Clarendon Press, 2000), p. 78. A similar provision was included in the Hague Convention IX of 1907, concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War, Art. 1, *ibid.*, p. 113.

may be related to this provision is that the locality being undefended does not necessarily imply that there is no military equipment in it.

The Hague Regulations also imposed upon the commanding officer an obligation to warn the authorities before bombarding except in cases of assault (Article 26); he has also to take all necessary measures to spare, as far as possible special buildings of arts and sciences, as well as monuments. (Article 27)⁹

In those days, for air warfare, the notions of open city and undefended localities had little relevance. Hence, the 1923 Hague Air Warfare Rules, which have never been adopted, did not refer to these institutions, but instead limited legitimate bombardment to military objectives (Articles 22, 24 (1), 24 (3)).¹⁰ The text also includes a list of what military objectives are (Article 24 (2)).

The technological changes and the experience of World War II prompted the international community, with the help of the International Committee of the Red Cross (ICRC), to adopt the four 1949 Geneva Conventions for the protection of victims of war. There is no specific reference to open cities in any of them, but several provisions in the Fourth Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War have similar objectives, since they deal with the establishment of special zones in which those who do not take part in the hostilities, should be protected.

Two such localities have been foreseen: “Hospital and safety zones” (Article 14), and “neutralized zones” (Article 15).¹¹ Hospital and safety zones should be established in order to protect wounded, sick and aged persons, children under 15, expectant mothers and mothers of children under 7. These zones are usually established outside the combat zone and are of a permanent character. The parties to the conflict may conclude agreements on the mutual recognition of the zones and localities. The Protecting Power and the ICRC are invited to facilitate the establishment of these zones and their recognition.

Of a somewhat different nature are “neutralized zones”. Here the text expressly says that they should be in the regions where fighting is taking

9 *Ibid.*, p. 78. See also the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, *ibid.*, p. 371.

10 *Ibid.*, pp. 144-145.

11 *Ibid.*, pp. 306-307. For the history of these provisions, see J.S. Pictet, *Commentary on the Fourth Geneva Convention for the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva, ICRC, 1958), pp. 121-124.

place. A belligerent party may propose to the adversary, the establishment of neutral zones intended to shelter the wounded and sick as well as civilian persons who take no part in the hostilities, from the effects of war. Thus, the groups of persons that may look for shelter in a neutralized zone are not as limited as those that may proceed to hospital and safety zones, discussed above. An agreement is to be concluded by the parties concerning the location and administration of the zone, as well as on the beginning and the termination of the zone – these zones are of a temporary character (Article 15).¹²

The new 1949 provisions have not replaced the ones in the 1907 Hague Regulations discussed above, and they represent an addition.

Similarly, Article 59 of the 1977 Protocol Additional I to the 1949 Geneva Conventions is an addition, not a replacement. This text refers to “non-defended localities”: “It is prohibited for the parties to the conflict to attack, by any means whatsoever, non-defended localities . . .”¹³ The relevant area has to be an “inhabited place”, “near or in a zone where armed forces are in contact,” and it has to be open for occupation. The provision lists four conditions that will assure the non-involvement in the hostilities and the evacuation of military equipment.

As to the procedure to be followed: the relevant party will declare a certain zone as non-defended; the other party “shall” acknowledge receipt of this declaration and shall treat the locality accordingly. It thus seems that under this provision, no agreement is needed, but only the acknowledgement of the receipt of a unilateral declaration.

The two parties may forego some of the conditions of non-involvement in the hostilities by the people in the non-defended locality.

The 1977 Provision on non-defended localities reminds one of the notion of open city: in both cases, the area has to be inhabited, situated close to the war zone, and open for occupation.

To conclude this chapter: international law has recognized several means in order to keep an area out of hostilities: the classical open city or town under historical practice; undefended areas under the 1907 Hague Regulations; hospital and safety zones as well as neutralized areas under the 1949 fourth Geneva Convention; and non-defended localities under the 1977 Protocol I. The various provisions discussed above have not superseded or abolished

12 The two provisions have been analyzed thoroughly in Pictet, *supra* (note 11), pp. 119-133.

13 Roberts, Guelff, *supra* (note 8), p. 454. For commentary, see C. Pilloud and others, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, English translation (Geneva, ICRC/M. Nijhoff, 1987), at paras 2263-2297.

the classical “open town”. It has been argued that the technological developments in warfare have practically rendered the institution of open town obsolete.¹⁴

3 NEW USES OF THE TERM OPEN CITY

These new uses are characterized by their diversity, and in some cases of lack of clarity. In the Soviet Union, several towns were out-of-bounds for foreign diplomats and tourists; towns which were not thus “closed” were considered to be “open”. In other contexts, the term seems to refer to openness to outside influence. Economists use the term to denote a city economy with mobile firms and workers, both residents and commuters.¹⁵

In two cases the term seems to be employed with a more specific meaning. In one of them the meaning is clear, namely, with regard to certain cities in Bosnia and Herzegovina, in the other case it is not clear in the context of Jerusalem.

A. Several Towns in Bosnia and Herzegovina

The war in the country ended in 1995 with the conclusion of the General Framework Agreement for Peace, generally known as the Dayton Agreement.¹⁶ In order to encourage cities to take back refugees,¹⁷ the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) established a special program – the UNHCR Open Cities Initiative – to encourage cities and municipalities where reconciliation between ethnic communities was possible, to declare publicly their willingness to allow minority groups to return. When such willingness was demonstrated by actual returns, the community was immediately rewarded with international assistance.¹⁸

14 See e.g. de Zayas, *supra* (note 6), p. 284. M.C. Waxman, “Siegecraft and Surrender: The Law and Strategy of Cities as Targets”, 39 *Va J Int'l L*, 1999, 353-423.

15 See e.g. A.F. Haughwout, R.P. Inman, “Fiscal Policies in Open Cities with Firms and Households”, 31 *Regional Science and Urban Economics*, 2001, 147-180.

16 35 *ILM*, 1996, 75-183.

17 *Ibid.*, Annex 7, pp. 136-141.

18 UNHCR, *Open Cities Initiative*, 1 January–15 April 1999, www.db.idpproject.org/Sites/idp/Su...untries/2fo5e7/edof24s2567. See also M.D. Shapiro, “The Lack of Implementation of Annex 7 of the Dayton Accords: Another Palestinian Crisis?” 14 *Am U Int'l L Rev*, 1998, 545-596, at footnotes 201-213.

Several cities benefitted from this initiative; by 1999 their number was 14, including inter alia Sarajevo and Konjic.¹⁹ Thus, in Bosnia and Herzegovina the term “open city” meant a city that opened up to the return of refugees belonging to minority groups.

B. Jerusalem

Jerusalem is one of the most difficult issues in the conflict between Israel and the Palestinians, as well as with various Muslim countries. Israel and the Palestinians have agreed to settle it in their negotiations on the permanent settlement²⁰ which unfortunately have not yet (as of 2006) been successful.

Many experts and institutions have suggested a variety of solutions.²¹ Some of the proposals submitted in the last decade include a recommendation that Jerusalem (or parts of it) should be an open city, e.g. the 2000 proposal by Faisal Husseini,²² the 1995 Beilin-Abu Mazan text,²³ and the 2002 Ayalon-Nusseibeh principles.²⁴

Moreover, the term was also extensively used in the official negotiations that took place at Taba in January 2001.²⁵ According to the account of Ambassador Miguel Angel Moratinos, representative of the European Union, the following is a summary of the relevant discussions:

Open City

Both sides favored the idea of an Open City. The Israeli side suggested the establishment of an open city whose geographical scope encompasses the Old City of Jerusalem plus an area defined as the Holy Basin or Historical Basin. The Palestinian side was in favor of an open city provided that continuity and contiguity were preserved. The Palestinians rejected the Israeli proposal regarding the geographic scope of an open city and asserted that the open city is only

19 *Ibid.*, note 204.

20 The 1993 Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements, 32 *ILM*, 1999, pp. 1525-1544, Art. 5(3); “The 1995 Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip” 36 *ILM*, 1997, 551, Art. 31(5).

21 M. Hirsch, D. Housen-Couriel, R. Lapidoth, *Whither Jerusalem? Proposals and Positions Concerning the Future of Jerusalem* (The Hague, M. Nijhoff, 1995), pp. 25-136; R. Balleste, “The International Status of Jerusalem: The Legacy of Lasting Peace”, 43 *Revista de Derecho Puertoriqueno*, 2004, 249-275, at 266-275.

22 F. Husseini, “The Holy City Must be Ruled Fairly” (ed. Op.), *LA Times*, 3 July 2000.

23 *Haaretz*, 21 September 2000.

24 *Haaretz*, 7 August 2002.

25 Ambassador Miguel Angel Moratinos, representative of the European Union, “EU Description of the Outcome of Permanent Status Talks at Taba”, <http://www.ue.eu.int/pesc/envoye/cv/moratinos/mandate.htm>.

acceptable if its geographical scope encompasses the full municipal borders of both East and West Jerusalem . . .

Furthermore the Israeli side proposed a number of special arrangements for Palestinian and Israeli residents of the Open City to guarantee that the Open City arrangement neither adversely affected their daily lives nor compromised each party's sovereignty over its section of the Open City.

It is not intended to analyze the above text here²⁶ but rather to concentrate on the question of what is meant by the term “open city”. It is amazing that with so much talk about an open city, there is no hint of what is meant by the term in this context. It may safely be assumed that the parties did not have in their mind the notions discussed above – neither the classical humanitarian notion, nor the one of the UNHCR, or even the one used by economists.

In the search for an adequate meaning, one may look at other expressions that include the term “open”. One may look at the term “open society” which is characterized by “individualism, equalitarianism, faith in reason and love of freedom”.²⁷ It is doubtful whether this description of the “open society” can help to discover the openness foreseen for Jerusalem.

Another expression which includes the word “open” is the “open door policy”, used in the past to say that certain economic activities, mainly trade in a specific area, had to be open to all States and their citizens on the basis of equality.²⁸ Perhaps more relevant could be the expressions “open sea” – the opposite of closed seas, and “open skies”, which convey the idea of full or at least relative freedom of communications on the high seas and in the sky.

Finally I decided to ask many friends and colleagues from different walks of life – lawyers, businessmen, political scientists – what should be the meaning of the term “open city” in the context of Jerusalem. The answers were rather varied and most interesting. A high official in the administration of Berlin said that she and her colleagues use the term to mean openness to many cultures. According to others, the area should be without sovereignty, or that sovereignty in the city should be limited. Most of those interviewed, emphasized the need for freedom of access (perhaps even without the need for an entrance visa), but when confronted with the problem of security and the risk of smuggling, they agreed that certain limits and control have to be foreseen.

26 See M. Klein, *Shattering a Taboo: The Contacts Toward a Permanent Status Agreement in Jerusalem* (Jerusalem, Jerusalem Institute for Israel Studies, 2001), pp. 78-81 (in Hebrew).

27 K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, 5th ed. (London, 1966), p. 199.

28 G. Erler, “Offene-Tür Politik”, in: H.J. Schlochauer (ed.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Vol. 2 (Berlin, W. de Gruyter, 1961), pp. 664-665.

Assuming that the openness of Jerusalem should mean freedom of access for peaceful purposes, the implementation of this principle requires detailed agreement between the parties on various practical matters: First, access by whom? Namely citizens and residents of which States? What about stateless people? Does the visitor have to belong to a certain category, such as tourists, pilgrims, scholars or traders? What documentation would the different kinds of visitors need? Second, from where should access be free? From Israel? From Palestine? From other countries? Third, how long may a visitor stay in Jerusalem? Fourth, where should he exit from the city? Under what conditions? Fifth, to which parts of Jerusalem should freedom of access apply? Sixth, what measures should be taken to ensure security, and to prevent smuggling? What happens in time of emergency? This is just a sample of the questions that have to be dealt with.

The idea that access to Jerusalem should be free probably derives from the principle of freedom of access to Holy Places. As is well known, in Jerusalem, there are many places that are holy to one or more of the main monotheistic religions – Judaism, Christianity and Islam. Moreover, the city itself is considered to be holy. The principle of freedom of access to Holy Places is usually subject to the requirements of “public order and decorum” as well.²⁹

4 CONCLUSIONS

The classical notion of “open city” – a city protected against attack and devastation under certain conditions – may perhaps have lost some of its relevance due to the nature of modern warfare but it is not completely out of use. The new uses of the term have not yet attained legal contours: neither the meaning nor the applicable rules have been established with legal precision. Moreover, the term is used with different meanings in different contexts, e.g. with regard to certain cities in Bosnia and Herzegovina (open to the return of ethnic minority refugees) and Jerusalem (probably freedom of access).

Whatever its precise meaning may be, let us hope that it may enhance the chances for the peaceful settlement of disputes among States and among ethnic groups.

29 This expression is quoted from the Terms of the British Mandate for Palestine of 1922, reproduced in R. Lapidoth, M. Hirsch, *The Arab-Israel Conflict and its Resolution: Selected Documents* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992), pp. 25-32, Art. 13, at p. 28.

TRANSITIONAL JUSTICE AND THE INTERNATIONAL
CRIMINAL COURT: SOME REFLECTIONS ON THE ROLE
OF THE ICC IN CONFLICT TRANSFORMATION

*Jürg Lindenmann**

1 BACKGROUND

The adoption, on 17 July 1998, of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) marked the beginning of a new era in international law. At the ceremony held the next day at the Campidoglio in the presence of the then Legal Advisor of the Swiss Federal Department of Foreign Affairs, Lucius Cafilisch, the UN-Secretary General Kofi Annan underlined that the adoption of the Statute was a historic moment and continued: “The establishment of the Court is . . . a gift of hope to future generations, and a giant step forward in the march towards universal human rights and the rule of law. It is an achievement which, only a few years ago, nobody would have thought possible.”¹

The creation of a judicial organ competent to prosecute, at the international level, those responsible for the commission of the most serious crimes of concern to the international community had been long awaited. The first draft statute for a permanent court capable of trying violations of

* Doctor in law, Attorney-at-law, Deputy Legal Advisor of the Swiss Federal Department of Foreign Affairs, Lecturer at the Universities of Fribourg and Bern, Switzerland. The views expressed are those of the author alone.

1 Statement by the United Nations Secretary-General Kofi Annan at the Ceremony held at Campidoglio celebrating the adoption of the Rome Statute of the International Criminal Court on 18 July 1998: www.un.org/icc/speeches/718sg.htm.

international humanitarian law dates back as far as 1872.² Though the idea was kept alive over time,³ it took more than a century – and it should be said: a particularly brutal one – for such a Court finally to become a reality. Certainly, the 20th century demonstrated like no other that human beings are capable both of living up to the highest aspirations and of committing the most horrendous crimes: The demarcation line between civilization and barbarism remains frightfully thin. It is true that, after the atrocities of World War II, the international community increased its efforts to construct more solid grounds for human civilization, in particular through the development of substantive norms in the area of human rights and international humanitarian law.⁴ All too soon again, international crises⁵ emerged, however, revealing that respect of some of those norms may fail when it would be needed most critically. High hopes that the end of the Cold War would pave the way for a solid international order based on the rule of law were soon disappointed, in particular with the horrible experiences related to the disintegration of the Former Yugoslavia after 1991 and to the 1994 genocide in Rwanda. The international community, which had been unable to put a stop to these crimes by taking timely counteractions, came to agree that in order to prevent atrocities of such a magnitude from reoccurring, additional efforts with a view to ensure better implementation of international law, in particular human rights, international humanitarian law and international criminal law, were needed also at the *institutional* level.

The Security Council took the first bold steps to this effect in creating the Ad-Hoc-Tribunals for the Former Yugoslavia in 1993 and for Rwanda in 1994.⁵ Starting from 1994, the General Assembly, on its part, took up the task of debating an international treaty establishing a permanent interna-

2 G. Moynier, “Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève”, 11 *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, 1872, 122. The text of the draft Convention is found in the annex of the said Bulletin. See also C.K. Hall, “Première proposition de création d’une cour criminelle internationale permanente”, 829 *RICR*, 1998, 59-78.

3 Article VI of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide of 1948 for example mentions an “international penal tribunal”, which suggests that the establishment of such an organ was thought to be imminent in 1948. For a complete description of the history, see C.M. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2nd ed. (The Hague/London/Boston, Kluwer, 1999).

4 In particular through the adoption of the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the Genocide Convention of 1948, the four Geneva Conventions of 1949 and, at the regional level, the European Convention on Human Rights of 1948.

5 Res. 827 of the Security Council of 25 May 1993 and 955 of 8 November 1994.

tional criminal court. The Rome Statute adopted by the Diplomatic Conference of Plenipotentiaries in 1998 represents an important development in the endeavour to contribute effectively to the prevention of gross human rights violations and to the better respect of international humanitarian law.⁶ As the Statute recognizes itself – in particular by acknowledging the principle of complementarity – the ICC is, however, by no means intended to be a “cure all”. It is fair to say that all those involved in the negotiations leading up to and following the Rome Conference were acutely aware of both the significance and the limitations of the ICC. They had a sense that setting up the ICC was not the end of the journey, but the beginning.⁷ The Rome Statute was only a step within a development felt to be broader.

Today, seven years after the Rome Conference and three years after the entry into force on 1 July 2002 of the Statute, some of the outlines of the “larger picture” have become more apparent. This is so, on the one hand, because the Court is fully operational. It has become involved – perhaps more quickly than some observers had thought – in several specific situations: Uganda, Democratic Republic of Congo, Central African Republic and Sudan.⁸ Of course, we do not have enough distance and experience at this point to evaluate the ICC’s role comprehensively, but its activities carried out so far, nonetheless allow for a first provisional assessment on the contribution the Court renders (and can be expected to render in the future) in furthering peace and justice. In addition to the developments at the level of the Court, human rights activists, practitioners and academics have made significant progress in recent years in the evolving field of “transitional justice”. Their studies and activities continue to provide for valuable lessons learned in conflict transformation. In particular, they shed more light on the broader context within which the ICC operates.

6 See L. Caflisch, “Der neue Internationale Strafgerichtshof: ein Instrument zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte”, *Liechtensteinische Juristen-Zeitung*, 1999, 3-12.

7 C.M. Bassiouni, e.g., described the adoption of the Rome Statute to be “the beginning of a new phase in the history of international criminal justice”, cited in H. Fischer, C. Kress, S. Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law, Current Developments* (Berlin, Arno Spitz, 2001), p. 5.

8 Three States Parties to the Rome Statute have so far referred their own situation to the ICC: Uganda, the Democratic Republic of Congo and the Central African Republic in accordance with Article 14 of the Statute, thereby expressing that they consider themselves willing but unable genuinely to carry out investigations and prosecutions. The situation of Darfur, Sudan, was referred to the ICC by the Security Council with Resolution 1593 of 31 March 2005 in accordance with Article 13 let. b) of the Statute.

2 TRANSITIONAL JUSTICE

Transitional justice has been a rapidly growing field of policy interest and empirical study.⁹ When a State embarks upon the difficult transition from a violent past to a future in peace and justice, a number of complex decisions need to be taken relating to the interim legal regimes that are put in place to carry the transformation process forward. Based on the analysis of practical examples,¹⁰ transitional justice describes the process of transformation of societies which have experienced massive human rights abuses. It seeks to enquire about the sources of and solutions to conflict transformation: What are the major challenges that conflict and post-conflict societies are faced with? Why do certain societies manage to undergo successful transition and accomplish restoration of peace, respect for human rights and the rule of law, and why do others apparently struggle in vain? What are the processes and mechanisms operating within a society in transition? And how can transition of conflict and post-conflict societies be usefully assisted by outside actors?¹¹ The analysis provided is *interdisciplinary* in nature, involving not only legal, but also political, military, social, psychological, and anthropological features, since transition touches virtually all aspects of human life in society. The results of this analysis then flow back into the practice and into the activities of States, international organisations and non-governmental organisations in the field.

An appraisal of past and ongoing transitions, for example in formerly authoritarian Latin American or Asian States, the abolition of apartheid in South Africa or the overthrow of communist regimes in Central and Eastern Europe confirm that each situation is different. Consequently, there is no single way which would serve as a “fit-all” guarantee for successful transformation. Transitional justice may, however, provide for a “tool box” filled

9 See generally N.J. Kritz (ed.), *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, three volumes (Washington, United States Institute for Peace Press, 1995); R.G. Teitel, *Transitional Justice* (New York, Oxford University Press, 2000); P.B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, (New York, Routledge, 2001); *id.*, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions* (New York, Routledge, 2003); C. Campbell, “Peace and the laws of war: the Role of International Humanitarian Law in the Post-Conflict Environment”, 839 *IRRC*, 2000, 627-651.

10 See for example, the extensive studies and publications undertaken by the International Center for Transitional Justice, www.ictj.org.

11 See e.g. C. Reimann, “Assessing the State-of-the-Art in Conflict Transformation”, in: A. Austin, M. Fischer, N. Ropers (eds.), *Transforming Ethnopolitical Conflict. The Berghoff Handbook* (Wiesbaden, VS-Verlag für Sozialwissenschaften, 2004), available at www.berghoff-handbook.net.

with instruments to be used depending on concrete needs in a given case. Nevertheless, transitional justice mechanisms appear to follow a number of general but fundamental principles. They include the following elements:

A. *Establishing Truth*

Developing a lasting peace can only be achieved if a society effectively addresses its past.¹² An indispensable step in this process is the establishment of the *facts*. Everyone who is confronted, as a victim or a perpetrator or both, with a legacy of past abuses needs to *know* and *acknowledge* the truth about what happened.¹³ Assembling facts prevents the creation of legends, rumours, lies and myths as well as the production of heroes and martyrs, all of which could be exploited in the future to stir new disagreement. Acknowledging the truth also means to take stock of where a society stands and to draw a *demarcation line* between the unkind past and a more promising future. Of course, there may be room for divergent *interpretations* of the facts. It may not necessarily be damaging for the transition process to permit – within limits – the parallel existence of different “truths” which people, at the individual level, accept as their own. On the contrary, the attempt to “impose” one official truth as a doctrine would be doomed. What is important is that objective facts are not denied. Various actors can contribute different elements to the process of truth finding: historians, fact finding commissions, truth commissions, but to some extent also tribunals. Establishment of the truth is also important with a view to the possibility of a process of *reconciliation* and perhaps even forgiveness at some later stage in the transition. Both presuppose that the truth has been established. One can only reconcile if the object of reconciliation is clearly identified. And as for forgiveness, it has nothing to do with amnesia.

B. *Dispensing Justice*

For any society, but especially for a society in transition, the search for justice represents the foundation for the development of a lasting peace. Too often in the past, peace and justice have been conceived as being concepts

12 M. Blecker Massard, J. Sisson (eds.), *Dealing with the Past, Critical Issues, Lessons Learned and Challenges for Future Swiss Policy* (Berne, Swiss Peace KOFF 2/2004).

13 The title of the Stockholm International Forum on Truth, Justice and Reconciliation of 23-24 April 2002 is a program for successive transformation. The documents of the seminar are available at www.stockholmforum.com.

which oppose each other. However, there is ample experience today that peace and justice are in no way mutually excluding alternatives, but, on the contrary, that there is no peace without justice. True, there may be a question of proper sequencing: An overly aggressive strategy of criminal persecutions for example may endanger a fragile peace process. In the situation in Uganda, the ICC Prosecutor has already given statements expressing that he is sensitive to the dimension of peace negotiations.¹⁴ In the long run, however, experience has proven time and again that peace agreements are bound to fail if justice is not done. Blanket amnesties, for example, often add to the harm done to the victims and thereby prevent rather than accelerate a peaceful transformation. It is important in this regard that justice must not be understood to be limited to retributive justice only. It may, and perhaps should, also include concepts of restorative justice and in particular non-penal sanctions and forms of redress.

C. *Impunity and Accountability*

When it comes to serious crimes, criminal justice must be applied. Criminal justice seeks to achieve prevention through repression. Some of the most horrendous atrocities in the recent past have had their roots in a pre-existing climate of impunity. Impunity undermines the foundations of a healthy society because it encourages the use of violence. Potential perpetrators will more likely contemplate the commission of crimes if such crimes can be committed without consequences. And why, in turn, should the victims not take recourse to violence in order to revenge themselves? Impunity thus generates a climate of violence provoking further violence. Conversely, successful transition is only conceivable if the vicious cycle created by impunity

14 In the context of the situation in Uganda, the ICC Prosecutor stated on 18 March 2005, following a visit of Acholi leaders in the Hague, that under the Rome Statute, he had “the responsibility to investigate and prosecute serious international crimes, taking into account the interests of victims and justice”, that he was “mindful of traditional justice and reconciliation processes and sensitive to the leaders’ efforts to promote dialogue between different actors in order to achieve peace”. He went on to say that he had a “clear policy to focus on those who bear the greatest responsibility for the atrocities committed” and recognized “the vital role to be played by national and local leaders to achieve peace, justice and reconciliation”, Doc. No.: ICC-OTP 2005.042-EN, www.icc-cpi.int/press/pressreleases/96.html. In a Joint Statement by the ICC Chief Prosecutor and the visiting Delegation of Lango, Acholi, Iteso and Madi Community Leaders from Northern Uganda of 16 April 2005, all parties agreed, in working towards an end to violence, “to continue to integrate the dialogue for peace, the ICC and traditional justice and reconciliation processes”, Doc. No.: ICC-OTP-20050416.047-EN, www.icc-cpi.int/press/pressreleases/102.html.

can be broken. In these days, States have become acutely aware of this linkage. The resolution adopted by the Commission on Human Rights on 15 April 2005 on Impunity emphasized the importance of combating impunity and recognized that States must prosecute or extradite perpetrators of international crimes in accordance with their international obligations in order to bring them to justice.¹⁵ The resolution also took note with appreciation of the report of the independent expert, Diane Orentlicher, and the updated Set of Principles for the protection of human rights through action to combat impunity.¹⁶ These tools will serve as guidelines to assist States in developing effective measures for combating impunity.

What must be achieved today is the creation of a “culture of accountability”.¹⁷ Accountability is the reverse of impunity. Crimes – even the most horrendous ones – are not committed by abstract entities, but by individuals who must be made accountable personally for their conduct. The existence of a healthy society depends on the interaction of free, self-determined and autonomous individuals, which is unthinkable without the concept of personal accountability. The creation of a culture of accountability is also a central precondition for the establishment, at the appropriate stage, of a democratic society.

D. *Lustration and Vetting*

Individuals who bear major responsibility for human rights violations should be removed from public offices. The transformation process and, more precisely, the perception of its legitimacy, would otherwise be put in danger. For practical purposes, it may, however, not be advisable to remove even those officials who contributed only marginally to sustain the past regime. Their experience may be needed to ensure the orderly continuation of public administration during the already delicate transition phase. Therefore, the interests of efficiency and legitimacy must be continually balanced against

15 Commission on Human Rights, 61st session, Resolution on Impunity of 15 April 2005 (E/CN.4/2005/L.93).

16 D. Orentlicher, “To update the Set of principles to combat impunity”, Report of the independent expert, Commission of Human Rights, 61st session, Doc. E/CN.4/2005/102 of 18 February 2005; “Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity”, Commission of Human Rights, 61st session, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 of 8 February 2005.

17 See, e.g. P. Kirsch, “The Work of the Preparatory Commission”, in: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Ardsey, Transnational Publishers, 2001), p. xlv.

each other. In addition, successful transformation is bound to be an *inclusive* process. Too rigid a screening may unnecessarily exclude a considerable part of society from participating. What is important in any case, is that the process of lustration and vetting must itself follow the principles of rule of law and be carried out in accordance with human rights standards.

E. Restoring Confidence

Confidence is an issue with several dimensions. Societies confronted with a legacy of past abuses are usually marked by a complete loss of confidence in the proper functioning of authorities and institutions of any kind. In some situations, anarchy is prevalent. Here, authority needs to be re-constructed from the very beginning. But even where some rest of “Statehood” remained, a sentiment of profound distrust may be present, because the organs of that State may have been precisely the source of the abuse. For any actor within or outside, it is important to send several messages: It needs to be demonstrated that the *raison d’être* of authorities (and authority) is to provide service to the people and not the other way around. One also needs to demonstrate that authorities can actually perform the functions for which they have been established. If the cycle of violence is to be broken, then it must be shown that authorities do “deliver” and that recourse to violence is not only an invalid means of solving conflict, but also an unnecessary one. Since the process of transition and reconstruction of statehood on the basis of law takes time, the first necessary step is for the people concerned by it to vest a minimum of confidence into the transitional process as such.

F. Restoring Dignity

Members of war-torn societies and of societies which have experienced gross violations of human rights are often highly traumatized. Victims and their families must regain confidence in their personal environment, but alongside, they must also see their dignity restored. The experience of fear, pain and dehumanization may jeopardize their self-esteem and challenge the foundations of their very existence. This may be especially true for victims of torture, but is certainly not limited to them. On the individual level, such victims may need assistance in dealing with the trauma. On the collective level, restoring dignity may be favoured by measures such as public recognition, excuse and commemoration. In terms of *process*, victims need to be taken seriously at every step of transition.

Restoring dignity is not only crucial in relation to the victims, but in some ways also in relation to the *perpetrators*. This is immediately evident

in the case of child soldiers. But also apart from that case, there seems to be a large category of perpetrators who need more than punishment. Quite often, large-scale abuses involving a big number of perpetrators do not arise spontaneously, but follow a premeditated plan of action.¹⁸ Perpetrators later discover that they have been “instrumentalized” and exploited to play a part in a plan conceived by a few high-level master minds. Many of these mid- or low-level criminals feel both guilty and abused. They followed their leaders blindly but were finally deceived by them. For this category of persons, it is particularly important that the *mechanisms of violence* be revealed – not as a pretext for displacing responsibility on others but, on the contrary, as a form of restoring their capability to face the dreadfulness of their crimes. If the dignity of the perpetrators is not restored, they may be unable to deal with *their* past. As a consequence, they might be tempted to continue putting the blame on the victims, thereby adding to their victimization.

G. *Participation and Ownership*

The impetus for change must come from within that society itself and all parts of that society are concerned by transition. Thus, people need to have the impression that they can participate in key decisions and have a “*sense of ownership*” of the process. One major challenge for outside actors in this regard is the problem of the appropriate structuring of the dialogue continuing over time within the society. Here again, no easy recipe is available. What seems clear, however, is that the process needs to be open and *transparent*. Another element to take into consideration is the fact that transitional justice mechanisms need to be gender-sensitive, thereby avoiding the exclusion of one part of society from the process.

H. *Reconciliation*

The term “reconciliation” is sometimes used in the context of peace agreements. It is also found in the notion of Truth and Reconciliation Commissions. It

18 The fact that large-scale crimes often follow some kind of mechanism of violence is used in the attempt to establish more precise criteria for early warning, for example, the criteria for early warning from potential genocidal acts. For an overview of different early warning systems see A. Austin: “Early Warning in the Field – A Cargo Cult Science?” in: A. Austin, M. Fischer, N. Ropers (eds.), *Transforming Ethnopolitical Conflict. The Berghoff Handbook* (Wiesbaden, VS-Verlag für Sozialwissenschaften, 2004), www.berghoff-handbook.net.

must be kept in mind, though, that reconciliation comes from within. Trying to impose reconciliation only adds to the harm caused previously. Reconciliation cannot be made the object of a “trade-off deal” between perpetrators and victims, in the sense that perpetrators would offer compensation on condition that victims offer reconciliation. While the achievement of reconciliation may be a political goal in the long run, there is no indication based on practical experience for a need to “rush” to a reconciliation process. (Another concept altogether is *forgiveness*. Forgiveness is a moral category and as such not the subject of transitional justice mechanisms. Lasting peace may require some preparedness to consider reconciliation at some later stage. But it neither presupposes nor necessitates forgiveness.)

► *Conclusion*

The few key notions presented above try to capture, in a succinct way, some of the general principles which appear to be the parameters guiding the transitional justice processes. This list is in no way complete nor is it intended to be comprehensive. But even that being so, it indicates the magnitude of the undertaking. If the transformation of a society confronted with past human rights abuse is to succeed, a wide range of measures need to be taken in proper *sequencing*. If actors intervene from the outside in an attempt to assist the transition, then experience suggests that they must act on the basis of a careful analysis of the specific situation and in a well-coordinated manner. Moreover, transition of conflict and post-conflict societies must be tackled with a holistic approach.

The UN-Secretary General’s report to the Security Council on rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies of 3 August 2004¹⁹ provided valuable insight in support of the view that better coordination of transitional justice activities was indeed called for. Switzerland carried the debate also into the Commission on Human Rights which adopted, on 15 April 2005, a resolution on human rights and transitional justice.²⁰ The resolution underlined the importance and urgency of national and international efforts to restore justice and the rule of law in conflict and post-conflict situations. It emphasized the importance of the full range of political, judicial and non-judicial mechanisms in order to ensure accessi-

19 “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, Report of the Secretary-General of 3 August 2004, S/2004/616.

20 Commission on Human Rights, 61st session, Resolution on Human Rights and transitional justice (E/CN.4/2005/L.91) of 15 April 2005.

bility and accountability and to serve justice, promote and achieve reconciliation and to restore confidence in the institutions of the State. It also stressed the importance of a “holistic transitional justice strategy” that takes into account the particular circumstances of every situation. In its operative part, the resolution called upon the international community and regional organisations to assist countries in the context of transitional justice to ensure the promotion and protection of international human rights.

Clearly, criminal proceedings before national or international courts, including trials before the ICC, are only one element in conflict transformation. Based on today’s knowledge in the area of transitional justice, one might even suspect that criminal trials before the ICC might fall short of the ultimate goal of re-establishing peace and justice, if the ICC’s involvement is not supplemented, at the same time, by an array of complementary transitional justice instruments to be taken within a coordinated strategy worthy of this name. For such a strategy to be developed, the ambit and the limits of the ICC’s contribution to transformation processes need to be elucidated further.

3 CONTRIBUTION OF THE ICC TO TRANSITIONAL JUSTICE

It may be interesting to examine the International Criminal Court from the transitional justice perspective.

A. *Establishing Truth*

Doubtlessly, the International Criminal Court may contribute to the establishment of truth. However, its contribution is necessarily limited to the evidence obtained in relation to the situations and the specific cases before it.²¹ If, as is to be expected, the ICC deals primarily with individuals who bear the main (or even the “greatest”, see below) responsibility – the planners, organisers and architects of crimes – this evidence will nonetheless be of crucial importance for a society as a whole and for its advancement in the process of dealing with the past. The Court will not be in a position, though, to write or rewrite the history of conflicts. Similarly, the ICC will not be in a position to take down and analyse thousands of statements of victims as, for example, a Truth Commission might do.

21 The Rome Statute draws a line between a the referral of a “situation” by a State Party or the Security Council and the investigation of a specific “case” by the Prosecutor.

B. *Dispensing Justice*

It needs no further explanation that the core mandate of the ICC is to dispense justice. Criminal justice is by definition retributive justice. Since the Rome Statute and the Rules of Procedure and Evidence provide for a large involvement of victims and guarantees their right to ask for reparation, including restitution, compensation and rehabilitation, the ICC may also cover aspects of restorative justice. It must be kept in mind, though, that the ICC may in practice often not be in a position to deal with all the perpetrators having participated in large-scale crimes. It may have to limit itself to certain individuals, preferably those who bear the main responsibility.²² Even within that limited scope, the ICC may, for reasons warranted for by constraints of efficiency, decide not to deal with all the crimes these perpetrators may possibly have committed, but focus rather on the more serious crimes and the crimes for which evidence is readily available. But dispensing justice only with respect to a limited amount of deeds would most certainly constrict the circle of victims potentially participating in the proceedings. This supports the view that, if the ICC were to be left alone in its endeavours to dispense justice, justice would most likely not be complete.

C. *Impunity and Accountability*

Even considering the limitations just mentioned, the ICC's involvement in a particular situation sends a strong message to the effect that impunity is not tolerated any longer. Visibly, there is a law and, yes, it is applied. This law not only includes substantive provisions for the protection of the indi-

22 In his report to the Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the ICC on 8 October 2003, the Prosecutor of the ICC suggested that his office "could cooperate with the national authorities by prosecuting the leaders who bear most responsibility for the crimes. National authorities with the assistance of the international community could implement appropriate mechanisms to deal with other individuals responsible" (www.iccnw.org/documents/statements/others/LMOStatementASP8Sept2003.pdf). In later statements, he favoured a "policy of targeted prosecutions, focusing on those who bear the greatest responsibilities" (Statement at the Diplomatic briefing in The Hague on 12 February 2004 (www.iccnw.org/documents/statements/others/OTPSStatementDiploBriefing12Feb2004.pdf)). This wording was repeated in later statements, including his statement of 18 March 2005 cited in footnote 14. Interestingly, the formula "who bear the greatest responsibilities" corresponds with the description of the jurisdiction of the Special Court for Sierra Leone which has been understood by the prosecutor of the Special Court in a very limited way.

vidual (human rights, international humanitarian law) but also procedural provisions (fair trial). Such a “*restatement of the law*” is a precondition for reconstructing a society based on the rule of law.

Before the ICC, individuals will be held personally accountable irrespective of rank or function. They can no longer hide behind abstract entities or groups. The ICC therefore, demonstrates that crimes are committed by individual human beings and not by groups. This “*individualization of guilt*” is important: It avoids the resurfacing of feelings of collective guilt which would make it difficult, if not impossible, for different groups (for example different ethnic groups) to begin living side by side again.

A further aspect should be recalled: Accountability calls for *differentiation*. Not every perpetrator is equally guilty. The judgements handed down by the ICC, in particular the sentences, will reflect the fact that there are different degrees of involvement and guilt and thereby demonstrate the significance of differentiation. This contribution by the ICC may be essential, since it would appear that only a society capable of differentiation has a chance to entertain a culture based on the principles of justice and tolerance. Conversely, reasoning through categories of exclusive notions of “black or white” tend to generate prejudice, bias and repression, all of which are not conducive to good neighbourhood.

D. *Lustration and Vetting*

The ICC’s role here would be limited, if at all, to a contribution of the establishment of certain factual elements. The ICC has no role to play in lustration and vetting as such, nor should the decision of which individuals should be brought before the ICC be based on any considerations as to whether a person should be removed from office. These factors need to be decided at the national level in accordance with proceedings respecting human rights and the rule of law.

E. *Restoring Confidence*

The ICC’s contribution to restoring confidence in institutions and authorities may prove to be more important than one would perhaps expect at first sight. An involvement of the ICC in a particular situation shows that the international community “cares”. This may be particularly important in situations where there is a prevailing sentiment that the international community had failed in its assistance to prevent or, at least, to bring to a halt persisting human rights violations. Moreover, the simple fact that people coming out of turmoil could observe the serene and orderly flow of a

professionally and impartially conducted judicial proceeding may have a beneficial effect of restoring confidence.²³

F. *Restoring Dignity*

The Rome Statute of the International Criminal Court places unprecedented emphasis on the role of the victims. The Statute and the Rules of Procedure and Evidence allow victims to participate widely throughout the proceedings. A few examples may illustrate this: The Registry comprises a Victims and Witnesses Unit.²⁴ Victims who appear before the Court benefit from far-reaching measures for protection and assistance, including expertise in post trauma rehabilitation. The Rules of Procedure and Evidence are carefully drafted in order to reduce to a minimum the risk of re-traumatization of those victims who are also witnesses.²⁵ Article 79 of the Statute mentions the establishment of a “Trust Fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of their families” which assists the Court in its reparative mandate. This Trust Fund has been established at the first Assembly of States parties²⁶ and, one year later, its board of directors was elected.²⁷ The rules applicable to the Trust Fund are expected to be adopted at the forth Assembly of States Parties in 2005. All of these measures in support of victims are taken with a view to restore their dignity and to facilitate, in the end, their difficult passage *from victimization to citizenship*. Here again, there are tight limits to what the ICC can achieve by itself. A quick glance at the four situations currently before the ICC reveals that there are several millions of potential victims that are concerned by these events. It is difficult to see how the ICC would ever be in position to organize proceedings in a way as to allow more than just a small fraction

23 This is not to say that the Prosecutor or the Pre-Trial Chamber should be guided by such considerations when deciding to start or authorize investigations. But if the ICC should get involved for the reasons laid down in the Statute, one would expect such an involvement to contribute beneficially to a re-assurance in institutions and authorities more generally.

24 Art. 43(6) of the Rome Statute.

25 See, e.g. the carefully elaborated regime for evidence related to sexual crimes in Rules 70 to 72 of the Rules of Procedure and Evidence.

26 Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims, ICC-ASP/1/Res. 6, adopted by the first Assembly of States Parties on 9 September 2002.

27 The Board of Directors of the fund is composed of H.M. Queen Rania Al-Abdullah of Jordan, H.E. Oscar Arias Sanchez from Costa Rica, H.E. Tadeusz Mazowiecki from Poland, Madam Minister Simone Veil from France and H.E. Archbishop Emeritus Desmond Tutu from South Africa. They represent their respective regions.

of those victims to become directly concerned in the proceedings or to be able to benefit, either individually or collectively, from an award issued by the Trust Fund. As pointed out before, there is also an issue of restoring the dignity of the perpetrators: The ICC's contribution in this regard is based on the full respect of the rights of the accused. The contribution will be necessarily limited to those perpetrators who are actually brought before the Court.

G. *Participation and Ownership*

As has just been described, the procedure followed by the ICC allows for a wide participation of interested persons throughout the proceedings. Victims, in particular, have a right to participate, in the manner deemed appropriate by Court, at virtually every phase of the proceedings, from a time prior to the initiation of an investigation up to the sentencing phase. Even with the best endeavours undertaken by the Court, most probably, only a few victims, some representing *groups* of victims, can be expected to be directly involved in any part of the proceedings. It may therefore be decisive for the *perception* of the Court that it manages to reach out to the population most affected by the crimes and pass the message to them that “the ICC is really about you”.

One factor in this regard is the *seat* of the Court. The question of the seat is significant not only for the Court's ability to obtain evidence and testimony but also for its success in its “outreach” efforts. In accordance with Article 3 of the Statute, the Court may, if it deems it appropriate, sit outside The Hague. One would expect, however, that for financial and logistical reasons, the ICC would in practice be able to entertain only an extremely limited number of seats, and that number may well be inferior to the number of situations the Court deals with at any given time. An interesting intermediary solution is therefore the current establishment of field offices.

H. *Reconciliation*

As such, the Rome Statute of the ICC does not provide for any reconciliation mechanism. Its contribution to reconciliation is limited to the establishment of facts and the dispensing of justice with respect to individual perpetrators and victims.

► *Conclusion*

In concluding this part, it can be said that the ICC is, not surprisingly, capable of providing an important contribution to some of the key elements of transitional justice. At the same time, there are clear limitations to what it – being an international criminal court with a precise mandate – can achieve by itself. It cannot replace historians, diplomats, psychologists, teachers, development advisors, priests or policemen.

4 INHERENT LIMITATIONS OF THE ICC

At this juncture, a few additional, specific legal and factual restrictions should be described that directly limit the range of the Court's judiciary activities.

A. *Complementarity*

The International Criminal Court is based on the principle of complementarity. The primary responsibility for the prosecution of crimes therefore remains with national prosecutors and courts. The 1995 report of the Ad-Hoc-Committee on the Establishment of an International Criminal Court²⁸ already noted that national courts would usually be in a better position to deliver justice than an international court. The report pointed out that “States had a vital interest in remaining responsible and accountable for prosecuting violations of their laws – which also served the interest of the international community, inasmuch as national systems would be expected to maintain and enforce adherence to international standards of behaviour within their own jurisdiction.”²⁹ This reasoning is still valid today. Looking at the issue from a transitional justice perspective confirms the wisdom of giving precedence to national courts. Experience suggests that in all likelihood a slightly flawed trial at the national level is still better – because better *perceived* by the people concerned – than a flawless trial before an international court. It is farsightedness to conceive the ICC as a court of last resort, capable of intervening only to the extent that States are “unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution”.³⁰ Nonetheless, there is, as always, another

28 Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records of the General Assembly, 50th session, Supplement Nr. 22 (A/50/22).

29 *Ibid.* para. 31.

30 Admissibility criteria under Art. 17(1) a) of the Rome Statute.

side: Since the admissibility criteria for the ICC are so strict, there may be situations when a State, particularly a post-conflict State, is still struggling with the development of its judicial system, but has already reached a stage where the ICC would not be able to conclude that this State is “unwilling or unable”. Still, assistance given to that State in its attempt to further the well-functioning of its judiciary might be called for in the interest of a transition to justice and peace. Since the ICC is barred from acting, other actors would need to step in.

B. *Jurisdictional reach*

Two limitations in the jurisdictional reach of the ICC are noteworthy. First, as a limitation *ratione materiae*, the International Criminal Court can only deal with crimes that amount to genocide, crimes against humanity or war crimes.³¹ It may not investigate, prosecute and try crimes of lesser gravity. In situations considered to be armed conflicts, these categories of crimes would most probably capture the bulk of the serious crimes committed during that conflict, since no particular threshold applies to the war crimes as defined in Article 8 of the Statute (although its chapeau suggests that restraint should be exercised). In situations of large-scale human rights abuses not characterized as armed conflicts, however, only genocide and crimes against humanity are applicable. Both of these crimes have a high threshold. Potentially, only a fraction of the crimes committed in such situations may turn out to fall within the jurisdiction *ratione materiae* of the Court. The ICC’s involvement in dispensing justice may therefore fall short if no other measures are taken to address these lesser crimes. A second limitation (*ratione temporis*) results from the fact that, in accordance with Article 11 of the Rome Statute, the ICC has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of the Statute for the relevant State Party. In several of the situations presently before the Court, the actual crisis, however, began well before that date. Here, as well, thought should be given to the question as to how to address that problem outside the framework of the ICC.

C. *Impunity Gap*

Perhaps the most important challenge for the perception of the work of the ICC will be what is commonly called the “Impunity Gap”. This challenge results not from legal limitations imposed by the Statute, but from

31 Arts. 6-8 of the Rome Statute.

limitations imposed by the factual circumstances of the situations before the Court. The sheer number of potential perpetrators and victims affected by the four situations make it unavoidable that the Prosecutor of the ICC defines a limitative prosecutorial strategy, focussing on a relatively small number of potential suspects who bear particularly high responsibility for the events under examination. The Prosecutor has announced on several occasions that he would follow a policy of targeted prosecutions, focusing on those “*who bear the greatest responsibility*”.³² In his remarks at the 27th meeting of the Committee of Legal Advisors on Public International Law (CAHDI) on 18–19 March 2004, he presented an investigation and prosecution strategy “which will identify the persons most responsible, assemble the best evidence in the shortest timetable, and to bring few charges, in order to keep proceedings on a fast track”. He went on to say that “our strategy includes the decision to focus our resources on the investigation and prosecution of persons bearing the greatest responsibility for the crimes within our jurisdiction. This means that the Office of the Prosecutor (OTP) will prosecute those without whose participation these crimes would not have taken place, instead of focusing on mid- or low-level perpetrators”.³³ The Rome Statute gives the Prosecutor the competency to do so: Based on Article 53, the Prosecutor may decide not to open an investigation if it is “not in the interest of justice”.³⁴ In addition, all relevant organs of the Court have the possibility to declare a case inadmissible if it “is not of sufficient gravity to justify further action of the Court”.³⁵ This again gives some margin of appreciation in the choice of a limitative strategy.

However, the problem lies elsewhere. It has become discernible that the ICC will most probably be addressing only a small fraction of all the serious crimes committed in a particular context, perhaps barely the “tip of the iceberg”. Since a case is only admissible before the ICC when the State having primary jurisdiction is “unwilling or unable”; the limitative strategy taken, for good reasons, by the ICC Prosecutor could have the effect that impunity nonetheless prevails to some extent. The ICC’s desired deterring effect could be considerably weakened if the crimes not dealt with at the level of the ICC were not addressed in some other appropriate way. A selective prosecution strategy could create the impression that one is safe to

32 See *supra* (note 22).

33 Statement available at www.coe.int/cahdi.

34 See Art. 53(1)c) and (2)c). This provision was included, *inter alia*, precisely with a view to situations in which a large number of perpetrators is involved.

35 Art. 17(1)d).

commit crimes as long as one manages to stay in the second row. If such an impression were to prevail, it would be a blow to the credibility and the effectiveness of the ICC.

► *Conclusion*

The limitations described above might potentially represent factors undermining the purpose of the Rome Statute: the eradication of impunity and its replacement with a culture of accountability. In order to avoid this from happening, the international community, and in particular the States Parties to the Rome Statute, should reflect on additional measures in support of the ICC.

5 TAKING COMPLEMENTARITY SERIOUSLY: THE TASK OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY IN SUPPORTING THE ICC'S ROLE IN TRANSITIONAL JUSTICE

The transformation of a society in conflict with a view to re-establish justice and facilitate lasting peace represents an enormous task, both for the society concerned and for the actors trying to assist from the outside. The International Criminal Court was established in that context, with a mandate to contribute to conflict transformation by means of criminal justice. To this day, there is nothing that would indicate that the ICC would not be in a position to live up to that expectation. Quite the contrary: the fact that more than half the States have already ratified the Rome Statute, that the ICC is fully operational and that three States have referred their own situation to the Court based on the notion of “positive complementarity” all show that the ICC is well on track. Security Council Resolution 1593 of 31 March 2005 which referred the situation of Darfur, Sudan, to the ICC further demonstrates that the Court has become an inexorable reality in conflict resolution.

At the same time, it should be recognized a) that the ICC's contribution to dispensing justice has limits both in law and in practice (see above point 4) and that (b) dispensing criminal justice is only one element of a more encompassing transitional justice process (see above point 3). Both dimensions need to be addressed.

A. Complementing the ICC in the area of criminal justice

With respect to the first area of concern (i.e. the possibility that the ICC dispenses criminal justice only “incompletely”), States, in particular States

Parties to the Rome Statute should consider taking further measures directly at the national level in order to supplement the activities of the ICC. Two situations need to be distinguished here: 1) the situation of a State which has primary jurisdiction but is “unwilling” to exercise it, and 2) the situation of a State which has primary jurisdiction and would be “willing” to exercise it, but is “unable” to do so.

If a State that has primary jurisdiction over a crime is genuinely “unwilling” to prosecute, and the ICC, for the legal and practical limitations described above, does not deal with the matter, then the possibilities for other States to reduce the gap are relatively limited. The main option here would be that third States step in and exercise criminal jurisdiction over the crimes not dealt with by the ICC on the basis of their national law. The principles of *passive personality* and of *universal jurisdiction* would be particularly relevant in this context.

With respect to a State which would be “willing” but is “unable”, further measures could usefully be envisaged. It would appear that States, in particular States Parties to the Statute, should make every effort, either individually or collectively, to give appropriate *assistance* to such a State in building its capacities, with a view to the establishment of a functioning criminal justice system in that State. Such assistance represents – politically, not legally speaking – an “extension” of the complementarity principle: States enable other States to better fulfil their primary responsibility under the Rome Statute to investigate and prosecute the most serious crimes. Such assistance may include, as appropriate, institutional measures such as the creation of “hybrid courts” (i.e. courts placed within the national justice system but benefiting from international participation; hybrid courts do not seem to be incompatible with the letter and the spirit of the Rome Statute as long as they meet the conditions laid down in Article 17). Assistance may also take other forms such as legal training, education or technical assistance. One interesting initiative currently undertaken by a number of States relates to the issue of *Justice Rapid Reaction Teams*, whose main mandate might be to assist States, on their request, in obtaining and preserving evidence in a timely manner, either to be handed over to the State or, as the case may be, to the ICC.³⁶

36 Several States, including Switzerland, are in the process of examining the possibility of the establishment, in a common multilateral effort, of Justice Rapid Reaction Teams.

B. Supplementing the ICC outside the area of criminal justice

Conflict transformation, the re-establishment of a society based on respect for human rights and the rule of law, requires far more than courts and penalties, however. The application of criminal law may often be indispensable in order to put human rights and international humanitarian law into effect, but, in itself, is not sufficient. The purpose of the Rome Statute of the International Criminal Court is to contribute to the prevention of crimes which “threaten the peace, security and well-being of the world”.³⁷ To give full effect to that objective, the activities of the ICC should be complemented by other transitional justice mechanisms. The Court should not be left alone in its efforts to accomplish accountability. While fully respecting the Court’s *independence*, the ICC should be made part of a *comprehensive transitional justice strategy*. In this regard, the following elements are suggested for consideration:

▶ *Mainstreaming*

The philosophy of the Rome Statute should be mainstreamed into all peace related activities (e.g. prevention, mediation, peace negotiation, application of sanctions, peace keeping and peace enforcement, development). All stakeholders need to take the ICC into account not only as an unswerving reality, but also as a potential partner.

▶ *Supporting efforts of dealing with the past outside the area of criminal law*

States, in particular States Parties to the Rome Statute, should make every effort to assist conflict or post-conflict States in strengthening proceedings to deal with the past outside the area of criminal law. This may include the establishment and implementation of procedures relating to vetting and lustration, the issuance of non-criminal sanctions or reparations, including restitution, compensation and rehabilitation. Depending on the circumstances, the creation of a Truth Commission may also be beneficial. The fact that Truth Commissions have deliberately been left out of Article 17 does not mean that the establishment of such a Commission would be necessarily incompatible with the Rome Statute. The words “genuinely to investigate and to prosecute” do leave, in my view, an aperture for procedures which are not exclusively judiciary in nature.³⁸

³⁷ Preamble, para. 3.

³⁸ It would seem that a Truth Commission could be compatible with the Statute, provided that

► *Peace Building*

Additional efforts should be made in the area of capacity and nation building. The establishment of a Peace Building Commission, as currently discussed in the framework of the UN reform,³⁹ would appear to be an important step forward. Such a commission would fulfil country-specific activities in institution building and capacity building. In addition, the Commission could be asked to collect and elaborate best practices and facilitate the coordination of the activities undertaken by the respective actors (including coordination between peace building activities and development cooperation). It could also make proposals and recommendations in support of national authorities. A Rule of Law support unit attached to the Commission might offer specific expertise on how respect for the law could be enhanced.

► *Prevention*

It appears that UN capacities for conflict prevention need to be strengthened. The establishment of the Office of the Special Adviser on the Prevention of Genocide is but a start. Mediation capacities at the level of the UN should perhaps also be strengthened.

► *Development*

Finally, development cooperation is crucial for societies in transition. After all, dealing with the past only makes sense if a perspective for a better future can be offered. It seems fair to say, for example, that the great achievements of the Nuremberg Trials, and the place they rightly occupy in European history, were at least to some extent the result of the effectiveness of the Marshall plan, a factor unrelated to the trials as such.

its mandate included the identification of the individual role of perpetrators, that such a Commission would not hand out blanket amnesties and, in particular, that there would be no appearance of an objective of “shielding” persons from criminal justice. The question whether the establishment of the Commission appears to follow a genuine wish of the grand majority of the people concerned, might also be taken into consideration. All of this is, however, for the Court to decide.

39 See in particular “A more secure world: our shared responsibility”, Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, and introductory note by the Secretary-General of 2 December 2004, Doc. A/59/565, paras. 261-269 as well as Recommendations 82-85 (www.un.org/secureworld). See also the Secretary-General’s own report of 21 March 2005: “In larger freedom: towards development, security and human rights for all”, paras. 114-117 and Recommendation 6(i) (www.un.org/largerfreedom).

6 CONCLUSION

The ICC is one of the greatest projects that the international community has attempted in order to bring about peace through justice and the rule of law. Its objective is to implement the minimum standards of humanity by way of preventing the violation of fundamental human rights and enforcing the protections offered by International Humanitarian Law.

The wider context in which the ICC is likely to operate in most, if not in all, cases, relates to the transformation of a society dealing with a legacy of past abuses struggling to re-establish new foundations based on respect for human rights and the rule of law. Such a transition is a most complex process involving all aspects of living together in society.

In applying international criminal law and dispensing justice, the ICC fulfils an important role in transformation processes. However, in order to allow the ICC to develop its full potential, its activities should be – while totally respecting its independence⁴⁰ – embedded in a comprehensive transitional justice strategy. The ICC cannot be left alone in this enormous task. More encompassing transitional justice measures, including at the institutional level, need to be taken. All such measures should be part of an *integrated approach*, which would often require multinational coordination at the level of the United Nations. Important progress has been achieved in the last years and months in approaching transitional justice issues.⁴¹ It is hoped that other important steps be taken, including the creation of a standing Peace Building Commission.

From all we suspect today, the ICC is not enough. There are limitations to what the ICC – as a court, and as a court of last resort – can achieve by

40 The President of the ICC, Philippe Kirsch, often says that the Court is “independent, but interdependent”. This seems to be true also with regard to its role in conflict transformation.

41 Most recently, the Security Council decided to establish a one-year follow-on special political mission in Timor-Leste, the United Nations Office in Timor-Leste (UNOTIL), which will remain in Timor-Leste until 20 May 2006. The UNOTIL is requested that “when implementing its mandate, UNOTIL emphasize proper transfer of skills and knowledge in order to build the capacity of the public institutions of Timor-Leste to deliver their services in accordance with international principles of rule of law, justice, human rights, democratic governance, transparency, accountability and professionalism”, Resolution 1599 of 28 April 2005, para. 3. In its resolution on the referral of the situation of Darfur, Sudan, to the ICC, the Security Council encouraged the Court “as appropriate and in accordance with the Rome Statute, to support international cooperation with domestic efforts to promote the rule of law, protect human rights and combat impunity in Darfur”, emphasized “the need to promote healing and reconciliation” and encouraged in this respect “the creation of institutions, involving all sectors of Sudanese society, such as truth and/or reconciliation commissions, in order to complement judicial processes and thereby reinforce the efforts to restore long-lasting peace, with the African Union and international support as necessary”; Res. 1593 of 31 March 2005, paras. 3–4.

itself. Since the ICC is complementary in nature, the primary responsibility for bringing impunity to a halt and creating a culture of accountability remains with the States. Taking complementarity seriously would mean for States to take further measures, thereby underlining the political finality of the ICC, fostering its objectives and multiplying the beneficial effects of its activities.

THE EUROPEAN CONVENTION ON ROYAL RIGHTS:
ROYALTY, ARISTOCRACY AND THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

*Paul Mahoney**

1 THEME AT ODDS WITH THE HUMAN RIGHTS ETHIC?

The topic chosen for this paper may appear somewhat paradoxical. It is the underprivileged and those living on the margins of society who are generally thought to have the most need of the protection afforded by human rights instruments, with the rights of the defence in criminal proceedings being the classic civil liberty in the minds of the public. Conversely, as Winston Churchill, whose “provenance was aristocratic, indeed ducal”,¹ expressed it almost a hundred years ago, in 1910, when he was a young Home Secretary (Minister of the Interior) at the age of 36, the treatment of crime and criminal “is one of the most unfailing tests of the civilisation of any country”.² Typical applicants to the European Court of Human Rights

* Registrar of the European Court of Human Rights. Any views expressed are personal. The author would like to acknowledge the considerable drafting as well as research contribution made to this article by his legal assistant, John Darcy, who is also a member of the Registry’s Research Division.

1 These are the opening words of the remarkable and highly entertaining biography of Winston Churchill by the British statesman Roy Jenkins. See, R. Jenkins, *Churchill: A Biography* (Macmillan, 2001).

2 Quoted in P. English, “Prisoners’ Rights: Quis Custodiet Ipsos Custodes”, in: J.W. Bridge, D. Lasok, R.O. Plender, D.L. Parrot (eds.), *Fundamental Rights: A Volume of Essays to Commemorate the Founding of the Law School in Exeter 1923-1973* (Sweet & Maxwell, 1973), pp. 201-218, at p. 201; and in Jenkins, *supra* (note 1), p. 180. According to Roy Jenkins, Churchill “naturally had a lively sympathy for the underdog, particularly against the middle-dog, provided, and it was quite a big proviso, that his own position as top-dog was unchallenged.”

(the “Court”) include persons in detention, convicted prisoners, persons awaiting expulsion from a country, asylum seekers, mental health patients, parents whose children have been taken into public care. One does not generally think of royalty as having much in common with groups such as these, but royal and aristocratic applications over the years reveal that the members of this minority group, not always heard or respected, must, like any other human beings make their way through an ever-changing, often confusing, and at times hostile world.

The choice of theme for this article has been prompted by a desire to look at the European Convention on Human Rights (the “ECHR”) and its case law from a somewhat novel perspective; to see the familiar principles through royal or aristocratic eyes. In so doing, an attempt is made to review the extent to which the ECHR has thus far, in practice, reached out beyond its classic sphere of operation to provide a shield of protection for the royalty and the aristocracy. Literally, “everyone” – the designated holder of the rights and freedoms safeguarded by the ECHR – includes the rich as well as the poor. But is the content or the exercise of the guaranteed right or freedom, or the level of protection it affords, affected by the fact that the holder is privileged – is royal or aristocratic – rather than underprivileged?

A link between the topic and Lucius Cafilisch can also be seen since he is one of the Court’s “royal” judges in his capacity as the judge sitting in respect of the principality of Liechtenstein and, while he has no noble title, he is one of life’s natural aristocrats, with his elegance, wit, easily worn learning and generally civilised approach to professional and social intercourse. For the present writer, it has been a pleasure to know, and work with, him over the last six or so years, and this modest paper is offered as a token of appreciation.

A. *The Origins and Evolution of the ECHR*³

It was again Winston Churchill who remarked that the 20th century would be remembered as the century of the common man, for it was the era in which ordinary people suffered as never before in human history. The genesis of the ECHR may be said to lie in this remark. Moulded by the direct personal experiences of its authors, the provisions of the ECHR rail against the savagery of all-out war, of genocide, of enslavement. The democratic

3 On this topic, see P. Mahoney, “The Changing Face of the European Court of Human Rights”, in: S.A. Fabris (ed.), *Trends in the International Law of Human Rights: Studies in Honour of Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Vol II, (to be published, 2005), pp. 251-266.

States that founded the Council of Europe and drafted the ECHR brought into being an international guarantee, accompanied by an unprecedented international mechanism, to safeguard human beings. The ECHR speaks life to death, integrity to torture, freedom to captivity, the rule of law to tyranny. These guarantees have been tested over the years, with the former European Commission of Human Rights (“the Commission”), the former Court and, since 1998, the single, permanent Court being called upon to address the effects of terrorism and counter-terrorist measures in various countries, martial law, military action within and beyond national borders.

In this dramatic tableau, the travails of Europe’s royalty and nobility may seem of little significance, though it should be remembered that the 20th century exacted a heavy toll from some of Europe’s royal houses and only a few reigning monarchs were untroubled by the vicissitudes of that era. But there is more to the ECHR than extreme cases. It is a text that has matured with the passage of time, and grown in depth and breadth by virtue of the caselaw of the Commission and the Court. In the 21st century, the ECHR has acquired a truly constitutional character for the whole European continent. Its influence extends even further, as courts around the world draw inspiration from Strasbourg.

The principles that lie at the core of the ECHR – dignity, freedom and equality – are invoked by applicants in many diverse circumstances raising legal, moral, political or personal issues. While the ECHR guarantees were conceived in 1949-1950 by their drafters as an insurance policy to protect societies against totalitarian tendencies, they have also served as a vehicle for marking out the fair balance to be struck, in the daily process of regulation of conduct in normally functioning democracies, between conflicting societal interests or interest groups, being especially precious for vulnerable, marginalised groups.⁴ The issue to be determined in Strasbourg proceedings is rarely one of individual liberty versus naked governmental power; more often than not it is one of where the line is to be drawn between conflicting group and individual interests in the civilised governance of society. The guiding idea, encapsulated in the principle of proportionality which is a constant

4 “As it has come to operate in practice, the ECHR . . . provides two layers of protection: firstly, against bad-faith abuse of governmental power and, secondly, against excesses of majoritarian rule – that is, measures taken in the normal exercise of democratic discretion but which, although imposed in good faith, in the general interest and for legitimate purposes, entail a disproportionate limitation on individual liberty. At the second layer, the enforcement machinery in Strasbourg can be seen as a tool for ‘constitutional’ review at international level of the exercise of democratic discretion at national level.” – Mahoney, *supra* (note 3), p. 258.

thread running through the whole of the ECHR case law, is that no group of individuals should be made to bear an excessive burden for the benefit of the general interest of society as a whole or for the benefit of some other competing group. The net of ECHR has been spread wider than that of its original genesis as a bulwark against dictatorship and totalitarianism. And it is in this latter context of the role of the ECHR in protecting minorities from the excesses of majoritarian rule that the numerically small minority, made up of members of the royalty and the nobility, although not a vulnerable minority as such, has been able to seek protection through some of the safeguards of the ECHR.

B. A Republican Text?

The ECHR's eminent historical antecedents, the French Declaration of the Rights of Man and the American Bill of Rights, are products of republican revolutions. There is no such whiff of cordite round the Convention. Rather, its antithesis is dictatorship, be it presidential or proletarian. One may even speak of a royal pedigree, in that eight of the fourteen States that negotiated it were monarchies. Although Greece has since opted for republican government (in circumstances that the Court had the opportunity to consider in the case taken by the deposed monarch), three further monarchies ratified the ECHR, including the most recent member of the Council of Europe, Monaco. At all events, the ECHR is neutral as to constitutional models. Its emphasis is on the quality of democracy and respect for the rule of law, as clearly demonstrated in a case taken against the United Kingdom by a republican parliamentarian, complaining of the requirement to take an oath of allegiance to the British monarch,⁵ an obligation that was deeply repugnant to his political creed. Regarding the contested oath, the Court, in its decision declaring the application inadmissible, stated:

This rule forms part of the constitutional system of the respondent State, which, it is to be observed, is based on a monarchical model of government. For the Court, the requirement that elected representatives to the House of Commons take an oath of allegiance to the reigning monarch can be reasonably viewed as an affirmation of loyalty to the constitutional principles which support, *inter alia*, the workings of representative democracy in the respondent State . . . In the Court's view, it must be open to the respondent State to attach such a condi-

5 A source of endless bother in the progressive severing of the constitutional bonds between Great Britain and Ireland in the early decades of Irish independence.

tion, which is an integral part of its constitutional order, to membership of Parliament and to make access to the institution's facilities dependent on compliance with the condition.⁶

The Court has also had the opportunity to consider the very different constitutional arrangements of another European monarchy, Liechtenstein. In the *Wille* case,⁷ the applicant complained of an unjustified interference in his freedom of expression (Article 10 ECHR) by Prince Hans-Adam II. In contrast to the largely symbolic role of the British monarchy, the role of the monarch of Liechtenstein is decidedly at the fore of the political stage. Under the terms of the Liechtenstein Constitution, power is inherent in and emanates from the Prince and the people, and is exercised by both. By voicing the opinion in a public lecture that the Prince would have to defer to the jurisdiction of the Constitutional Court in cases of disagreement with the Diet over the interpretation of the Constitution, the applicant, who was a former minister and a senior judge at the time of the fateful lecture, sent a shot over the royal bows that was not ignored. The Prince wrote to inform him of his intention not to appoint him to any public office in future. What the applicant considered an academic remark was characterised by the Prince, and by the Government when it contested the application before the Court, as a “highly political statement involving an attack on the existing constitutional order”, one that was quite inappropriate from a serving judge.

The Court approached the matter with some circumspection. The applicant's judicial position at the material time meant that special significance attached to the “duties and responsibilities” that, under the very terms of Article 10 ECHR, accompany freedom of expression. But the circumstances of the case also called for close scrutiny under the ECHR in view of the crucial role that free speech plays for the functioning of political democracy. The Court recalled that questions of constitutional law, by their very nature, had political implications, so that the State's scope for limiting the exercise of free speech was extremely limited. Though controversial, the applicant's view was shared by a considerable number of Liechtensteiners. The Court added that the applicant's lecture contained no improper remarks, such as references to pending cases or insults of high officials or the Prince himself. The royal reaction was found to be disproportionate; effectively terminating a judicial career on the basis of a brief statement that had no bearing on the applicant's fitness for office.

6 *McGuinness v. United Kingdom*, no. 39511/98, ECHR 1999-V.

7 *Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, ECHR 1999-VII.

While respecting the systems of government chosen by Council of Europe States, the Court nonetheless adopts an egalitarian view towards royalty. Though the monarchy as an institution may be a legitimate component of the political framework of a State, no special privileges may be claimed where ECHR rights are at stake. In the *Colombani* case,⁸ where the Court also found a violation of the free-speech clause (Article 10 ECHR), the royal person in question was the Moroccan King, Hassan II. Accused of “duplicity, artifice and hypocrisy” by the French daily newspaper, *Le Monde*, which reported allegations of complicity on the part of the royal entourage in the trafficking of cannabis into Europe, the matter led to criminal proceedings in France against the journalist and editor on the basis of section 36 of the Freedom of the Press Act of 1881. Unlike normal defamation proceedings, section 36, which applied where the person defamed was a head of State or Government or a minister for foreign affairs, excluded the defence of justification, that is to say proving the truth of the allegation made. King Hassan was symbolically awarded one franc. The Court pointed to the special legal status thus conferred on foreign leaders:

That, in its view, amounts to conferring on foreign heads of State a special privilege that cannot be reconciled with modern practice and political conceptions. Whatever the obvious interest which every State has in maintaining friendly relations based on trust with the leaders of other States, such a privilege exceeds what is necessary for that objective to be attained.⁹

But what of royalty or aristocrats as applicants? Four themes can be identified in the royal applications under the ECHR: exile, expropriation, privacy and marriage. These applications have mixed the personal and the political, the private and the constitutional, requiring a fair degree of “navigation” on the Court’s part as it sought to ensure observance of the ECHR without taking sides in historical debates whose embers have not yet burned out completely.

C. *Exile: The Return of the King*

The deposition of the Habsburg-Lothringen dynasty following the First World War was recalled in a series of applications¹⁰ brought before the

⁸ *Colombani and Others v. France*, no. 51279/99, ECHR 2002-V.

⁹ *Ibid.*, § 68.

¹⁰ *Carl-Ludwig and Lorenz Habsburg-Lothringen v. Austria*, No. 15344/89, decision of 14

Commission more than 70 years later by descendants of the last Austro-Hungarian Emperor, Karl.¹¹ From Belgium and Mexico, his sons Felix and Karl-Ludwig argued that their exile from Austria and the corresponding travel restriction in their passports were inhuman and degrading (Article 3 ECHR), a denial of their right to respect for private and family life (Article 8 ECHR) and discriminatory (Article 14 ECHR). Being the only Austrians alive who were unable to enter their homeland, this fact could, they averred, lead to prolonged questioning at border crossings elsewhere in the world, lasting hours, or even whole nights. The thought of elderly gentlemen being made to recount the fall of their father in the still of night to an unsympathetic official will surely move some readers. But not the Commission. Nor did their plea for a chance to be reunited with family members in Austria, or to visit family graves, meet with sympathy at Strasbourg.

Where the House of Habsburg-Lothringen failed, the House of Savoy tried hard to succeed.¹² In the last days of the 20th century, Victor-Emmanuel, son and heir of the last Italian monarch, Umberto II, complained of his banishment from Italian soil, a rule written into the constitution of 1947. The applicant argued above all that Italy's reservation to Protocol No. 4 to the ECHR regarding the House of Savoy (in particular, the Protocol's Article 3 § 2 which provides: "No one shall be deprived of the right to enter the territory of the State of which he is a national.") could no longer be accepted as valid, being unjustified, discriminatory, incompatible with the purpose and object of the ECHR, and constituting a restriction on the right of individual petition. In response, the Italian Government sought to argue simultaneously that the exile of the former royal family was necessary for the protection of the republican system, but that change was anticipated in the near future. The Court declared the application admissible under several provisions, including Article 14, but not Article 8. As with the Habsburgs, the Court took the view that family contacts could be pursued elsewhere than in Italy. The opportunity to adjudicate on these complex issues dissipated with the decision of the Italian Parliament in October 2002 to put an

December 1989 (unreported – that is, not reported in the Court's official printed reports of judgments and decisions, but available in HUDOC, the database containing the complete ECHR jurisprudence, on the Court's website: <http://www.echr.coe.int/echr/>); *Felix and Carl-Ludwig Habsburg-Lothringen v. Austria*, No. 17099/90, decision of 6 September 1991 (unreported).

11 The late Emperor's fortunes have revived of late, after he was beatified in 2004. His dedicated website keeps the momentum up for canonisation.

12 *Victor Emmanuel de Savoie v. Italy*, No. 53360/99, decision of 13 September 2001 (unreported).

end to the applicant's exile, leading the Court to strike the application from the list.

D. Expropriation

In addition to exile, royal applicants to Strasbourg have denounced the expropriation of their estates and belongings. Neither the Austrian nor the Italian dynasties could bring their claims within the temporal scope of Protocol No. 1, nor could the House of Liechtenstein.¹³ Prince Hans-Adam II's attempts to regain possession of a 17th century Dutch painting confiscated from the previous prince, Franz Josef II, in 1946 by the Czechoslovak authorities were to no avail (as was his subsequent case before the International Court of Justice).

The former Greek monarch, Constantinos II, met with greater success in this regard. The fortunes of the Greek royal family, the House of Schleswig-Holstein-Sontenburg-Glucksborg, were decidedly precarious in the 20th century. King George I was assassinated in 1913. His heir, Constantinos I, was deposed by his second son, Alexander, who died after a reign of just three years. Constantinos I returned to the throne in 1920, but abdicated two years later in favour of the Crown Prince, who became George II. The monarchy was abolished in 1924, and then restored in 1936. The reign of Constantinos II was no happier. Following the military coup in 1967, the King chose to go into exile. In 1973, the ruling junta declared a republic and expropriated the royal estates. The following year, with the restoration of democracy, the majority of the Greek electorate opted for republican government. The issue of ownership of the estates remained unresolved for more than 20 years. In 1992, the conservative Government of the day reached an agreement with the former King regarding the properties, which included recognition of title. Two years later, with a socialist administration in power, the agreement was revoked and public ownership affirmed. The situation was put beyond doubt by a ruling of the Special Supreme Court in 1997 that the Greek Constitution forbade the return of the estates to the former King.

By this time, the former King's application was already pending before the Commission. In addition to his argument under Article 1 of Protocol No. 1 ECHR (right of property) regarding the lack of compensation for loss of his property, he contended that his rights under Article 3 (prohibition of

13 *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], No. 42527/98, ECHR 2001-VIII.

degrading treatment) and Article 8 (right to respect for family life) were violated by the insistence of the Greek authorities that he use the surname Glucksborg if he wished to retain his passport. The Commission quickly rejected this latter claim, finding that requiring a person to have a surname was not unreasonable, and that the applicant was under no compulsion to use any particular name. The matter of the royal properties was altogether more significant. The report of the Commission ultimately expressed the opinion that there had, indeed, been a violation of Article 1 of Protocol No. 1.

And thus the matter came before the Court, which, for the first time, examined a case brought by royalty.¹⁴ Apart from this novelty, the issues before the Court were of some intrinsic interest: whether royal property and title thereto are protected by Article 1 of Protocol No. 1; whether the transfer of the estates to State ownership was in the public interest; whether the lack of compensation rendered the expropriation disproportionate; whether the applicant and his family had suffered discrimination. The Court's answers to these questions form a landmark judgment that has been cited since on many occasions.

The Greek Government argued that royal property was essentially different than private property. Monarchs acquired it solely on account of their social position, and so their title should be considered as *sui generis*, outside the scope of the First Protocol. The Court recognised that the properties at issue had a special status, but rejected the notion that the applicant and his family had no private property at all in Greece. In many respects, the royal estates had been treated as private property: sale, transfer, bequests. Moreover, the authorities had, at times, treated the former royal family as the lawful owners. The fact that special rules, for example tax exemptions, applied did not suffice to characterise the property as quasi-public in nature.

Having affirmed the applicability of Protocol No. 1, the Court proceeded to examine the lawfulness, legitimacy and proportionality of the interference. Regarding the first, there was little doubt. As to the second, the Government laid emphasis on the political aspect of the affair. Comparisons were made with other European States that had changed from monarchies to republics, entailing the confiscation of royal property with little or no compensation.¹⁵

¹⁴ *Former King of Greece v. Greece* [GC], No. 25701/94, ECHR 2000-XII.

¹⁵ The single exception to this rule apparently being King Manuel II of Portugal, the last of the Braganza dynasty. While he may have been spared uncompensated expropriation, Manuel II endured much in his short life. Wounded by the assassin who slew his father and older brother

The Court considered that a wide margin of appreciation was appropriate, and that the interference could be viewed as having been in the public interest, notwithstanding doubts that might arise from the lengthy interval between the abolition of the monarchy and final expropriation. As for proportionality, the Court found that there was no justificatory explanation for not compensating the applicants at all. In particular, the argument based on the privileges and exemptions enjoyed by the royal household in the past was not directly material to the issue of proportionality. The fair balance between the applicants' rights and the public interest was therefore upset. The additional claim of discrimination was not considered.

The Court returned to the question of just satisfaction in a subsequent judgment.¹⁶ This aspect of the proceedings was no easier than the adjudication of the merits. The Court considered that less than full compensation was justified in the special context of the legitimate public interest at stake, namely the taking of property in order to implement "such fundamental changes of a country's constitutional system as the transition from monarchy to republic". The Court took the guiding principle for compensation for pecuniary damage, in such a context, to be that of equity. The detailed estimates prepared by international consultants for the parties proved to be of little use, given great disparities, leading the Court to ultimately make an unquestionably substantial award of 12,000,000 EUR to the former King. Doubtless in view of the political overtones of the case, no award was made for non-pecuniary damage.

The applicant in the case carrying the prosaic title of *James and Others v. United Kingdom*¹⁷ was the Duke of Westminster, reputed to be the richest man in England. His complaint was directed against the Leasehold Reform Act 1967, which empowered occupying tenants of dwelling houses to acquire the property from the landlord at a greatly reduced price. The effect of this legislation, which was designed to protect the successors of poorly paid miners and factory workers by eliminating a perceived social injustice in the long leasehold system of tenure in the United Kingdom, was that the Duke was obliged to sell at knockdown prices, highly desirable properties

before his eyes, Manuel became King of a country in deep political crisis at the age of 19. Less than Two years later, the 1910 revolution saw the shelling of the royal palace in Lisbon. The King fled, and died in exile in England in 1932.

16 *Former King of Greece v. Greece (Just Satisfaction)* [GC], No. 25701/94, judgment of 28 November 2002 (unreported).

17 21 February 1986, Series A No. 98. This incidentally was the first judgment of the Court to cite as authority a judgment of the Supreme Court of the United States of America – see § 40 of the judgment.

in London, rented out on long leases to retired admirals, diplomats and the like. The Duke had undoubtedly suffered a financial loss in circumstances where there was no social injustice of the kind that the legislation intended to remedy. The Court, nonetheless, held that the scheme embodied in the leasehold reform legislation could be regarded as a reasonable and appropriate means of achieving the legitimate aim of social justice pursued, and that the particular circumstances of the enfranchisement transactions concerning the Duke's properties did not place an excessive burden on the Duke, over and above the disadvantageous effects generally inherent for landlords in the legislative scheme. Accordingly, there had been no violation of the Duke's right of property under Article 1 of Protocol No. 1, and the retired admirals and diplomats in Mayfair could keep their windfall gains.

E. Exposure

The right to respect for private life is the protean guarantee of the Convention, its material scope having been extended by the Court over the years in response to social and legal developments in Europe. In this dynamic picture, what is surprising about the question of royal privacy is not that it was raised at all, but that it only came before the Court in 2004.¹⁸ Celebrity is nowadays part of the lot of royalty, an inherent ingredient in the status and prestige of the historic dynasties of Europe. Yet, the modern age, with its mix of plain old-fashioned curiosity, telescopic lenses, camera 'phones and a spate of people magazines, has turned celebrity into a social force that quickly escapes control. The case taken by Princess Caroline of Monaco (about German court decisions permitting the publication of photographs of her going about her daily life) brought with it a series of questions relating to privacy, family life, freedom of the press, the excesses of the paparazzi, different national rules and the nature of fame itself.¹⁹

The tone of the judgment echoes that of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which debated the issue of privacy shortly after the death of Princess Diana in 1997, and which adopted Resolution 1165 on the right to privacy the following year. Media interest in the applicant was driven by nothing more than mere curiosity, which attracts less protection from Article 10 ECHR. Where the German Constitutional Court had

18 Earl and Countess Spencer sought to raise these issues before the Commission in the 1990s, but failed to exhaust domestic remedies – Nos. 28851/95 and 28852/95, decision of 16 January 1998 (unreported).

19 *Von Hannover v. Germany*, No. 59320/00, 2004 ECHR 2004-VI.

affirmed the legitimacy of public interest in the applicant as a “figure of contemporary society par excellence”, the Strasbourg Court emphasised her non-public status, as she fulfilled no official functions. The German courts had conceded only limited protection of the Princess’ privacy. In the view of the Hamburg Regional Court, her right to privacy stopped at her front door. This rather extreme stance was moderated by the Constitutional Court, which considered that even outside her home the Princess was entitled to respect for her privacy, but only in secluded places. In the view of the Strasbourg Court, this still represented only a modest degree of protection, and the balance thereby struck between the public’s right to be informed and the Princess’ privacy erred on the side of media freedom for the purposes of the ECHR. In what might be described as a higher-brow approach, the Strasbourg Court found that the decisive factor was the extent to which the photographs and articles contributed to a debate of general interest. The public’s interest in the intimate details of the Princess’ life were not so legitimate as to outweigh her own right to privacy.

It is too easy to characterise the *von Hannover* judgment as pro-royal and anti-media. Though it is undoubtedly important, it is a judgment that must be placed in its factual context. Its applicability to other high-profile personalities (such as film stars, pop singers and footballers – modern royalty) in other circumstances will be a matter for debate. What the judgment does is indicate how the conflicting rights and interests may be reconciled in a given case. By according greater weight to the privacy of a person whose experience of media attention over many years was tantamount to harassment and even persecution, the Court has responded to a widely-felt unease regarding the voyeuristic nature of segments of the contemporary media.

F. Marriage

Lastly, it is appropriate to mention marriage, as much as for the existing caselaw as for the case that might have been.

Article 12 ECHR has figured but rarely in the judgments of the Court. The *Christine Goodwin* and *I.*²⁰ cases provided the opportunity to extend the protection of Article 12 to transsexuals wishing to marry in their new biological identity. Future applications may seek to establish a positive obligation to recognise same-sex unions, based on evolving social standards in Europe

20 *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], No. 28957/95, ECHR 2002-VI; *I. v. United Kingdom* [GC], No. 25680/94, judgment of 11 July 2002 (unreported).

and beyond. But there is a special royal perspective on the matter, seeped in a long and complex history. The phrase morganatic marriage is rarely uttered in the present day, but one such union, and its consequences, formed the basis for an application to the Court based on Article 8, this time from a member of the House of Bernadotte.²¹ The applicant, a member of the Swedish royal family, complained of the drastic consequences that flowed from his decision to marry a commoner in 1934 without the permission of the King. In keeping with Swedish law, his claim to the throne was forfeit and with it his claim to royal titles and privileges. His attempts over the years to persuade the successive Kings to revoke the decision met only with failure. Turning to Strasbourg in his old age,²² the applicant referred to the effect of his loss of title, his exclusion from the royal household, his humiliation and his loss of means. On all counts, the Court found that the issues were inadmissible on temporal grounds, the 1934 decision not giving rise to an ongoing situation.

As for the case that never was, one cannot but be pleased to learn of the opinion of the British Lord Chancellor that the right of the Prince of Wales to marry Camilla Parker-Bowles (as she then was) derived from Article 12 ECHR. A textbook example of the principle of subsidiarity, and one that, we trust, will add to the general happiness of mankind.

2 CONCLUSION

In what are now more egalitarian times, royal or aristocratic provenance is evidently not an attribute that attracts any favoured treatment for the purposes of the ECHR. This was spelled out by the Court in the *Colombani* case in regard to King Hassan II of Morocco, when it held that the special legal status conferred by French law on heads of State, shielding them from criticism solely on account of their status, irrespective of whether the criticism was warranted, amounted to a “privilege that cannot be reconciled with modern practice and political conceptions”, and one that “undermine[d] freedom of expression” as safeguarded by Article 10 ECHR.

But such provenance does not entail exclusion from the protection of ECHR rights and freedoms which otherwise apply, notably the right of property and the right to respect for private and family life. The universal-

21 *Bernadotte v. Sweden*, No. 69688/01, decision of 3 June 2004 (unreported).

22 The applicant in fact died shortly after filing his application, which was pursued by his widow.

ity of human rights can, in this sense, be said also to embrace the members of a privileged – or formerly privileged – sector of society. Thus, the Court did not accept the Greek Government's argument that royal property could not qualify as private property within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 ECHR. And Princess Caroline of Monaco's status as a member of the media's favourite royal family (perhaps after the British House of Windsor) did not deprive her, as a woman, of her right to a private life, free from the harassment of paparazzi that pursued no legitimate aim in the public interest.

On the other hand, the royal or aristocratic backdrop to a right or freedom may well have some incidence on its content or its exercise. The Former King of Greece's case again provides an apt illustration: the exigencies of a country's moving from a monarchy to a republic may justify a lesser level of compensation for expropriated royal property, below that of market value. Likewise, as the Duke of Westminster discovered, the nobility and the landed gentry, as former beneficiaries of an unjust economic and social system, may legitimately be called on in the general interest of the community to accept reduced compensation for a taking of property effected as part of a remedial legislative programme enacted by a democratically elected Parliament with a view to remedying the injustice.

In sum, just as the Council of Europe's human rights treaty of 1950 cannot fairly be characterised as a rogues' charter (as it sometimes is by some elements on the far right of the political spectrum in our countries), neither can it be taxed as being the European Convention on Royal Rights. Royalty, aristocracy and nobility have their small corner in the corpus of caselaw under the ECHR but, to use the notion which permeates the whole of the ECHR jurisprudence, the attention devoted to them and their rights has not been disproportionate.

DE L'INCOMPATIBILITÉ DES AMNISTIES
INCONDITIONNELLES AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

*Djamchid Momtaz**

On a longtemps considéré que la décision de ne pas exercer l'action pénale par l'octroi d'une amnistie relevait du domaine réservé de l'Etat. Il était de surcroît largement admis que l'amnistie constituait le meilleur moyen de réconcilier un peuple avec soi-même et de préserver l'unité nationale au lendemain de troubles ou d'un conflit armé interne. C'est dans cet esprit que le Protocole II du 8 juin 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et relatif aux conflits armés non internationaux encourageait les Etats « à accorder la plus large amnistie possible » aux personnes impliquées dans de tels conflits. A plusieurs reprises, cette disposition devait servir aux tribunaux internes de référence pour justifier les amnisties inconditionnelles controversées¹.

L'évolution récente du droit international pénal semble infirmer le bien-fondé de tels arguments. Sous l'influence des doctrines relatives aux droits de l'homme, l'impunité, du moins pour les crimes les plus graves, est désormais mise au défi. La mise en place de tribunaux pénaux internationaux et de la Cour pénale internationale est la manifestation la plus éclatante de ce changement d'esprit. Les différents rapports du Secrétaire général sur la protection des civils dans les conflits armés, préparés à la demande du Conseil

* Professeur de droit international à l'Université de Téhéran, membre de la Commission du droit international et associé de l'Institut de Droit international.

1 A titre d'exemples : décision du 16 août 1995 de la Cour suprême de justice du Salvador (Aff. *Guevera Portillo*) ; décision du 26 octobre 1995 de la Cour suprême du Chili (Aff. *Romo Mena*) ; décision du 25 juillet 1996 de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (Aff. *Azanian Peoples Organization*). Pour plus de renseignements, cf. Y. Naqvi, "Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition", 851 *RICR*, (septembre) 2003, 604.

de sécurité², les résolutions adoptées par cet organe suite à leur examen³ ainsi que celles adoptées par la Commission des droits de l'homme⁴ montrent très clairement que l'ONU est parvenue à cette conclusion que l'amnistie inconditionnelle n'est pas de nature à mener à une paix et une réconciliation durables. Pour l'Organisation, l'amnistie devrait exclure les crimes de génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les violations graves des droits de l'homme.

On s'accorde désormais pour affirmer que les Etats qui octroient des amnisties inconditionnelles couvrant de tels crimes méconnaissent leurs obligations internationales et que ces amnisties pourraient dès lors ne pas recevoir la reconnaissance internationale.

1 L'INCOMPATIBILITÉ DES AMNISTIES INCONDITIONNELLES AVEC LES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT

A ce jour, aucun instrument conventionnel n'interdit formellement l'amnistie⁵, ce qui pourrait laisser penser que les Etats continuent à exercer en la matière une compétence exclusive. Toutefois, une telle assertion ne résiste

-
- 2 Premier Rapport S/1999/957 (8 septembre 1999) ; second rapport S/2001/331 (30 mars 2001) ; troisième rapport S/2002/1300 (26 novembre 2002) et quatrième rapport S/2004/431 (28 mai 2004). Tous ces rapports insistent sur le fait que la population civile est, au cours des conflits armés, la principale victime des violations graves du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, que ces violations restent généralement impunies et qu'il est inadmissible d'en amnistier les auteurs.
 - 3 Cf. entre autres : rés. 1265 du 17 septembre 1999 qui met l'accent sur la responsabilité des Etats de mettre un terme à l'impunité pour violations sérieuses du droit international humanitaire ; rés. 1318 du 7 septembre 2000 qui souligne la nécessité de traduire en justice les auteurs du crime de génocide, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et d'autres violations du droit international humanitaire ; rés. 1379 du 20 novembre 2001 sur la protection des enfants qui met l'accent sur la nécessité d'exclure « autant que possible » ces crimes des mesures d'amnistie et de veiller à ce que les mécanismes de recherche de la vérité et de la réconciliation mis en place après les conflits traitent des abus graves dont les enfants ont pu être victimes.
 - 4 La dernière résolution adoptée sur le sujet par la Commission (rés. 2004/7 du 21 avril 2004) estime que « les auteurs de violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne devraient pas bénéficier d'une amnistie et invite instamment les Etats à agir conformément à leurs obligations en vertu du droit international et accueille avec satisfaction la levée et l'annulation des amnisties ».
 - 5 Seule la « Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées », adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1992 (rés. 47/133) et évidemment dénuée de force obligatoire, interdit expressément l'amnistie pour les auteurs de tels actes. Cf. art. 18 de la Déclaration.

pas à l'examen. En effet, l'amnistie inconditionnelle semble être inconciliable avec l'obligation que le droit international impose aux Etats de traduire en justice les auteurs présumés de crimes internationaux et d'enquêter sur les violations graves des droits de l'homme.

A. *L'obligation de traduire en justice*

Plusieurs instruments conventionnels imposent aux Etats parties l'obligation de traduire en justice les personnes prévenues d'avoir violé leurs dispositions. Il s'agit de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁶ ainsi que des quatre Conventions de Genève de 1949 et leur Protocole additionnel I relatif aux conflits armés internationaux, instruments par lesquels l'Etat partie s'engage à déférer à ses tribunaux les personnes prévenues d'avoir commis ou ordonné de commettre des « infractions graves » à ces instruments, qualifiées de crimes de guerre⁷. Plus récemment, la Convention contre la torture impose à son tour une telle obligation aux auteurs présumés d'actes de torture⁸. L'obligation conventionnelle de traduire les coupables en justice, énoncée dans tous ces instruments, est absolue et ne souffre aucune exception. L'amnistie, qui la méconnaît, serait dès lors incompatible avec l'obligation internationale de l'Etat partie qui l'aurait octroyée.

Pour les amnisties couvrant le crime contre l'humanité et les violations graves du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux, qualifiées au même titre que les infractions graves, de crimes de guerre, plus de circonspection s'impose. En effet, dans les deux cas, leur criminalisation n'est pas d'origine conventionnelle, ce qui peut prêter à controverse et soulever des doutes quant à l'existence d'une éventuelle obligation de poursuite des auteurs présumés de ces crimes à la charge des Etats sur le territoire desquels ils se trouvent.

L'applicabilité du principe *aut dedere aut judicare* au crime contre l'humanité a été finalement retenue par la Commission du droit international

6 D'après l'article 6 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée le 9 décembre 1948, les personnes accusées de ce crime « seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ».

7 Art. 49 de la première Convention, art. 50 de la seconde, art. 129 de la troisième et art. 146 de la quatrième. Cf. également l'art. 85 du Protocole I additionnel à ces Conventions.

8 Art. 7 de la Convention contre la torture, adoptée le 10 décembre 1984, qui dispose que chaque Etat partie sur le territoire duquel une personne présumée avoir commis des actes de torture est découverte soumet l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale.

dans le cadre de l'article 9 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'elle adopta en 1996⁹. Cette décision a été généralement bien accueillie. Dans un jugement du 10 décembre 1998 dans l'affaire Furundzija, la Chambre de première instance du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie qualifie le Code d' « instrument international faisant autorité »¹⁰.

Dans le cas des crimes de guerre commis lors d'un conflit armé non international, la Commission a quelque peu hésité avant de parvenir à une telle conclusion. En effet, l'article 22 du projet de code, consacré aux crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité et adopté en première lecture en 1991¹¹, ne se référait pas expressément aux conflits armés non internationaux, contrairement à l'article 20 du projet de 1996, lui aussi relatif à ces crimes. Cette modification se justifie par l'évolution du droit international humanitaire durant le laps de temps séparant ces deux dates. Le commentaire de l'article 20 précité, préparé par les soins de la Commission, insiste en effet sur le principe de la responsabilité pénale individuelle au cours de cette catégorie de conflits armés, responsabilité relevée pour la première fois par la Chambre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans son arrêt du 2 octobre 1995 dans l'affaire Tadic¹². Il reste que cet arrêt se contente de criminaliser les violations graves du droit international humanitaire au cours de conflits armés non internationaux sans étendre pour autant le régime des « infractions graves » à cette catégorie de crimes¹³. On est dès lors en droit d'exprimer quelques doutes quant à l'obligation des Etats de traduire en justice ou d'extrader les auteurs présumés de tels crimes et de conclure sur la base de cet arrêt que l'amnistie dont ils bénéficient serait incompatible avec le droit international.

Depuis, le fondement coutumier d'une telle obligation s'est précisé, ce qui permet d'affirmer avec plus de vigueur encore cette incompatibilité. En acceptant d'inclure dans la compétence de la Cour pénale internationale les violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève consacré aux conflits armés non internationaux ainsi que les violations de certaines lois et coutumes de guerre identifiées par le Protocole II additionnel

9 Rapport de la CDI sur les travaux de sa 48^e session, Assemblée générale, Documents officiels, 51^e session, Suppl. n° 10 (A/51/10), pp. 69 s.

10 *Procureur c. Anto Furundzija*, aff. n° IT-95-17/1-T, § 227.

11 Rapport de la CDI sur les travaux de sa 43^e session, Assemblée générale, Documents officiels, 46^e session, Suppl. n° 10 (A/46/10), pp. 293 s.

12 *Op. cit.* (note 9), p. 141.

13 D. Momtaz, « Le droit international applicable aux conflits armés non internationaux », 292 *RCADI*, 2002, p. 114.

à ces Conventions relatif à cette même catégorie de conflits armés¹⁴, les Etats parties au Statut de cette Cour ont, semble-t-il, réduit d'autant leur compétence exclusive en matière d'octroi d'amnistie. En effet, la compétence de la Cour est complémentaire de celle des juridictions criminelles nationales des Etats parties au Statut¹⁵, preuve s'il en est de l'obligation qui leur incombe de poursuivre les auteurs présumés de telles violations.

On pourrait enfin, à l'appui de cette thèse, se référer à un assez grand nombre de résolutions du Conseil de sécurité, dont certaines adoptées dans le cadre du chapitre VII de la Charte, qui établissent la responsabilité pénale individuelle des personnes présumées avoir commis de tels crimes¹⁶. Ces résolutions, adoptées à l'unanimité, présentent un intérêt particulier pour la formation de l'*opinio juris* relative à la criminalisation de tels actes.

L'absence, dans le texte de ces résolutions, de toute référence aux auteurs d'actes de torture ne doit pas être interprétée dans le sens de leur exclusion de la campagne menée par l'ONU contre l'impunité. Dans son observation générale n° 20, émise le 10 mars 1992, concernant l'article 7 du Pacte relatif aux droits civils et politiques sur l'interdiction de la torture, le Comité des droits de l'homme dénonçait déjà l'amnistie octroyée par certains Etats parties pour des actes de torture comme étant « généralement incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes ». Le Comité se fondait sur cette observation pour affirmer, dans sa communication du 9 août 1994¹⁷, que la loi d'amnistie inconditionnelle n° 15848 adoptée par l'Uruguay le 22 décembre 1986 était incompatible avec l'obligation que cet Etat avait contractée en vertu du Pacte.

B. *L'obligation d'enquêter*

Largement inspiré par l'« Etude sur la législation d'amnistie et sur son rôle dans la protection et la promotion des droits de l'homme »¹⁸, le rapport final présenté par Louis Joinet, rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur l'amnistie, met en exergue l'incompatibilité qui existe entre l'amnistie et l'obligation d'enquêter sur les violations des droits de l'homme¹⁹.

D'après le principe n° 20 de ce rapport, « l'impunité constitue un

14 Art. 8 §2 c) du Statut de Rome sur la CPI.

15 Art. 1 du Statut de Rome.

16 Rés. 787 du 16 novembre 1992 ; rés. 749 du 3 décembre 1992 ; rés. 935 du 1^{er} juillet 1994.

17 Comm. n° 322 / 1998.

18 Etude présentée par L. Joinet, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur l'amnistie, E/CN.4 Sub.2/1985/16/Rev.1, août 1985.

19 « L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus. Question de l'impunité

manquement aux obligations qu'ont les Etats, selon le droit international, d'enquêter sur les violations, de prendre des mesures appropriées à l'égard de leurs auteurs, notamment pour qu'ils soient poursuivis et jugés, et d'assurer des voies de recours efficaces aux victimes ». Dans le cas des instruments conventionnels qui ne comportent pas d'obligation de traduire en justice les personnes présumées en avoir violé les dispositions, l'obligation d'enquêter peut sans conteste présenter une importance capitale et faire pièce aux mesures d'amnistie. Tel est l'argument mis en avant tant par le Comité des droits de l'homme que par la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour dénoncer l'amnistie inconditionnelle.

► *Le Comité des droits de l'homme et l'obligation d'enquêter*

Dans une communication rendue publique le 21 juillet 1983, le Comité des droits de l'homme relève l'obligation de l'Uruguay d'enquêter sur toute allégation de disparition et de déférer en justice les responsables de tels faits²⁰. Plus explicite, le Comité, dans sa communication précitée du 9 août 1994, déclare : « en excluant par sa loi d'amnistie la possibilité de mener une enquête sur les violations des droits de l'homme, l'Uruguay a méconnu les obligations qu'il avait contractées en vertu de l'article 7 du Pacte », lequel interdit la torture. D'après le Comité, « la responsabilité de mener une telle enquête fait partie de l'obligation qui incombe à l'Etat partie d'accorder un recours utile » en vertu du paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte. Fidèle à sa jurisprudence antérieure, le Comité a, dans une nouvelle communication en date du 11 mars 2001, condamné la Serbie pour violation de cette disposition qui l'obligeait à diligenter une enquête rapide et effective en cas d'allégations de tortures ou de brutalités policières graves²¹.

Plusieurs observations générales émises par le Comité attirent l'attention sur l'engagement pris par les Etats parties, en vertu du paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte, de garantir que toute personne dont les droits et libertés auront été violés disposerait d'un recours utile. De même, l'observation générale n° 8 du 30 juin 1982 rappelle l'obligation des Etats parties de veiller à ce qu'un tel recours soit assuré dans le cas où un individu se plaint d'être privé de sa liberté en violation de l'article 9 du Pacte. L'observation n° 20 précitée va elle aussi dans le même sens puisque le Comité des droits de l'homme y déclare que l'article 7 du Pacte relatif à l'interdiction de la

des auteurs de violations des droits de l'homme (civils et politiques) », E/CN.4/Sub.2/1996/18, 20 juin 1996.

20 Comm. n° 107/1981.

21 Comm. n° 113/1998.

torture devait être lu conjointement avec le paragraphe 3 de l'article 2 de ce même Pacte, selon les termes duquel les Etats s'engagent à garantir un recours utile aux victimes de violations des droits consacrés par cet instrument. D'après le Comité, « le droit de porter plainte contre les auteurs d'actes de torture doit être reconnu dans le droit interne des Etats et les plaintes doivent faire l'objet d'enquêtes rapides et impartiales des autorités compétentes pour rendre les recours efficaces ». C'est ainsi que le Comité, dans sa communication du 9 août 1994, parvient à cette conclusion que l'amnistie octroyée pour les actes de torture est d'une manière générale « incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes dans leur juridiction ». Dans son jugement dans l'affaire Furundzija, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est appuyé sur cette observation générale pour parvenir à une conclusion identique²². L'observation générale n° 31 du Comité, émise le 29 mars 2004, mène à son terme le raisonnement suivi par le Comité dans son observation n° 20 en déclarant que le fait pour un Etat partie au Pacte de ne pas mener d'enquête sur des violations présumées de ses dispositions pourrait en soi donner lieu à une violation distincte du Pacte. Désormais, il semble bien que, pour le Comité, l'amnistie, en privant les individus victimes de violations des droits de l'homme du bénéfice d'une enquête, serait incompatible avec le Pacte.

► *La Cour interaméricaine des droits de l'homme et l'obligation d'enquêter*

A l'instar du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention américaine relative aux droits de l'homme ne fait pas expressément obligation aux Etats d'enquêter sur les violations de ses dispositions. Toutefois, d'après la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les Etats parties sont bel et bien tenus de mener de telles enquêtes, ceci en vertu de l'article 1 de la Convention selon lequel ils doivent non seulement respecter les dispositions de la Convention mais aussi assurer le plein exercice des droits et libertés reconnus par cet instrument. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 29 juillet 1988 dans l'affaire Velasquez-Rodriguez, la Cour parvient à la conclusion que les Etats parties doivent non seulement prendre les mesures qu'il est raisonnable d'adopter pour empêcher la violation des droits reconnus par la Convention mais également de prendre les dispositions qui s'imposent pour procéder à une enquête approfondie sur les violations commises en vue d'en identifier les responsables, les punir et réparer les préjudices

22 *Op. cit.* (note 10), § 172.

subis par les victimes²³. L'obligation de prévenir serait ainsi indissociable de celle de réparer dont l'Etat ne saurait s'acquitter sans enquêter sur la violation et offrir un recours utile aux victimes.

Dans l'arrêt rendu le 14 mars 2001 dans l'affaire Barrios-Altos, premier arrêt de fond relatif à deux lois d'amnistie, en l'occurrence celles octroyées par le Pérou, la Cour interaméricaine des droits de l'homme se penche plus précisément sur la compatibilité de l'amnistie avec les dispositions de la Convention. La jurisprudence Velasquez-Rodriguez relative à l'obligation d'enquêter sur les violations des dispositions sert ici de fondement. Selon la Cour, l'amnistie décrétée par le Pérou, en faisant obstacle à toute enquête pour identifier et punir les responsables des violations des droits reconnus par la Convention, est manifestement contraire aux obligations contractuelles de cet Etat²⁴. Plus tard, cette juridiction sera amenée à interpréter sa décision du 14 mars 2001 : par un jugement rendu à cet effet le 3 septembre 2001, elle précise en effet que cette décision ne se limitait nullement au cas d'espèce mais qu'elle revêtait au contraire une portée tout à fait générale²⁵.

De son côté, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a eu plusieurs fois l'occasion de se pencher sur la question de la compatibilité des lois d'amnistie avec les obligations contractées par les Etats parties à la Convention américaine relative aux droits de l'homme. La Commission s'est fondée sur l'obligation des Etats parties d'enquêter sur toute allégation de violation des dispositions de la Convention, telle qu'elle résulte de l'interprétation donnée par la Cour dans son article premier dans l'affaire Velasquez-Rodriguez, pour affirmer que l'amnistie était incompatible avec la Convention parce qu'elle avait pour conséquence d'empêcher les enquêtes sur les violations de la Convention²⁶. Il est intéressant de noter que, de l'avis de la Commission, la pratique qu'elle a suivie en matière d'amnistie est conforme aux principes dégagés par Louis Joinet dans son rapport sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme²⁷.

23 *Velasquez Rodriguez Case*, jugement du 29 juillet 1988, CIADH, Ser. C, n° 4 (1998), § 174.

24 Aff. *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. versus Peru)*, jugement du 14 mars 2001, CIADH, § 44. Le § 4 du dispositif de ce jugement déclare que les lois d'amnistie inconditionnelle n° 26479 et 26492 sont incompatibles avec la Convention américaine relative aux droits de l'homme et qu'elles sont dès lors dépourvues de tout effet juridique.

25 Aff. *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. versus Peru) Interpretation of the Judgement on the Merits*, jugement du 3 septembre 2001, § 2 du dispositif. D'après la Cour, le jugement du 14 mars 2001 « has generic effects ».

26 Rapport 1/99 – 27 janvier 1999 – Rapport 29/92 – 2 octobre 1992 – Rapport 36/96 – 15 octobre 1996.

27 Rapport 133/99 – 19 novembre 1999 – Rapport 1/99 – 27 janvier 1999.

2 LA NON-RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DES AMNISTIES INCONDITIONNELLES

Incompatibles avec les obligations internationales des Etats, les amnisties inconditionnelles ont été mises, au cours de ces dernières années, à rude épreuve tant devant les tribunaux internationaux que les juridictions nationales. Dans les deux cas, elles ont été considérées comme ne pouvant faire obstacle à l'exercice de leur compétence pour l'examen des faits qu'elles couvriraient.

A. *La non-reconnaissance par les tribunaux internationaux*

L'arrêt Barrios-Altos est le premier arrêt de fond rendu par une juridiction internationale qui déclare une loi d'amnistie nulle et non avenue et dépourvue de tout effet juridique, y compris sur le territoire de l'Etat, en l'occurrence le Pérou, qui l'avait adoptée²⁸. La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, qui s'est autoqualifié d'international²⁹, a refusé à son tour, dans son jugement du 13 mars 2004, de donner effet à l'amnistie générale offerte à tous les combattants engagés dans le conflit armé au Sierra Leone dans le cadre de l'Accord de Lomé du 7 juillet 1999³⁰. Le Tribunal ne faisait ainsi que s'aligner sur la résolution 1315 du 4 août 2000 du Conseil de sécurité par laquelle ce dernier organe endossait la réserve du Représentant spécial du Secrétaire général, émise lors de la signature de cet Accord, excluant du champ d'application de cette amnistie les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre, de génocide et des crimes contre l'humanité. Enfin, le jugement rendu par la Chambre de première instance du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Furundzija aborde la question de la validité et de la non-reconnaissance des amnisties inconditionnelles dans un contexte général et parvient à cette conclusion que les amnisties couvrant des crimes comme la torture « n'auront pas de reconnaissance internationale »³¹. Pour parvenir à cette fin, la Chambre de première instance reprend à son compte et développe l'argument avancé par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire Barrios-Altos. D'après

28 *Op. cit.* (note 24), § 44 du jugement.

29 *Prosecutor Against Charles Ghankay Taylor. Decision on Immunity from Jurisdiction*, 31 mai 2004, aff. n° SCSL 2003 01 – I, § 37 et s.

30 *Prosecutor Against Kallon and Kamara. Decision on Challenge to Jurisdiction Lomé Accord Amnesty*, 13 mars 2004, aff. n° SCSL 2004 – 16 AR72 (E). (21), § 155.

31 *Op. cit.* (note 10), § 155.

la Cour interaméricaine des droits de l'homme statuant sur cette même affaire, l'amnistie accordée par le Pérou ne peut être reconnue parce qu'elle vise à faire obstacle au jugement et à la punition de personnes responsables de violations de règles non dérogeables d'après le droit international des droits de l'homme. La Cour cite, à titre d'exemple, l'interdiction des exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires, de la disparition forcée ainsi que de la torture³².

On estime généralement que les règles non dérogeables des droits de l'homme ont valeur de *jus cogens*. C'est manifestement le cas de la règle interdisant la torture. Dans le jugement précité en l'affaire Furundzija, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie relève que « l'interdiction de la torture est une norme impérative ou *jus cogens* » consacrant un droit absolu auquel il ne peut être dérogé, même en situation de crise. La Cour européenne des droits de l'homme reprend et fait sien ce dictum du Tribunal, qui figure dans l'arrêt qu'elle a rendu le 21 novembre 2001 dans l'affaire Al-Adsani³³. Une fois la nature impérative de l'interdiction de la torture établie, il serait évidemment « absurde », comme le Tribunal international le fait remarquer dans le jugement Furundzija, d'amnistier les tortionnaires. D'après le Tribunal, une telle amnistie ne serait « pas reconnue par la communauté internationale » et les éventuelles victimes, si elles ont la capacité juridique, pourraient engager une action devant une juridiction nationale ou internationale compétente afin d'obtenir qu'elle soit déclarée contraire au droit international³⁴.

C'est dans un tel contexte que la question se pose de savoir si une amnistie par laquelle un Etat partie au Statut de la Cour pénale internationale décide de ne pas poursuivre les auteurs de crimes relevant de sa compétence ferait obstacle à sa saisine. Cette question a été soulevée dans le cadre des travaux du Comité préparatoire de la Conférence de Rome chargée d'élaborer le Statut. Les divergences firent qu'aucune disposition traitant de la question n'a pu être incluse dans le Statut. La réponse doit être dès lors recherchée dans les dispositions du Statut traitant des questions relatives à la recevabilité³⁵.

32 *Op. cit.* (note 24), § 41.

33 Aff. *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, CEDH. Le § 30 de l'arrêt cite le § 144 du jugement Furundzija, où le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie qualifie l'interdiction de la torture de *jus cogens*.

34 *Op. cit.* (note 21), § 155.

35 D. Momtaz, « La compétence complémentaire de la Cour pénale internationale à l'épreuve des lois d'amnistie inconditionnelle », 78 *Journal of International Peace and Organization (Die Friedens-Warte)*, n° 1, 2003, 53-62.

D'après une partie de la doctrine, ces dispositions traitent des questions de procédure et ne peuvent apporter de réponse à cette question de fond. Il faudrait dès lors en conclure que la Cour est tenue de juger irrecevable une affaire couverte par une amnistie nationale³⁶. Conformément à l'article 17 du Statut, consacré aux questions relatives à la recevabilité, la Cour agirait de la sorte si l'affaire a fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence. Dans la mesure où une amnistie inconditionnelle pourrait faire échapper les auteurs de crimes relevant de la compétence de la Cour à toute enquête en vue d'une éventuelle mise en accusation devant les tribunaux nationaux, on est en droit de se demander si cette exception peut être retenue. Il est vrai que, d'après cette même disposition du Statut, une affaire est jugée irrecevable par la Cour si l'Etat ayant compétence a décidé de ne pas engager de poursuites, décision qui pourrait résulter d'une amnistie. Néanmoins, conformément à cette disposition, une telle décision ne pourrait être prise que si l'affaire a fait auparavant l'objet d'une enquête et qu'elle ne résulte pas du manque de volonté de cet Etat de mener à bien des poursuites. Tel est généralement le cas des amnisties auto-octroyées par les dictatures déclinantes. Rien ne s'opposerait donc à ce que la Cour exerce sa compétence complémentaire à l'égard des crimes couverts par ces amnisties.

Le préambule du Statut souligne par ailleurs que les crimes qui relèvent de la compétence de la Cour « menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde » et « touchent l'ensemble de la communauté internationale ». On pourrait dès lors soutenir que l'engagement des Etats à assurer la répression de ces crimes en vertu du droit international est une obligation *erga omnes*, obligation que l'Etat partie au Statut méconnaîtrait s'il promulguait une amnistie couvrant ces crimes. Une telle amnistie pourrait par ailleurs être considérée comme un défi à la volonté affirmée des Etats parties au Statut de mettre un terme à l'impunité de ces crimes. La reconnaissance de telles amnisties par la Cour saperait incontestablement toute la savante construction juridique mise en place par le Statut³⁷. On pourrait dès lors soutenir que rien ne devrait s'opposer à ce que ces crimes, même dans le cas où ils ont fait l'objet d'une amnistie, soient déférés à la Cour, en vertu de l'article 13 du Statut, par tout Etat partie ou par le Conseil de sécurité agissant dans le

36 M.H. Arsandjani, "The ICC and National Amnesty Law", *Proceeding of the 93rd Annual Meeting, 93 ASIL*, 1999, 65-67.

37 A. Seibert-Fohr, "The Relevance of the Rome Statute of the ICC for Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck United Nations Yearbook*, 1999, 563.

cadre du chapitre VII de la Charte, à moins que le Procureur, de sa propre initiative, n'ouvre une enquête sur ces crimes³⁸.

Les Etats parties au Statut sur le territoire desquels les personnes bénéficiant d'une telle amnistie séjournent pourraient ainsi être amenés, sur requête du Procureur de la Cour, à les arrêter et les remettre à la Cour. C'est une telle éventualité qui a convaincu les juges du Conseil constitutionnel de la France que l'autorisation de la ratification par la France du Traité portant Statut de la Cour pénale internationale devrait être précédée d'une révision de la Constitution. Dans sa décision du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel est d'avis que l'arrestation et la remise à la Cour d'une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription, porteraient atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale, d'où la nécessité de légalisation par une révision de la Constitution³⁹. Cette décision ne doit évidemment pas être interprétée comme portant atteinte au droit de la France de proclamer une amnistie. Cet Etat, à l'instar de toute autre partie au Statut, reste libre de le faire, au risque toutefois, au cas où une telle amnistie couvrirait des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, qu'elle ne soit pas reconnue par cette dernière. C'est en toute connaissance de cause et pour éviter une telle éventualité que la Colombie, en ratifiant le Statut de la Cour le 5 août 2002, a déclaré qu'aucune disposition du Statut ne l'empêcherait d'octroyer une amnistie pourvu, comme elle ne manque pas de le préciser, qu'elle soit conforme aux principes et normes internationaux.

Le droit ainsi reconnu à la Cour pénale internationale de ne pas tenir compte d'une amnistie couvrant des crimes relevant de sa compétence ne porte évidemment pas atteinte au rôle que cette institution pourrait être amenée à jouer en tant qu'instrument de réconciliation nationale et de paix. En effet, conformément à l'article 16 du Statut, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, aura toujours la possibilité de demander qu'aucune enquête ou poursuites ne soient engagées pour une période d'un an renouvelable indéfiniment tous les ans. De même, le Procureur reste libre, en vertu de l'article 53 du Statut, de ne pas engager de poursuites s'il parvient à cette conclusion qu'elles ne serviraient pas « les intérêts de la

38 International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, London Conference, 2000, p. 15.

39 Décision n° 98-408 du 22 janvier 1999 concernant le Traité portant Statut de la CPI, in *Actualité juridique Droit administratif* (20 mars 1999), p. 266. Cf. commentaire de P. Tavernier in *YIHL*, 1999, pp. 360 s.

justice », compte tenu des circonstances qui prévalent. Cette disposition du Statut accorde en fait au Procureur le droit d'arbitrer entre l'impératif de la justice et celui de la paix⁴⁰.

B. *La non-reconnaissance par les tribunaux internes*

Il est désormais acquis que le crime de génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et la torture touchent l'ensemble de la communauté internationale. Cette caractéristique constitue incontestablement le fondement du principe de la compétence universelle en matière pénale autorisant tous les Etats à enquêter, poursuivre et punir les auteurs présumés de ces crimes. L'aptitude reconnue aux tribunaux nationaux de juger des faits commis à l'étranger, quels que soient le lieu du crime et la nationalité de l'auteur présumé, à condition qu'il se trouve sur le territoire national, a une origine conventionnelle. Plusieurs conventions, dont les Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I ainsi que la Convention sur l'interdiction de la torture comportent en effet une clause de compétence universelle⁴¹. Il en va de même du Statut de Rome qui oblige les Etats parties à réprimer les crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale. On s'accorde désormais pour affirmer que la compétence des tribunaux nationaux d'engager des poursuites contre les personnes présumées avoir commis ces crimes a un fondement coutumier.

La question se pose dès lors de savoir si un Etat, en amnistiant les auteurs de tels crimes, serait en droit de priver les autres Etats du droit qu'ils détiennent en vertu d'une clause de compétence universelle. La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone s'est expressément prononcée, dans son jugement précité du 13 mars 2004, contre une telle aptitude⁴². La conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu est fondée sur la jurisprudence récente de certaines juridictions nationales qui se sont refusées à donner effet aux amnisties octroyées par des Etats étrangers en se fondant sur le principe de la compétence universelle.

40 W. Bourdon, *La Cour pénale internationale* (Paris, Seuil, 2000), p. 54 ; M. Frulli, « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux », in : A. Cassese, Delmas Marty (éd.), *Crimes internationaux et juridictions nationales* (Paris, PUF, 2002), p. 245.

41 *Op. cit.* (notes 7 et 8).

42 *Op. cit.* (note 30), § 67 de la décision. S.M. Meisenberg, "Legality of Amnesties in International Humanitarian Law. The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone", 86 *RICR* (décembre), 2004, 845 s.

La question a été soulevée lors de l'examen des requêtes contre l'ancien président du Chili, Augusto Pinochet, devant les tribunaux de l'Espagne et du Royaume-Uni, alors même que la défense avait préféré ne pas recourir à l'argument de l'amnistie dont ce dernier avait bénéficié pour soulever l'exception d'incompétence, preuve s'il en est de la certitude qu'il ne serait pas retenu⁴³. En effet, le jugement rendu le 5 novembre 1998 dans cette affaire par Sala de la Penal de la Audiencia Nacional stipule que, dans la mesure où le décret-loi du 10 mars 1978 du Chili accordait une amnistie inconditionnelle, incompatible de ce fait avec une norme du *jus cogens*, elle ne saurait faire obstacle à l'exercice de la compétence universelle par l'Espagne⁴⁴. De même, la Chambre des lords, dans un arrêt du 24 mars 1999 dans cette même affaire, a jugé que la ratification de la Convention des Nations Unies contre la torture par le Chili sous-entendait une levée d'immunité de ses gouvernants, sans quoi la clause de la compétence universelle incluse dans cet instrument serait mise en échec⁴⁵. C'est ainsi que cette juridiction a conclu que rien ne s'opposait à l'extradition d'Augusto Pinochet vers l'Espagne. Amenée à se prononcer sur l'applicabilité d'une loi d'amnistie octroyée par la Mauritanie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française développera une argumentation similaire. Dans sa décision du 23 octobre 2002, cette Cour affirmait qu'« au regard du principe de l'application de la loi nationale, seule peut être prise en considération l'amnistie décidée par les autorités françaises, sauf à priver de toute portée le principe de la compétence universelle »⁴⁶. Cette compétence résulte dans le cas précis de l'article 7 de la Convention contre la torture à laquelle la France est partie. En définitive, la non-reconnaissance des amnisties par les tribunaux tant internationaux que nationaux, quelles que soient les raisons qui les amènent à agir de la sorte, constitue une arme de choix pour lutter contre l'impunité.

* * *

43 J. Dugard, "Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty still an option?", 12 *LJIL*, 1999, 1007.

44 Cf. Compilation de la pratique nationale effectuée par les soins du CICR : J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law* (Genève/Cambridge, ICRC/Cambridge University Press, 2005), vol. II : Practice, Part 2, pp. 4015 s. R. Slye, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law. Is a legitimate Amnesty Possible?" 43 *Va J Int'l L*, n° 1 (Fall) 2002, 180.

45 *Regina c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others ex Parte Pinochet Ugate* (n° 3) ; C. Mc Machlan, "Pinochet revisited", 51 *ICLQ*, Part 4 (October), 2002, 861. Cet auteur refuse d'accepter que du seul fait d'une ratification l'immunité des gouvernants puisse être considérée comme étant levée.

46 N. Maziau (dir.), « Jurisprudence française relative au droit international, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle », in *AFDI*, n° 195, 2003, 725.

Au terme de cette étude, une constatation s'impose de toute évidence : l'amnistie ne relève plus du domaine réservé des Etats, la compétence longtemps exclusive des Etats dans ce domaine s'étant progressivement érodée. Cette érosion résulte non seulement de l'obligation conventionnelle, contractée dans le cadre d'une multitude d'instruments, d'engager des poursuites à l'encontre des personnes qui se sont rendues coupables d'actes prohibés mais aussi d'une règle coutumière en voie de gestation qui interdit l'amnistie couvrant les auteurs des crimes internationaux les plus graves⁴⁷.

La restriction conventionnelle apportée à la compétence jadis exclusive des Etats d'accorder l'amnistie a été suffisamment soulignée tout au long de cette étude pour qu'il ne soit plus nécessaire d'y revenir. A dire vrai, elle n'est d'ailleurs pas toujours explicite. En effet, dans les cas du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, cette restriction résulte de la volonté des organes de contrôle de ces instruments d'interpréter extensivement les obligations qui incombent aux Etats parties : celle de fournir un recours utile aux victimes des violations des droits qu'ils garantissent ainsi que l'engagement de mener des enquêtes sur de tels actes. D'après ces organes, ces obligations excluent incidemment le droit d'octroyer une amnistie aux personnes présumées responsables de ces violations.

Dans le cas des amnisties couvrant les autres crimes, tels les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis au cours de conflits armés non internationaux, la question de leur compatibilité avec le droit international requiert plus de circonspection. Pour ce qui est de cette dernière catégorie de crimes, leur inclusion dans la liste des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale offre un argument de choix aux détracteurs des amnisties qui les couvriraient. Il faut néanmoins reconnaître qu'une partie de la doctrine reste sceptique, une telle prise de position pouvant se justifier non seulement par les doutes qui persistent quant à la nature coutumière de l'ensemble des dispositions du Statut de la Cour mais aussi par le fait qu'on continue à penser qu'il appartient en dernier ressort à l'Etat qui a connu de tels conflits armés de juger de l'opportunité d'accorder, pour des raisons de politique intérieure, de telles amnisties⁴⁸.

47 D'après A. Cassese : "Such a norm is developing under international Law". Voir *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 315. De même, d'après le principe n° 7 des principes connus sous le nom de principes de Princeton : "Amnesties are generally inconsistent with the obligations of States to provide accountability for serious violations under International Law". Principes adoptés en 2001 par un groupe d'experts en droit international. Princeton University Program in Law and Public Affairs, Princeton University Princeton, 2001.

48 J. Dugard, *op. cit.* (note 43), p. 1015.

La pratique récente des Etats, tant en ce qui concerne les crimes de guerre commis au cours de conflits armés non internationaux que les crimes contre l'humanité, montre qu'il existe une volonté de ne pas les inclure dans les mesures d'amnistie. En effet, la pratique suivie depuis le début des années quatre-vingt-dix dans ce domaine contraste, à quelques rares exceptions près⁴⁹, avec celle de la période précédente, les amnisties plus récemment octroyées couvrant généralement les seuls actes de guerre commis par les combattants, dans le respect des règles fondamentales du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire⁵⁰. Il est en effet désormais acquis que les dispositions de l'article 6 § 5 du Protocole II additionnel ne visent que de tels actes⁵¹.

49 Amnistie accordée aux rebelles d'Haïti le 10 octobre 1994 et connue sous le nom de Governors Island Agreement. Il faut néanmoins reconnaître que cette amnistie a eu l'aval du Conseil de sécurité (Cf. Déclaration du président du Conseil de sécurité du 15 juillet 1993) et ne saurait dès lors constituer un précédent significatif. Cf. C. Stahn, "United Nations Peace-Building Amnesties and Alternative Forms of Justice: A Change in Practice?" 84 *RICR*, (mars) 2002, 193-194.

50 Cf. entre autres l'Accord de Lusaka sur le cessez-le-feu au Congo, en date du 10 juillet 1999, qui exclut de l'amnistie le crime de génocide et les crimes contre l'humanité. La loi du 6 août 2003 de la Côte d'Ivoire décrétant l'amnistie exclut de son champ d'application les crimes contre l'humanité.

51 Lettre du Directeur du département juridique du Comité international de la Croix-Rouge datée du 24 novembre 1995 et envoyée au Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Cf. Y. Naqvi *op. cit.* (note 1), 605.

L'ACCÈS DE L'INDIVIDU À LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

*Mutoy Mubiala**

1 INTRODUCTION

L'entrée en vigueur, le 25 janvier 2004, du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹ (ci-après : Protocole à la Charte africaine ; Charte africaine ; Cour africaine) a été saluée unanimement par la communauté des défenseurs des droits de l'homme. A quelques mois de l'entrée en fonction effective de la Cour africaine, il conviendrait de réfléchir sur les divers aspects qui peuvent affecter positivement ou négativement son travail. Parmi ces aspects, mentionnons les conditions d'élection des juges, la coexistence entre la Commission et la Cour africaines², les juridictions régionales concurrentes et l'accès de l'individu à la Cour.

L'auteur a choisi, dans le cadre de la présente contribution, de se pencher plus particulièrement sur cette dernière question, dont la solution sera déterminante pour l'effectivité de la Cour africaine. Car, en effet, l'article 5, paragraphe 3, du Protocole à la Charte africaine reconnaît à la Cour africaine le pouvoir de permettre aux individus de lui adresser directement des requêtes, pour autant que l'Etat partie mis en cause ait reconnu préalablement sa compétence à cet égard, conformément à l'article 34, paragraphe 6,

* Fonctionnaire au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Genève

- 1 Voir M. Mubiala, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », 102 *RGDIP*, n° 3 (juillet-septembre), 1998, 765.
- 2 Sur ces deux aspects, voir Union africaine, Comité des Représentants permanents, « Rapport du Président sur le démarrage de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », doc. EX.CL/98 (V) Rev. 1, Addis-Abeba, 25-28 juin 2004.

du même Protocole³. Sur la base de l'expérience de la Commission africaine, il ne fait l'ombre d'aucun doute que si elle voulait être opérationnelle, la Cour africaine devrait favoriser la réception des requêtes individuelles⁴.

Dans cette perspective, l'objet de la présente contribution est de réfléchir sur les modalités juridiques et matérielles de l'accès de l'individu à la Cour africaine, à la lumière de l'expérience des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme.

2 EXISTE-IL UN DROIT RECOURS INDIVIDUEL DEVANT LA COUR AFRICAINE ?

Les Etats parties à la Charte africaine avaient évité de mentionner expressément le droit de l'individu à saisir la Commission africaine. C'est par une interprétation dynamique de la catégorie des « autres communications » mentionnée à l'article 55 de la Charte que la Commission africaine est parvenue à développer sa compétence à l'égard des communications individuelles⁵. Comme par un effet « boomerang », la performance réalisée dans ce domaine par la Commission a conduit au mouvement en faveur de la création d'une Cour habilitée à rendre des arrêts obligatoires pour les Etats, compte tenu de la nature non juridictionnelle et de l'absence d'effectivité ou d'impact des décisions de la Commission. Celle-ci a elle-même participé aux travaux qui ont abouti à l'adoption du Protocole à la Charte africaine relative à la création d'une Cour africaine. Ce Protocole, à la différence de la Charte, reconnaît expressément la possibilité de saisine directe de la Cour par l'individu.

A. *Les requêtes individuelles à la Cour africaine*

Aux termes de l'article 5, paragraphe 3, du Protocole à la Charte africaine créant la Cour, « la Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux organisations non gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateur auprès

3 Au 1er janvier 2004, seul le Burkina Faso avait fait la déclaration prévue à l'article 34, paragraphe 6.

4 En 17 années de fonctionnement, la Commission africaine n'a examiné au fond qu'une communication interétatique contre plusieurs centaines de communications individuelles ou d'ONG des droits de l'homme.

5 C.A. Odinkalu, C. Christensen, "The African Commission on Human and Peoples' Rights: The Development of Its Non-State Communications Procedures", 20 *HRQ*, No. 2 (avril-juin), 1998, 235.

de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34 (6) de ce Protocole ».

Cette disposition reconnaît, certes, un droit de saisine directe (*jus standi*) à l'individu mais celui-ci est à exercer sous deux conditions.

La première est la reconnaissance par l'Etat défendeur de la compétence de la Cour africaine pour recevoir des plaintes individuelles à son encontre. Cette clause facultative est consacrée par l'article 34, paragraphe 6, qui dispose :

A tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5 (3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5 (3) intéressant un Etat partie qui n'a pas fait cette déclaration.

La deuxième est l'autorisation préalable à obtenir de la Cour à cet égard. La question est de savoir si la Cour donnera cette autorisation au cas par cas. Ce serait là une interprétation restrictive de l'article 5, paragraphe 3. L'intérêt de la protection des droits de l'homme milite en faveur d'une interprétation dynamique de cette disposition par la Cour africaine qui devrait fixer, dans son règlement intérieur, les conditions générales de cette saisine directe. Ce faisant, elle gagnerait à avoir en vue l'expérience des Cours européenne et interaméricaine dans ce domaine.

B. *L'expérience des Cours européenne et interaméricaine*

Dans le système européen de protection des droits de l'homme, l'« individualisation » du contentieux s'est réalisée progressivement, allant de la participation indirecte du requérant à la procédure de la Cour (*locus standi in judicio*) à son accès direct à celle-ci (*jus standi*). La Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, reconnaît, à son article 25, le droit à l'individu de porter plainte contre un Etat partie. A l'origine, c'est la Commission européenne des droits de l'homme (ci-après : Commission européenne) qui était chargée de l'instruction d'une telle plainte ou requête individuelle et clôturait celle-ci par l'établissement de son avis sur la violation ou non et la soumission du rapport y relatif, soit à la Cour, soit au Comité des ministres du Conseil de l'Europe (ci-après : Comité des ministres)⁶. La

⁶ W. Peukert, « Le droit de recours individuel selon l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », 1 *RUDH*, n° 1 (janvier-juin), 1989, 41.

Commission européenne avait aussi le droit de procéder à un arrangement à l'amiable. Dans le cadre de cette procédure, la Cour européenne devait être saisie dans un délai de trois mois après la soumission de l'avis de la Commission européenne, soit par cette dernière, soit par l'Etat intéressé. Ce système n'autorisait pas une saisine directe de la Cour européenne par l'individu. C'est en réalité la Commission européenne, compte tenu de la rareté des cas de saisine par les Etats, qui jouait le rôle d'« intermédiaire » entre le requérant et la Cour européenne. Ce régime d'accès « indirect » de l'individu à la Cour européenne a eu pour conséquence un filtrage à l'extrême des affaires, de sorte que celle-ci n'a été saisie que dans 16 affaires entre 1959, date de son démarrage opérationnel, et 1976, soit une affaire par an en moyenne⁷. L'écran constitué par la Commission européenne a été fortement critiqué et considéré à la fois comme un déni camouflé du droit de recours individuel et un mécanisme de blocage du rôle de la Cour européenne. D'où le processus de réforme qui a abouti à l'adoption, le 6 novembre 1990, du Protocole n° 9 à la Convention européenne.

Entré en vigueur le 1^{er} octobre 1994, le Protocole n° 9 prévoyait que, pendant le délai de trois mois suivant la soumission du rapport comportant l'avis de la Commission européenne au Comité des ministres, l'individu pouvait, sous certaines conditions, saisir directement la Cour européenne. Ces conditions étaient que, d'une part, la requête devait avoir été déclarée recevable par la Commission européenne et, d'autre part, la Cour européenne devait décider, dans le cadre d'un Comité, si elle-même ou le Comité des ministres devait examiner le fond de l'affaire et ce, dans le cas où elle n'était saisie ni par la Commission européenne ni par aucun Etat intéressé, dans le délai de trois mois susmentionné⁸. En dépit de la possibilité offerte par cette réforme, la Cour européenne a continué d'être saisie essentiellement par la Commission européenne. En 1997, par exemple, elle l'a été dans 85 cas (la Commission européenne agissant seule dans 60 cas et avec l'Etat défendeur dans 20 cas) et dans seulement 8 cas par les victimes⁹, soit un rapport de 10 à 1. Le système du Protocole n° 9, encore limi-

7 T. Boumedra, « Mécanisme de promotion et de protection des droits de l'homme en Afrique dans une optique comparative avec le mécanisme européen », in : *La protection des droits de l'homme en Afrique dans une optique comparative avec le mécanisme européen. Actes du colloque de Marrakech (21-22 janvier 2000)*, Publications de la Revue marocaine d'administration locale et de développement, série « Thèmes actuels », 2001, p. 29.

8 J.-F. Flauss, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le Protocole n° 9 à la Convention européenne des droits de l'homme », 36 *AFDI*, 1990, 512.

9 V. Coussirat-Coustère, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », 43 *AFDI*, 1997, 559.

tatif, n'a pas permis à l'individu d'accéder facilement à la Cour européenne. D'où la réforme radicale introduite par le Protocole n° 11 à la Convention européenne.

Adopté le 11 mai 1994 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, le Protocole n° 11 procède à une restructuration du système de sauvegarde de la Convention européenne en intégrant la Commission et la Cour dans une juridiction unique dénommée Cour européenne des droits de l'homme. Les principales innovations procédurales du Protocole n° 11 concernent l'abandon de la clause facultative d'acceptation préalable de la juridiction obligatoire de la Cour européenne, ouvrant ainsi la voie à la saisine *de plano* de celle-ci par l'individu, et le retrait des attributions de nature juridictionnelle au Comité des ministres. Cette réforme a permis également à la Cour européenne de devenir plus professionnelle et efficace et moins politisée¹⁰. En revanche, l'exercice du droit de recours individuel « universel » prévu à l'article 34 du Protocole n° 11 a produit l'inconvénient inverse, à savoir l'inflation des affaires. Ainsi, par exemple, au cours de la seule année 2003, la Cour européenne a été saisie de 38'500 affaires¹¹. Cela a considérablement augmenté la charge de travail des juges. En dépit des améliorations introduites par la Cour européenne dans ses méthodes de travail afin d'accélérer l'examen des affaires¹², elle n'a pu éviter un engorgement qui a entraîné le ralentissement des procédures et l'allongement consécutif des délais dans le traitement des affaires. Le risque d'érosion de l'efficacité de la Cour européenne et la remise en cause du délai raisonnable comme principe essentiel du procès équitable, pourtant requis des justices nationales, a conduit le Conseil de l'Europe à adopter une nouvelle réforme consacrée par le Protocole n° 14 à la Convention européenne.

Adopté le 13 mai 2004 mais non encore entré en vigueur, le Protocole n° 14 introduit des mesures visant à réduire la charge de travail des juges (provoquée par l'afflux massif de requêtes) au double niveau national et européen. Sur le premier plan, le Protocole n° 14 exige des Etats parties l'optimisation de leurs systèmes judiciaires nationaux et l'exécution des arrêts de la Cour européenne, dans le cadre de laquelle le Comité des ministres voit ses capacités renforcées. Au niveau de la Cour européenne

10 M. Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime* (Dordrecht/Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2003), p. 168.

11 J.-P. Borloo, « Réforme de la Cour des droits de l'homme. Un filtre pour les plaintes », *Le Soir*, 13 mai 2004, p. 8.

12 M. Mubiala, « Contribution à l'étude comparative des mécanismes régionaux africain, américain et européen de protection des droits de l'homme », 9 *RADIC*, n° 1 (janvier-mars), 51.

elle-même, le texte du Protocole simplifie la procédure afin de renforcer le système de filtrage des affaires. Ainsi, la recevabilité d'une requête sera désormais examinée par un seul juge, avec l'appui d'un rapporteur, plutôt que par trois juges comme sous le Protocole n° 11. Par ailleurs, dans le cadre de la procédure simplifiée, les Chambres joindront l'examen de la recevabilité à celui du fond pour les affaires répétitives pour lesquelles il existe une jurisprudence bien établie de la Cour européenne. Enfin, le Protocole n° 14 ajoute un nouveau critère de recevabilité, à savoir l'existence d'un préjudice personnel important¹³. Il ressort de l'analyse qui précède que la réforme prévue par le Protocole n° 14 a pour objectif de concilier l'exercice du droit de recours individuel et les exigences d'une bonne administration de la justice.

Le professeur Lucius Caflisch, ancien directeur de la thèse de doctorat en droit international¹⁴ de l'auteur de la présente contribution et dédicataire de celle-ci, a activement participé, avec ses collègues de la Cour de Strasbourg, à cette dernière réforme. Il a également contribué, sur le plan doctrinal, à l'analyse du rôle pionnier de cette Cour dans le développement de la personnalité juridique internationale de l'individu, en particulier dans un article récent publié conjointement avec un juge et ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans lequel les deux auteurs concluent, à juste titre, que ce sont les mécanismes européen et interaméricain de protection des droits de l'homme « qui ont permis à l'individu d'accéder à la qualité de sujet du droit des gens »¹⁵.

Au niveau du système interaméricain de protection des droits de l'homme, en effet, l'individu a acquis progressivement le *locus standi in judicio*. Admis d'abord comme « assistant » de la Commission interaméricaine des droits de l'homme devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après : Cour interaméricaine) dans la célèbre affaire *Velasquez Rodriguez* concernant le Honduras (arrêt de 1988), l'individu a désormais la possibilité de participer directement au déroulement de la procédure de cette dernière. En effet, conformément à l'article 23 du nouveau règlement de la Cour interaméricaine entré en vigueur le 1^{er} juin 2001¹⁶, « les victimes allé-

13 Voir Conseil de l'Europe, « Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention. Rapport explicatif », STCE n° 194, 13 mai 2004.

14 Voir M. Mubiala, *L'évolution du droit des cours d'eau internationaux à la lumière de l'expérience africaine, notamment dans le bassin du Congo-Zaïre*, préface de L. Caflisch (Paris, PUF, 1995), 175 p.

15 L. Caflisch, A.A. Cançado-Trindade, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », 108 *RGDIP*, n° 1 (janvier-mars), 2004, 61.

16 Voir A.A. Cançado-Trindade, « Le nouveau règlement de la Cour interaméricaine des droits de

guées, leurs parents ou leurs représentants dûment accrédités peuvent présenter leurs requêtes, arguments et preuves en toute indépendance durant le procès, dès réception de la demande ».

Lors de la rédaction de leur règlement intérieur, les premiers juges de la Cour africaine pourraient s'inspirer utilement du mécanisme institué par le Protocole n° 9 à la Convention européenne et le système actuellement en vigueur à la Cour interaméricaine. A long terme toutefois, il serait souhaitable que le justiciable africain puisse avoir un *jus standi* à la Cour africaine. La réalisation de cet objectif dépendra également de l'expérience éprouvée en matière d'accès effectif des individus à cette Cour.

3 LE PROBLÈME DE L'ACCÈS MATÉRIEL DE L'INDIVIDU À LA COUR AFRICAINE

Aux termes de l'article 10, paragraphe 2, du Protocole à la Charte africaine portant création d'une Cour africaine, « Toute partie à une affaire a le droit de se faire représenter par le conseil juridique de son choix. Une représentation ou une assistance judiciaire peut être gratuitement assurée dans les cas où l'intérêt de la justice l'exige. »

L'accès à la justice nationale constituant déjà un problème épineux en Afrique, il est légitime de s'interroger sur l'accessibilité du requérant africain moyen (justiciable ordinaire) à la Cour africaine. Les difficultés d'accès réel de celui-ci à cette dernière sont plus grandes que les obstacles rencontrés au plan national. Ces difficultés sont essentiellement dues à la pauvreté et à l'ignorance des procédures internationales. Certes les ONG ont déjà fait un travail important pour aider les requérants africains à saisir la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. L'on peut espérer qu'elles continueront à jouer ce rôle devant la Cour africaine.

L'autre problème découlant de l'article 10, paragraphe 2, susmentionné est celui de l'applicabilité de l'assistance judiciaire. Compte tenu des finances précaires de l'Union africaine, l'on peut se poser la question des sources du financement de cette assistance. Lors de l'élaboration du Protocole et s'agissant de cette question particulière, le gouvernement namibien a bien fait ressortir le problème dans son commentaire adressé au Secrétaire général de l'OUA en vue de la troisième réunion des experts juridiques

l'homme : quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du droit international », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan* (Bruxelles, Bruylant, 2004), pp. 351-365.

préparatoire à la Conférence des ministres de la justice pour l'adoption du projet de Protocole : « Le Protocole prévoit la possibilité d'une représentation ou d'une assistance juridique gratuite. Il est indispensable que le Protocole précise qui fournira [paiera] la représentation ou l'assistance juridique gratuite. »¹⁷

C'est évidemment l'Union africaine qui devrait financer tout mécanisme d'assistance judiciaire. Son financement est indispensable pour la distribution d'une justice équitable par la Cour africaine. En effet, dans un continent en butte à la pauvreté, l'assistance judiciaire constitue la seule garantie d'une justice équitable. Cet impératif est du reste mis en exergue dans les différentes recommandations aux Etats africains, adoptées par les différentes réunions consacrées à l'administration de la justice en Afrique. Il en est ainsi des résolutions adoptées notamment par :

- la conférence de juristes africains sur la procédure judiciaire et l'individu (Addis-Abeba, 12-23 avril 1970)¹⁸ ;
- le séminaire international de l'Union des avocats arabes sur le droit à un procès équitable (Le Caire, 6-8 décembre 1995) ; et
- le séminaire international sur le droit à un procès équitable en Afrique (Dakar, 9-11 septembre 1999)¹⁹.

En particulier, la déclaration adoptée lors de ce dernier séminaire, approuvée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples à sa 26^e session ordinaire tenue à Kigali en novembre 1999, met l'accent sur l'importance de l'assistance judiciaire dans la réalisation d'une justice équitable, en ces termes :

L'assistance judiciaire est un élément essentiel du droit à un procès équitable. La plupart des personnes accusées et lésées n'ont pas les moyens de rémunérer des services juridiques compte tenu du coût élevé des frais de justice et des honoraires des avocats. Il incombe aux gouvernements de fournir une assistance juridique aux indigents afin de rendre plus effectif le droit à un procès équitable²⁰.

17 OUA, « Commentaires et observations des Etats membres sur le projet de Protocole portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », doc. OAU/LEG/EXP/ACHPR/Comm. (3), annexe I, décembre 1997, p. 3.

18 Nations Unies, « Conference of African Jurists on the Legal Process and the Individual », Addis Ababa, Ethiopia, 12-23 April 1970, doc. ECA/HR/WP 1-16.

19 Sur les résultats des travaux du séminaire de Dakar, voir M. Mubiala « Le droit à un procès équitable en Afrique », 3 *Revue de droit africain. Doctrine et jurisprudence*, n° 4 (juillet-septembre), 1999, 548.

20 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, « Résolution sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique », doc/OS (XXVI) INF. 49, 2000, p. 7.

Ce qui est exigé des systèmes judiciaires nationaux devrait l'être *a fortiori* du mécanisme régional africain de protection des droits de l'homme, les obstacles pour y accéder étant plus importants.

En ce qui concerne toutefois le *modus operandi* d'un système efficace d'assistance judiciaire auprès de la Cour africaine, ses juges pourraient prendre pour modèle le mécanisme de la Cour européenne. En effet, les articles 91 à 96 du Règlement de la Cour européenne sont relatifs à l'assistance judiciaire. Celle-ci est accordée soit d'office, soit à la demande du requérant (art. 91). L'octroi de l'assistance est toutefois soumis à certaines conditions, dont le caractère nécessaire de celle-ci pour la bonne conduite de l'affaire et l'insuffisance de moyens financiers du requérant pour faire face aux frais de procédure et dépenses (art. 92), l'obligation pour le requérant de remplir un formulaire comportant un questionnaire et l'invitation faite à la partie contractante (Etat défendeur concerné) de présenter ses commentaires et observations par écrit (art. 13). C'est sur la base de ces renseignements et formalités que le président de la chambre saisi de la requête décide d'allouer ou de refuser l'assistance demandée. Une fois alloués, les frais sont versés sous forme d'honoraires au conseil du requérant, qui doit être habilité à exercer sur le territoire d'au moins une des parties contractantes. Cette assistance peut couvrir également les frais de séjour et de déplacement et des débours nécessaires engagés par le requérant ou son représentant dans le cadre de la procédure devant la Cour européenne (art. 94). Il appartient au greffier de fixer le taux des honoraires selon le barème en vigueur et le montant des frais (art. 95)²¹. L'assistance accordée peut être modifiée par le président de la chambre si les conditions de l'article 92 ne sont plus réunies (art. 96).

4 CONCLUSION

La reconnaissance à la Cour africaine du pouvoir d'autoriser les individus à la saisir directement de leurs requêtes constitue à coup sûr une avancée en matière de protection internationale des droits de l'homme en Afrique. Toutefois, l'exercice du droit de recours individuel devant cette Cour ne pourra être efficace qu'à une double condition. La première est l'adhésion massive des Etats parties au Protocole à la Charte africaine portant création de la Cour à la clause facultative d'acceptation de sa juridiction obligatoire

21 Sur le barème en vigueur en 1999, voir L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case under the Convention* (Londres, Sweet/Maxwell, 1999), p. 101.

conformément à l'article 34, paragraphe 6, du Protocole. La deuxième est la mise en place d'un système approprié d'assistance judiciaire en vue de rendre effectif l'exercice de ce droit de recours individuel. C'est par la réalisation de cette double condition que les juges à la Cour africaine contribueront au processus, déjà engagé par les Cours européenne et interaméricaine, de consolidation du statut de l'individu comme sujet actif de droit international.

THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS,
THE FIGHT AGAINST TERRORISM AND THE TICKING
BOMB SITUATION

*Egbert Myjer**

Against the call for so-called ‘tough measures’, few political leaders can find the strength and wisdom or indeed the support to fight terrorism while preserving the established human rights standards protective system. Repressive sirens will always call for ‘new’ harsh measures to meet these ‘new’ challenges from terrorism and few leaders have the toughness to ‘hold the fort’ in such circumstances.

– John Hedigan¹

1 INTRODUCTION

Lucius Cafilisch is not fond of vacuous human rights chit-chat. That much has become clear to me in many months of deliberations in the European Court of Human Rights. And although he is never anything less than a gentleman in his reactions, his body language does sometimes betray him. His laughter becomes a little more forced, a little more tired; his arms rise a little higher than is his wont. In addition, he has a particular liking for

* Judge at the European Court of Human Rights. Parts of this article have previously been published in my General Report of a Council of Europe high level seminar on *Protecting Human Rights While Fighting Terrorism*, Strasbourg, 13-14 June 2005. I wish to express my gratitude to Peter Kempees, senior lawyer (Refrendar) in the Registry of the ECHR, who made valuable comments on the draft version of this article and undertook to correct the original ‘English’ version. Any remaining irregularities concerning the English language are entirely my responsibility. The research for this article was concluded on 1 October 2005.

1 J. Hedigan, “The European Convention on Human Rights and counter-terrorism”, *Fordham Int’l LJ*, 2005, 392.

elegant and limpid phrasing in impeccable French or English. I have therefore chosen to dedicate to him an essay on a subject that is not altogether too silly to merit his attention, and which I will discuss with reference to a doctrinally unsound example which he may well find irritating. And of course, it is entirely open to him to correct my English as he sees fit.

A. The unsound example

In recent years millions of people all over the world have been watching the American TV-series 24. The series just finished its fourth season. The show description of the fourth season gives a good impression of what 24 is about: "Counter-terrorism agent Jack Bauer fights the bad guys of the world, one day at the time. With episodes unfolding in real time, '24' unfolds one day in the life of Bauer per season. After foiling a political assassination, stopping a nuclear attack and fighting bio-terrorism, season four finds Jack working for the Secretary of Defense (while dating his daughter) as a terrorist sleeper cell in Los Angeles activates a plan it hopes 'will change the world'."

I must confess that I have only seen season two, in which Agent Bauer had to stop a nuclear attack. Because of the sheer length of the series it took me three days to watch all 24 episodes on DVD. I fear that I have been left with a rather peculiar impression of what might be going on in the United States in a given 24-hour period. In season two, the appealing black president of the United States, David Palmer, feels obliged to have his Chief of Staff tortured in order to get vital information about a ticking nuclear bomb situation. When one of the real bad guys is arrested and refuses to say when the nuclear attack will take place, a mock execution of one of his children is staged in his home country. In order to save the lives of the other two children, the terrorist finally gives in. At some point in the series, a terrorist is warned that if he has not told the whole truth, they will find out in Guantanamo. As far as other interrogations are concerned in these series, it is clear that nobody ever bothers with the privilege against self-incrimination or the notorious "Miranda warnings". In order to combat terrorists and prevent a ticking nuclear bomb from going off, anything goes. The real good guys are the ever-ethical president, David Palmer, and the tough guy with a golden heart, Jack Bauer.

B. The European Convention of Human Rights and the fight against terrorism (general remarks)

A European version of the same season of 24, properly taking into account the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR), would

most certainly be very boring. But I doubt whether it would have to end with the total nuclear destruction of Europe. Or, to put it differently, in my opinion, terrorists² are not better protected by the European Convention (ECHR) than anyone else. The question remains however: does the ECtHR have an effective response to ticking bomb situations?

Firstly, let us make it clear that as far as Europe is concerned, terrorism did not start on 11 September 2001. Actually, the very first judgment of the ECtHR³ concerned a person who was suspected of being a member of the IRA and kept in detention for that reason and because he was suspected of being engaged in activities prejudicial to the conservation of public peace and order or to the security of the State. A long line of other cases have followed, in which the ECtHR had to rule on the conformity with the ECHR of various kinds of anti-terrorism measures. This line goes from IRA terrorism via the Turkish cases relating to the PKK and German cases relating to the Bader-Meinhoff Gang to the recent Chamber judgments against the Russian Federation concerning operations in Chechnya.

The ECHR (with the Protocols thereto) contains legal human rights standards which shall, according to Article 1, be secured to “everyone within the jurisdiction of the High Contracting Parties”. Article 15 of the Convention provides for measures derogating from the obligations under the ECHR in times of emergency,⁴ however, no derogation is allowed from the “core” rights: Article 2 (right to life) and Article 3 (prohibition of torture).

“Everyone” means everyone, and not just decent ordinary criminals and the like. In its case-law the ECtHR⁵ has made it clear that States also have a positive obligation to protect the life of their citizens. They should do all

2 A definition of terrorism can be found in UN Security Council Resolution 1566 of 8 October 2004:

(. . .) criminal acts, including against civilians, committed with the intent to cause death or serious bodily injury, or taking of hostages, with the purpose to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons, intimidate a population or compel a government or an international organization to do or to abstain from doing an act, which constitute offences within the scope of and defined in the international conventions and the protocols relating to terrorism, are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature.

3 *Lawless v. Ireland*, 1 July 1961.

4 According to the ECHR case-law (*Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996) the Contracting States do not enjoy an unlimited discretion to avail itself from its right of derogation. It is for the Court to rule, *inter alia*, the States have gone beyond the “extent strictly required by the exigencies” of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision. In exercising this supervision, the Court must give appropriate weight to relevant factors such as the nature of the rights affected by the derogation and the circumstances leading to, and the duration of the emergency situation.

5 *Osman v. UK*, 28 October 1998.

that can reasonably be expected from them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. The same applies to the protection of other rights. I would go so far as to say that the ECHR obliges the States to ensure that citizens can live out their lives without any fear for their life, health or property. This implies *a fortiori* that they must combat terrorism. In that connection it will be recalled that, “Freedom from Fear” is, in fact, one of the Four Freedoms mentioned in Roosevelt’s famous speech.

However, States are not allowed to combat terrorism by any means. They may not resort to measures that undermine the very values they seek to protect. They sometimes have to balance competing human rights interests against each other, namely the protection of society against terrorist threats and the fundamental rights of individuals, including persons suspected or convicted of terrorist activities. In that respect, terrorism may pose a dual threat to human rights: a direct threat posed by acts of terrorism and an indirect threat because anti-terror measures themselves risk violating human rights.

When speaking of this dual threat to human rights, it is, in my view, important to keep in mind the fundamental distinction between, on the one hand, the responsibility of States to abide by their obligations under international human rights law and, on the other hand, the criminal law responsibilities of non-State actors, be it under national or international criminal law. Atrocities committed by non-State actors form no justification whatsoever for State responses that violate its human rights obligations. In this connection, I personally find it unhelpful and even dangerous to speak of human rights violations by terrorists, precisely because such language may well be abused as a strategic tool seeking to justify arbitrary measures of repression.

The ECtHR has repeatedly acknowledged its awareness that States may face immense difficulties in protecting their citizens from terrorist violence. However, they have to respect the provisions of the ECHR – even in extraordinary situations of public emergency there is no “human-rights-free zone”.

Immediately after the attacks of 11 September 2001 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a Declaration on the fight against international terrorism. On 8 November 2001, they elaborated their approach to combine three main strands:

- ▶ intensifying legal co-operation to combat terrorism⁶
- ▶ whilst safeguarding fundamental rights (measures must remain consistent with the requirements of democracy, the rule of law and human rights) and

6 See for the relevant existing texts: *The Fight Against Terrorism. Council of Europe Standards*,

- ▶ investing in democracy (wide intercultural dialogue, to find greater cohesion and reduce the risks of misunderstanding)

In this essay I will only comment on the second strand.

It resulted in the adoption (on 11 July 2002) of the guidelines on human rights and the fight against terrorism and (on 2 March 2005) of guidelines on the protection of victims of terrorist acts.⁷

The first set of Guidelines is based mainly on the ECHR and the ECtHR's case-law. They, therefore, reflect legally binding minimum standards, which cannot be lowered.

During the Council of Europe's high-level seminar on Protecting Human Rights while fighting terrorism held on the 13 and 14 June 2005, it was suggested that these minimum standards might even be added to by other standards developed in the ECtHR's case-law or elsewhere:

- ▶ The need for enhanced control over, and transparency of, the detention of suspects during the interrogation phase (e.g. by independent medical checks before and after interrogation; by keeping a register/records of detention data, in line with the ECtHR's case-law, etc.); the issue of access to a lawyer: should there be specially designated counsel with security clearance or counsel of one's own choosing? In its judgment of 16 October 2001 in the case *Brennan v. UK*, the ECtHR held that the attendance of a lawyer at interrogations, like the making of video recordings of police interviews, was a very useful measure even if it was not an indispensable precondition of fairness within the meaning of Article 6 ECHR.
- ▶ The need to elaborate on the guidelines on the prohibition of torture: by explicitly including the "fruit of the poisonous tree" doctrine in relation to the admissibility of evidence in court proceedings (cf. *CAT*), in relation to the establishment of a "reasonable suspicion", and in relation to decisions to grant extradition on the basis of information provided by the requesting State. In this context, one cannot overlook the fact that for the first time in modern criminal history we now hear persistent rumours of information obtained under torture or obtained under prolonged adverse detention conditions.

2nd ed. (Strasbourg, 2004); See also: *Terrorism: Special Investigation Techniques* (Strasbourg, 2005).

7 *Human Rights and the Fight Against Terrorism. The Council of Europe Guidelines* (Strasbourg, 2005).

- ▶ Rights of the defence: greater precision, in particular as regards disclosure and vis-à-vis anonymous witnesses.
- ▶ The problem of so-called administrative detention: detention of a person is only allowed in the cases mentioned in Article 5 ECHR and subject to all the safeguards and controls provided by that provision, in particular those of judicial control and powers to release.
- ▶ Extradition issues: more stringent demands on the presentation of facts by the requesting State; the problem of diplomatic assurances and their status⁸ which make it clear that these assurances should be sufficiently reliable; the need for Council of Europe member States to make their own informed assessment, subject to judicial control, about the existence of a real risk of proscribed treatment in the receiving country (whether or not assurances have been received from that country); furthermore, the question of monitoring the situation after removal.

A separate problem is the increasing pressure on (the principle of independence of) courts as a result of statements by politicians/authorities capable of interfering with the administration of justice. Finally, concerns were expressed about risks and tendencies of stereotyping and discriminatory practices in member States, both in public opinion and in the daily practice of law enforcement. Here, the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) recommendations are a strong reminder of the need to work actively to preserve a climate of tolerance.⁹ But there are also clear legal obligations in this field: discrimination *per se* is a hard-law human rights issue, especially since the entry into force of Protocol No. 12 to the ECHR on the 1st of April 2005.

C. *The prohibition of torture: international documents*

The high-level seminar did not discuss torture in the case of a ticking bomb situation as such. What should the answer of the ECtHR be in a situation like the nuclear bomb threat in 24? Does the State have the right to employ physical means or threats in order to elicit information regarding the bomb in such circumstances? Or to put it differently: is it conceivable that there may be exceptions to the prohibition of torture?

8 ECHR's judgments in the cases *Chahal v. UK*, 15 November 1996, and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (GC), 4 February 2005.

9 ECRI General Policy Recommendation No. 8 on combating racism while fighting terrorism, adopted on 17 March 2004.

My answer is in the negative. The prohibition of torture is considered to be very important and is as such a “core” right – it even constitutes a *ius cogens* – that it has not only been laid down in universal or regional human rights declarations and treaties, but also in international declarations and treaties dealing exclusively with that particular subject.¹⁰

► *UN-level documents*

Convention against Torture

On 9 December 1975, the General Assembly of the United Nations adopted the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment. Nine years later, on 10 December 1984, the same Assembly adopted the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

For the purposes of that Convention torture means (Article 1):

(. .) any act by which pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any other reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not preclude pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful actions.

Article 2, paragraph 1 of the Convention states that a country which has ratified the Convention is obliged to take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction. Paragraph 3 of the same Article sets out that people committing torture cannot invoke superior orders as a defence (“Befehl ist Befehl”). Article 11 states that interrogation rules must be systematically reviewed. Article 12 provides for whenever there is reasonable ground to

10 See: *Istanbul Protocol, Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Professional Training Series 8 (rev. 1), (United Nations, 2004); *Human Rights and Prisons. Manual on Human Rights Training for Prison Officials*, Professional training Series 11, (United Nations, 2005) and C. Foley, *Combating Torture; A Manual for Judges and Prosecutors* (Human Rights Centre, University of Essex, 2003).

believe that an act of torture has been committed, the authorities should proceed to a prompt and impartial investigation.

The Convention even contains an exclusionary rule of evidence (Article 15):

Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

D. Committee against Torture and the Special Rapporteur

A Committee against Torture (CAT) has been established to monitor the obligations under the Convention. Besides, in 1985, the Commission of Human Rights of the UN appointed a Special Rapporteur on the question of torture. This rapporteur has a general mandate that covers even those countries that have not ratified the Convention. One of the important recommendations made by this Special Rapporteur reads as follows:

When a detainee or relative lodges a torture complaint, an inquiry should always take place. (. . .) Independent national authorities, such as a national commission or ombudsman with investigatory and/or prosecutorial powers, should be established to receive and to investigate complaints. Complaints about torture should be dealt with immediately and should be investigated by an independent authority with no relation to that which is investigating or prosecuting the case against the alleged victim.¹¹

E. UN declarations

At the United Nations level, other declarations – directed toward certain professions – do exist in which reference is also made to the prohibition of torture. I mention the Code of Conduct for Law Enforcement Officials (1979); Principles of Medical Ethics Relating to the Role of Health Personnel Particularly Physicians in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Principles of Medical Ethics, 1982); the Body of Principles for the Protection of all Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (Body of Principles on Detention, 1988); Basic Principles for the Treatment of Prisoners (1990) and the Guidelines on the Role of Public Prosecutors (1990).

11 Nigel Rodley, *Report of 12 January 1995*, para. 926(g).

► *Regional documents*

Conventions

All regional general human rights treaties contain a provision on the prohibition of torture. One may cite Article 5 of the American Convention on Human Rights (1969), Article 3 ECRM (1950) and Article 5 of the African Charter of Human and Peoples' Rights (1981).

Besides, both the Americas and Europe have adopted special treaties directed only at the prohibition of torture. As far as the Americas are concerned, there is the 1985 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture; and as far as Europe is concerned, the 1987 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) exists.

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT-Committee)

The CPT Convention established a CPT-Committee, which by means of visits, examines the treatment of persons deprived of their liberty, with a view to strengthening, if necessary, the protection of such persons from torture and from inhuman or degrading treatment or punishment. After each visit, the Committee draws up a report on the facts found during the visit and transmits the report to the country concerned. The report may contain any recommendations the Committee considers necessary. The country should improve the situation in the light of the Committee's recommendations.

F. Europe: relevant case-law of the ECrtHR

In its judgment of 25 October 1996, in the case of *Chahal v. UK*, the ECrtHR emphasised that even in combating terrorism, Article 3 of the ECHR should be applied undiminished:

... 79. Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society (see the above-mentioned *Soering* judgment, p. 34, § 88). The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, § 163, and also the *Tomasí v. France* judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, p. 42, § 115). ...

In its judgment of 18 December 1996, in the case of *Aksoy v. Turkey*, the first ECtHR case where it was established that torture had been committed, the ECtHR repeated that point of view and elaborated upon it:

... 61. The Court, having decided to accept the Commission's findings of fact (see paragraphs 39-40 above), considers that where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation as to the causing of the injury, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention (see the *Tomasi v. France* judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, pp. 40-41, §§ 108-111 and the *Ribitsch v. Austria* judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, p. 26, § 34).

62. Article 3, as the Court has observed on many occasions, enshrines one of the fundamental values of democratic society. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, § 163, the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 34, § 88, and the *Chahal v. the United Kingdom* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1855, § 79).

63. In order to determine whether any particular form of ill-treatment should be qualified as torture, the Court must have regard to the distinction drawn in Article 3 between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As it has remarked before, this distinction would appear to have been embodied in the Convention to allow the special stigma of "torture" to attach only to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment previously cited, p. 66, § 167).

64. The Court recalls that the Commission found, *inter alia*, that the applicant was subjected to "Palestinian hanging", in other words, that he was stripped naked, with his arms tied together behind his back, and suspended by his arms (see paragraph 23 above).

In the view of the Court this treatment could only have been deliberately inflicted; indeed, a certain amount of preparation and exertion would have been required to carry it out. It would appear to have been administered with the aim of obtaining admissions or information from the applicant. In addition to the severe pain which it must have caused at the time, the medical evidence shows that it led to a paralysis of both arms which lasted for some time (see paragraph 23 above). The Court considers that this treatment was of such a serious and cruel nature that it can only be described as torture. In view of the gravity of this conclusion, it is not necessary for the Court to examine the applicant's complaints of other forms of ill-treatment. In conclusion, there has been a violation of Article 3 of the Convention. . . .

In other judgments of the ECtHR on Article 3, it has been emphasised that the State also has the obligation to prevent torture, even by private persons. In its judgment of 28 March 2000 in the case of *Mahmut Kaya v. Turkey*, the ECtHR held in that connection:

... 115. The obligation imposed on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals (see the *A. v. the United Kingdom* judgment of 23 September 1998, Reports 1998-VI, p. 2699, § 22). State responsibility may therefore be engaged where the framework of law fails to provide adequate protection (see, for example, the *A.* judgment cited above, p. 2700, § 24) or where the authorities fail to take reasonable steps to avoid a risk of ill-treatment about which they knew or ought to have known (for example, *mutatis mutandis*, the *Osman* judgment cited above, pp. 3159-60, §§ 115-16)...

The ECtHR has also ruled on the procedural aspects of Article 3. Once a person has a credible assertion that torture has been committed, the State is obliged to undertake an immediate, effective and impartial investigation into the circumstances. In its judgment of 6 April 2000 in the case of *Labita v. Italy*, the ECtHR held:

... 131. The Court considers that where an individual makes a credible assertion that he has suffered treatment infringing Article 3 at the hands of the police or other similar agents of the State, that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention", requires by implication that there should be an effective official investigation. As with an investigation under Article 2, such investigation should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible (see, in relation to Article 2 of the Convention, the *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, p. 49, § 161; the *Kaya v. Turkey* judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I, p. 324, § 86; and the *Yaşa v. Turkey* judgment of 2 September 1998, Reports 1998-VI, p. 2438, § 98). Otherwise, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment would, despite its fundamental importance (see paragraph 119 above), be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity (see the *Assenov and Others* judgment cited above, p. 3290, § 102)...

For good measure, I should mention that the ECtHR held in its judgment of 17 December 1996 in the case of *Saunders v. UK* that Article 6 ECHR also includes the right to remain silent and the privilege against self-incrimination:¹²

... 68. The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (art. 6) (see the above-mentioned John Murray judgment, p. 49, para. 45, and the above-mentioned Funke judgment, p. 22, para. 44). The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2).

69. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing . . .

Until now, the ECtHR has not had the opportunity to determine the consequence if a confession has been extracted under torture and that then is used as prosecution evidence when that person is put on trial afterwards.¹³

G. *Council of Europe: recommendations and guidelines*

At the level of the Council of Europe, several recommendations and guidelines have been adopted that are addressed to certain professions and which make reference to the prohibition of torture. I may mention "Recommen-

12 See also S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford, Oxford University Press, 2005), pp. 340-359.

13 See also M. Pollard, "Rotten fruit: State Solicitation, Acceptance and Use of Information Obtained through Torture by Another State", *NQHR*, 2005, 349-378.

dation (2000) 19 of the Committee of Ministers to Member States on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System” and “Recommendation (2001) 10 on the European Code of Police Ethics”.

The preamble of the abovementioned Guidelines on human rights and the fight against terrorism makes it clear that each State has the imperative duty to protect its population against possible terrorist acts, but also that it is absolutely necessary “to fight terrorism while respecting human rights, the rule of law and, where applicable, international humanitarian law”.

Guideline 4 (absolute prohibition of torture) reads:

The use of torture or inhuman or degrading treatment or punishment is absolutely prohibited, in all circumstances, and in particular during the arrest, questioning and detention of a person suspected of or convicted of terrorist activities, irrespective of the nature of the acts that the person is suspected of or for which he/she was convicted.

► *The prohibition of torture: examples of international practice*

So much for theory. It is clear from the daily news that in practice these standards are not always met. As far as the United States are concerned, I refer to the Abu Ghraib prison in Bagdad and to Guantanamo Bay.¹⁴ There are even rumours about the existence of so-called Special Removal Units, to transport terrorists for interrogation to countries where torture is condoned.¹⁵ And series like 24 almost brainwash millions of TV spectators all over the “civilised” world that in ticking bomb-situations torture is perfectly acceptable if applied against the real bad guys. Even the appealing and ever-ethical black president David Palmer felt that he had to order it against his own Chief of Staff.

It is also alleged that in Israel, torture is used on a wide scale by the security forces. But at least in that country, the Supreme Court of Israel, sitting as the High Court of Justice has ruled that there are limits to interrogation techniques to be applied by these forces. In a landmark judgment of 6 September 1999 the Court ruled:

14 K.J. Greenberg, J.L. Dratel, *The Torture Papers, The Road to Abu Ghraib* (Cambridge, Cambridge University Press, 2004); M. Danner, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and War on Terror* (New York, New York Review Books, 2004); S. Strasser, *The Abu Ghraib Investigations* (Public Affairs, 2004). See also ABC-news (347440): “Pentagon Interrogators ‘impersonated’” *FBI Watching Justice*, 7 December 2004; “FBI Criticized Military Interrogation Methods at Guantanamo”; “FBI letter complains of aggressive interrogation at Guantanamo in 2002”, *USA today*, 6 December 2004.

15 H. Vest, “Folter ohne Ende?”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2004, 1275-1284, calls this ‘delegierte bzw. Stellvertretungsfolter’.

... Indeed, the authority to conduct interrogations, like any administrative power, is designed for a specific purpose, which constitutes its foundation and must be in conformity with the basic principles of the (democratic) regime. In crystallizing the interrogation rules, two values clash. On the one hand, lies the desire to uncover the truth, thereby fulfilling the public interest in exposing crime and preventing it. On the other hand, is the wish to protect the dignity and liberty of the individual being interrogated. This having been said, these interests and values are not absolute. A democratic, freedom-loving society does not accept that investigators use any means for the purpose of uncovering the truth...

It then went into detail about certain frequently applied interrogation techniques and concluded that a number of them were not acceptable.

The Supreme Court also commented on the ticking bomb situation and the possible existence of a “necessity defence”. In that respect it ruled:

We are prepared to assume that – although the matter is open to debate (...) the ‘necessity’ defence is open to all, especially an investigator, acting in an organizational capacity of the State in interrogations of that nature. Likewise, we are prepared to accept – although the matter is equally contentious – (...) that the ‘necessity’ exception is likely to arise in instances of ‘ticking time bombs’, and that the immediate need (‘necessary in an immediate manner’ for the preservation of human life) refers to the imminent nature of the act rather than that of the danger. Hence, the imminence criterion is satisfied even if the bomb is set to explode in a few days, or perhaps even after a few weeks, provided the danger is certain to materialise and there is no alternative means of preventing its materialising. In other words, there exists a concrete level of the explosion’s occurrence. (...) Consequently we are prepared to assume (...) that if a GSS investigator – who has applied physical interrogation methods for the purpose of saving human life – is criminally indicted, the ‘necessity’ defence is likely to be open for him in appropriate circumstances.

But the Supreme Court also commented that the existence of a “necessity” defence does not mean that one can establish a directive that determines that physical violence may be justified:

A general authority to establish directives respecting the use of physical means cannot be implied from the ‘necessity’ defence. The ‘necessity’ defence does not constitute a source of authority, allowing GSS investigators to make use of physical means during the course of interrogations.

This ruling of the Supreme Court annulled the general directives that authorised the use of physical means that infringed a suspect’s liberty during an interrogation.

The judgment was commented upon by the Committee against Torture (CAT) in its periodical report on Israel of 23 November 2001:

While acknowledging the importance of the September 1999 Supreme Court decision, the Committee regrets certain consequences of it:

- i) The ruling does not contain a definite prohibition of torture.
- ii) (...)
- iii) The Court indicated that ISA interrogators who use physical pressure in extreme circumstances (ticking bomb cases) might not be criminally liable as they may be able to rely on the “defence of necessity”.

In the same report it states that new allegations of torture by the Israeli security forces have been made even after the judgment.

2 A POSSIBLE SOLUTION

As is stated above: the prohibition of torture is absolute. It is a core right which can be seen as – in the words of the preamble of the 1948 Universal Declaration of Human Rights – “recognition of the inherent human dignity and of the equal and alienable rights of all members of the human family”, including even those members who are bent upon destroying the very roots of human society. If the international community were to allow any exceptions to that “core right” in ticking-bomb situations, it would be destroying the very values it seeks to protect.

The most recent authority for this view is the Council of Europe’s CPT, which in its 15th General Report (published on 22 September 2005), emphasises that the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment is one of the few human rights from which there can be no derogations. Suggestions for “striking the balance” in applying Article 3 ECHR are misguided. To be sure, resolute action is required to counter terrorism; but such action cannot be allowed to degenerate into exposing people to torture or inhuman or degrading treatment.

In that connection I would also like to quote Michael Perry,¹⁶ who offers the following rather original explanation why these rights have to be absolute:

16 M.J. Perry, *The Idea of Human Rights: Four Enquiries* (New York, Oxford University Press, 1998), pp. 105-106.

If there are some imaginable conditions under which it would be morally permissible to violate the human rights that international law makes non-derogable, – conditions where a failure to violate such a right would mean that ‘the heavens will in fact fall’ – the possibility that those conditions exist or will come to exist is so unlikely as to be negligible. At least, the possibility that such conditions will often exist is negligible.

If, in anticipation of such imaginable-but-extremely-unlikely conditions, international law rights were to make such rights derogable, if it were to establish them as merely conditional legal rights – if it were, in that sense, to create an ‘escape clause’ for the political authorities –, there might as well be at least some more, and perhaps many more, morally unjustified violations of the underlying moral rights by states than if international law rights were to do what it already does: establish and protect the rights as non-derogable.

But what if one of those imaginable-but-extremely-unlikely conditions occurs (. . .)? Is it politically unrealistic, wildly so, to believe that the fact that a human right is non-derogable under international law rights would keep political authorities from violating the right if they really believe it necessary to do so in order to keep the heavens from falling. In many situations, and certainly *in extremis*, the international ‘law’ of human rights is more a moral force than a legal one. In any event, why should political authorities worry about the possibility of sanctions under international law when they are struggling desperately to keep the heavens in place (as they would surely be doing if they were trying to prevent a nuclear explosion that would take the lives of millions)?

I do, however, realise, that that in itself does not give an adequate answer to the dilemmas that may occur in practice. Before elaborating on that point, I would like to devote a little attention to some questions which might arise in relation to the threat or the use of torture in perceived ticking bomb situations:

- ▶ Under what circumstances can an interrogator be sure that the person concerned really has valuable and reliable information as to the ticking bomb?
- ▶ What kind of authority should have the power to authorise the threat or the use of torture?
- ▶ Will the information obtained by threatening or resorting to torture in fact be reliable or will the person being interrogated be inclined to tell the interrogator what he or she thinks the latter wants to hear, for example, the names of people who might have the “relevant” information?
- ▶ What will happen to these other people?
- ▶ Even assuming that the threat or the use of torture has actually yielded the information which was needed, can that information (and any direct results of that information) be used in court as evidence against the person concerned or against other persons?

- ▶ What will happen to the person who exercised authority to order to threaten or use torture afterwards, and what will happen to the person who has carried it out?

The first point makes it clear that a real ticking bomb situation will seldom occur. In cases of terrorism, one can only presume that because of his or her perceived role in a terrorist organisation, a particular individual will have adequate knowledge about possible terrorist attacks. As a rule, the authorities will not have enough certainty that that is indeed the case. And the risk that information obtained under excessive pressure will prove unreliable is unavoidable.

Even so, can one impose the obligation to do absolutely nothing on a State that has arrested a person who might have vital knowledge relevant to a ticking bomb situation and who, in turn, invokes his or her right to remain silent until the bomb finally explodes?

I fear that that will prove unrealistic in practice.

Does that mean that some legal exception to the prohibition of torture should be possible in real ticking bomb-situations? My answer is unequivocal: that is not acceptable. The prohibition of torture is *ius cogens*. Thereby entailing that the threat to use torture is one as well.

What might be a possible and acceptable solution?

I hesitate, because I realise that even the following might be tricky. Still, it is my opinion that in a genuine life-threatening ticking bomb situation, the only conceivable compromise solution may be that the authorities make the conscious decision to ignore restrictions on interrogation techniques and accept the risks involved. The following limits and considerations should, however, be borne in mind in all cases:

- ▶ In seeking to end an immediate threat to human life, the competent authorities may have to “sacrifice” a successful prosecution of the person who initially refused to divulge the relevant knowledge. Resorting, as an ultimate measure, to interrogation methods short of torture or inhuman or degrading treatment (i.e. that do not transgress the minimum level of severity)¹⁷ – including the use of “truth serum”, questioning under

17 According to the constant case-law of the ECHR the treatment in question must attain a *minimum degree of severity*. Appraisal of this minimum degree is by its very essence relative; it depends on all the circumstances of the case, and in particular the nature and the context, and the duration of the treatment, its physical and mental effects, and sometimes, the sex, age and the state of health of the person concerned.

hypnosis, lie detector testing or providing some misleading information – in interrogating someone who is virtually certain to be in possession of such knowledge and who is not disposed to give the necessary information of their own accord may then perhaps be considered unavoidable/necessary.

- ▶ The *nemo tenetur* principle¹⁸ (a derogable right) will in such cases have to take second place to the obligation imposed on the state by human rights treaties to eliminate, if and when possible, any threat to human life¹⁹ (a non derogable right).
- ▶ Information obtained contrary to the *nemo tenetur* rule cannot be used as evidence in the prosecution of the person who has been coerced into giving it.
- ▶ Moreover, transparency will be required as regards information needed to judge the care that has gone into the decision-making process – for example, the prior assessment of the necessity, the subsidiarity and the proportionality of the means chosen, at the highest possible level – and the methods actually used.
- ▶ To the extent that those who have authorised the use of such methods, and those who have carried out the orders, have transgressed limits that are relevant in terms of criminal or disciplinary law; they will have to accept the reality of penal or disciplinary proceedings and the ensuing sanctions for themselves, even though they may have believed themselves entitled to the defence of necessity.
- ▶ The State will have to pay adequate compensation to anyone who has been subjected to questioning involving the use of exceptional measures by mistake.

CONCLUDING REMARKS

Terrorists are afraid of human rights.²⁰ Upholding human rights in the fight against terrorism is first and foremost a matter of maintaining our standards against those who seek to destroy them. There is nothing more counterproductive than fighting fire with fire, which gives a terrorist the perfect pre-

18 *Nemo tenetur seipsum prodere*: the right to remain silent and the privilege against self-incrimination (see the judgment in the case of *Saunders v. UK*, mentioned above).

19 See the judgment in the case *Osman v. UK*, mentioned above.

20 Expression used by former Council of Europe Parliamentary Assembly president Peter Schieder.

text for martyrdom and accusing democracies of double standards. Such a course of action would only encourage further radicalisation and create more terrorists. That is not the way to go.

The spectators of 24 may have been brainwashed into thinking that the model that I suggest is too boring and that other solutions might be more effective. Fortunately, in Europe the final word in these issues will be that of the ECtHR.

I do not have to explain what that means. At least not to Lucius Cafilisch.

DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET
DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : LEURS
RAPPORTS À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE
LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

*José Antonio Pastor Ridruejo**

L'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*¹ est extrêmement riche en tout genre de questions de droit international. Parmi ces questions, j'ai choisi pour ce *liber amicorum* celle des rapports entre le droit international des droits de l'homme (DIDH) et le droit international humanitaire (DIH). En faisant ce choix, j'ai pris en considération deux faits. Tout d'abord, l'attachement profond de mon grand ami et éminent collègue, le juge et professeur Lucius Caflisch, au DIDH et au DIH, branches du droit international auxquelles il a apporté des contributions de grande valeur ; ensuite, la circonstance que c'est sans doute son pays, la Suisse, qui a le plus contribué au développement et à la codification du DIH.

1 DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET DROIT
INTERNATIONAL HUMANITAIRE : IDENTITÉ DE BUTS MAIS
DIFFÉRENCES SUBSTANTIVES ET INSTITUTIONNELLES

Il est bien connu que si le DIDH protège les droits de l'homme dans une situation normale de paix, le DIH ne s'occupe de cette protection qu'en temps de guerre. Il s'agit de la protection des victimes de la guerre.

* Professeur émérite à l'Université Complutense de Madrid, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, membre de l'Institut de Droit international.

1 *CIJ Rec. 2004.*

Je tiens à rappeler que les grands principes du DIH ont été formulés pour la première fois au XVI^e siècle par les auteurs classiques espagnols de droit international (Vitoria, Suarez et d'autres, adeptes de l'école de Salamanca et fondateurs de notre science) dans la discipline qu'ils appelaient *ius in bello*². Ces principes ont été réaffirmés au XVII^e siècle par un autre auteur classique de la discipline, le Hollandais Hugo Grotius³, et plus tard par le Suisse Eméric de Vattel⁴ ainsi que par le philosophe Jean-Jacques Rousseau⁵. Enfin, laissant de côté ces apports doctrinaux, il faut remarquer que si sur le plan du droit positif le DIDH s'est formé à partir de 1948, année de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les principes et les normes du DIH ont fait l'objet d'une codification conventionnelle beaucoup plus tôt, exactement depuis 1864, principalement grâce à l'initiative du gouvernement suisse et à l'impulsion du Comité international de la Croix-Rouge.

Il est vrai que la codification du DIH et celle du DIDH ont suivi des voies divergentes, mais il n'est pas moins vrai que leurs principes et leurs normes s'inspirent de la même valeur d'humanisation et poursuivent un but identique, à savoir la sauvegarde des droits de l'homme et de ses libertés fondamentales. C'est justement pour cette raison que des rapports étroits existent entre le DIDH et le DIH⁶. L'avis consultatif donné par la Cour dans l'affaire du mur construit par Israël dans le territoire palestinien occupé en constitue un bon exemple.

Il y a certainement, comme je viens de le dire, une identité des buts entre le DIDH et le DIH. Il est possible de relever, cependant, deux différences importantes entre ces deux branches du droit international, l'une sur le plan substantif, l'autre sur le plan institutionnel.

En ce qui concerne le plan substantif, en effet, le DIH est plus permissif que le DIDH. Si nous retenons, par exemple, le droit à la vie, nous

2 F. de Vitoria, *Relectio posterior de indiis sive de Iure bello hispanorum in barbaros*. Voir la traduction espagnole : *Relecciones sobre los indios y el Derecho de la guerra* (Buenos Aires, Ed. Espasa Calpe, 1946) et le fac-similé de l'édition originale in : L.G. Alonso Getino, *Relecciones Teológicas* (Madrid, 1933/1935). Voir également F. Suarez, *De Bello*. Voir la traduction espagnole dans l'ouvrage *Guerras, intervención, paz internacional* (Madrid, Espasa Calpe, 1956).

3 H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, chap. I et II.

4 E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Voir le fac-similé de l'édition originale (1758) in : J.B. Scott (éd.), *The Classics of International Law*, vol. I (Washington, Carnegie Institution, 1916).

5 J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, I, 4.

6 Voir not. M. Perez Gonzalez, "Derechos humanos y Derecho humanitario: una apuesta por la convergencia", in : J. Puyo Losa, J.J. Urbina (éd.), *El Derecho internacional humanitario en una sociedad internacional en transición* (Santiago de Compostela, Tórculo, 2001).

constatons que les Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels, les instruments les plus importants du DIH à l'heure actuelle, permettent l'attaque des membres de l'armée ennemie, les combattants, même si ces attaques entraînent la mort de ces personnes. Il serait possible de voir dans cette plus grande permissivité un paradoxe puisque si la situation de violence généralisée inhérente à un conflit armé implique une menace plus grande aux droits de l'homme, il arrive que dans un tel conflit le degré de protection de ces droits soit plus réduit. Mais le paradoxe n'est qu'apparent, car le conflit armé implique essentiellement l'exercice de la violence. C'est précisément pour prévenir les effets nuisibles de cette violence que la Charte des Nations Unies (art. 2, par. 4) interdit la menace et l'emploi de la force armée, c'est-à-dire de la violence que cette situation comporte. En tout état de cause, la protection assurée par le DIDH étant plus favorable que celle procurée par le DIH, il faut prôner, en termes de principe, le champ d'application le plus large possible de la première branche du droit international. Et cette idée nous mène à la conclusion suivante : les normes de DIDH, bien que conçues pour une situation de paix, ne doivent pas cesser d'être applicables au cours d'un conflit armé.

Sur le plan institutionnel, les mécanismes et les procédures de contrôle de l'application des normes sont beaucoup plus faibles dans le DIH que dans le DIDH. Dans celui-là, en effet, on ne connaît que de mécanismes de nature purement intergouvernementale (intervention des puissances protectrices, commissions d'enquête), tandis que certaines conventions relevant du DIDH ont pu instaurer des procédures juridictionnelles. S'il existe dans l'ensemble du droit international un écart considérable entre la dimension normative et la dimension institutionnelle⁷, cet écart est encore plus grand lorsque les intérêts les plus élevés d'un Etat sont en jeu. C'est le cas justement d'un conflit armé, international ou interne. Dans une telle situation, les Etats ne sont pas prêts à la création d'institutions possédant de forts pouvoirs pour assurer le respect des normes. C'est pourquoi une procédure juridictionnelle chargée de vérifier le respect du DIH par les Etats est inconcevable à l'heure actuelle. Ces considérations n'empêchent pas qu'un organe de contrôle général du droit international, tel que la Cour internationale de Justice, puisse vérifier en même temps le respect du DIDH et du DIH. C'est ce qui a amené la Cour à rendre l'avis consultatif concernant le mur construit par Israël dans le territoire palestinien occupé. Dans cet ordre d'idées, la juge Higgins s'est demandé, dans son opinion individuelle, s'il

7 Voir sur cette question : J.A. Pastor Ridruejo, « Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public », 274 *RCADI*, 1998, 295.

est judicieux de solliciter des avis consultatifs de la Cour internationale de Justice sur le respect par les Etats de leurs obligations conventionnelles qui font l'objet d'un suivi plus détaillé de la part des organes créés à cette fin⁸. Elle avait sans doute à l'esprit l'application faite par la Cour de certaines dispositions du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, dont le contrôle relève du Comité des droits de l'homme, institué par l'instrument lui-même. La juge ne répond toutefois pas à la question. Mon opinion est qu'il n'y a aucun obstacle à ce contrôle par la Cour, compte tenu que celle-ci constitue une institution créée par la Charte des Nations Unies et que, selon l'article 103 de cette Charte, ses dispositions prévalent sur n'importe quel autre traité.

Cela dit, nous tenons à préciser que cet article porte essentiellement sur le plan substantif ou normatif des rapports entre le DIDH et le DIH. Ainsi, nous allons constater que la jurisprudence de la Cour internationale de Justice partage la conclusion que nous avons avancée selon laquelle le DIDH ne doit pas cesser de s'appliquer dans un conflit armé. En effet, la question posée à la Cour dans l'avis consultatif que nous examinons est celle de savoir quelles sont les conséquences juridiques de l'édification du mur « compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949 ». Or, pour répondre à cette question, la Cour applique des normes de droit international général, du DIH et du DIDH. Et en ce qui concerne les rapports entre ces dernières branches du droit international, la Cour relève trois situations pouvant se présenter : « certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international ». Et la Cour d'ajouter : « Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire »⁹.

Or, ce que je me propose de démontrer dans cet article, c'est que la Cour n'est pas tout à fait cohérente avec ces affirmations. En effet, dans la première situation qu'elle considère, le DIH constitue bel et bien la *lex generalis*. Dans la deuxième situation, il n'y a pas à proprement parler de rapports entre le DIH et le DIDH ; il s'agit seulement de savoir si le DIDH continue à être applicable dans un conflit armé. C'est seulement dans la troisième situation que l'on peut dire que, par rapport au DIDH, le DIH

8 *Op. cit.* (note 1), par. 27 de l'opinion dissidente.

9 *Ibid.*, par. 106 de l'avis.

constitue la *lex specialis*. Par ailleurs, nous allons constater que dans l'avis consultatif sur le mur, l'application que fait la Cour du DIDH se place essentiellement dans la deuxième situation.

2 LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COMME « LEX GENERALIS »

Quant à la première situation – celle des droits qui relèvent de manière exclusive du DIH –, nous pouvons trouver beaucoup d'exemples, surtout en matière de conduite des hostilités. Ce serait le cas des articles du Protocole additionnel II sur la protection des unités ou des transports sanitaires et de la plupart de ceux concernant les méthodes et moyens de guerre (titre III du Protocole). Il faut dire que dans l'avis consultatif que nous sommes en train d'examiner, la Cour a appliqué certaines dispositions rentrant sans doute dans cette catégorie, c'est-à-dire appartenant uniquement au DIH. Il s'agit notamment de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève qui interdit à la puissance occupante de procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle, ainsi que le transfert forcé et les déportations de personnes civiles hors du territoire occupé dans le territoire de la puissance occupante ou dans celui de tout autre Etat ; de l'article 53 de la même Convention qui interdit la destruction des biens mobiliers ou immobiliers ; et de l'article 59 qui établit l'obligation de la puissance occupante d'accepter les actions de secours en faveur de la population civile lorsque celle-ci est insuffisamment approvisionnée.

Il est clair que dans tous ces cas il n'y a pas à proprement parler de problème de rapports entre le DIH et le DIDH. Le DIH n'est pas applicable à titre de loi spéciale. Il s'applique à titre principal, c'est-à-dire comme *lex generalis*.

3 LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME COMME SEULE BRANCHE DU DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE

Nous abordons maintenant l'étude de la situation dans laquelle, selon la Cour, les droits en cause relèvent exclusivement du DIDH. Dans ce cas, le problème des rapports entre le DIDH et le DIH se pose dans des termes très particuliers. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un problème de rapports, puisque le DIH ne contient aucune norme à propos de la situation. Il s'agit de savoir si le fait que le DIH a comme but principal d'assurer le respect des droits de l'homme dans un conflit armé empêche l'application du DIDH

dans le cadre de ce conflit. Est-ce que le DIDH cesse d'être applicable tout au long d'un conflit armé parce que cette application serait incompatible avec celle du DIH ?

La réponse à cette question ne laisse aucun doute. Aucun instrument conventionnel du DIDH n'exclut l'application de ses dispositions dans les situations pouvant se produire au sein d'un conflit armé. Qui plus est, nous trouvons des conventions où une telle application est expressément envisagée. C'est le cas, par exemple, de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel toute haute partie contractante peut prendre des mesures dérogeant à certaines obligations prévues par la Convention « en cas de guerre ou en cas d'autre danger menaçant la vie de la nation ». De même, l'article 4 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques prévoit la dérogation par un Etat partie à certaines des obligations découlant du même instrument, dans des situations exceptionnelles mettant en danger la vie de la nation. Le Comité international de la Croix-Rouge a également soutenu que les instruments de DIDH continuent à s'appliquer en cas de conflit armé¹⁰. Ainsi, il est tout à fait clair que l'applicabilité du DIDH ne doit pas cesser en temps de guerre.

Cependant, telle n'était pas la position d'Israël devant la Cour internationale de Justice dans la procédure relative à l'avis consultatif qui nous occupe. En effet, cet Etat prônait la séparation rigide entre le DIDH et le DIH, en soutenant notamment que le DIH est le type de protection qui convient dans un conflit tel que celui existant en Cisjordanie et dans la bande de Gaza, tandis que les instruments relatifs aux droits de l'homme ont pour objet d'assurer la protection des citoyens vis-à-vis de leur gouvernement en temps de paix. Bien qu'étant partie aux deux Pactes des Nations Unies et à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, Israël contestait l'application de ces trois instruments dans le territoire palestinien occupé¹¹.

Mais la position d'Israël a été écartée par la Cour. En effet, celle-ci a repris la déclaration qu'elle avait faite dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Selon cette déclaration, « la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument »¹².

10 Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (éd.), *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août de 1949* (Genève, CICR, 1986). Voir not. la p. 1364.

11 Voir la position d'Israël au par. 102 de l'avis, *op. cit.* (note 1).

12 *Ibid.*, par. 105.

Cette doctrine générale formulée, et l'application extraterritoriale des conventions relatives aux droits de l'homme affirmée (c'est-à-dire leur application en dehors du territoire d'Israël), la Cour se demande si la construction du mur litigieux a porté atteinte aux règles et principes de droit international qu'elle considère applicables. Après un examen des normes régissant l'emploi de la force et des conventions de DIH, la Cour en arrive aux instruments conventionnels du DIDH qu'elle considère applicables, afin de tirer des conséquences spécifiques à l'application en question. Ainsi, elle constate sans hésitation que la construction du mur et le régime qui lui est associé comportent une violation du paragraphe 1 de l'article 12 du Pacte relatif aux droits civils et politiques (liberté de circulation des habitants du territoire palestinien occupé, à l'exception des ressortissants israéliens et assimilés) ; ils entravent également, ajoute la Cour, l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés par le Pacte international relatif aux droits économiques et culturels et à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant¹³. Il est à noter que ces obligations ne figurent pas dans les instruments de DIH.

Je tiens à mettre ici en exergue que la Cour, en constatant des violations par Israël de certaines obligations imposées par des instruments de DIDH et non par le DIH, se place dans la deuxième des hypothèses ou situations qu'elle a distinguées, à savoir celle des droits qui relèvent exclusivement des droits de l'homme. Puisque le DIH ne dit rien à propos de ces obligations, je ne vois à la rigueur aucun rapport entre le DIH et le DIDH. L'intérêt de la position de la Cour réside dans la fait qu'elle confirme l'idée que le DIDH ne cesse pas de trouver application dans le déroulement d'un conflit armé.

Enfin, l'application par la Cour dans le cas d'espèce des instruments du DIDH l'a menée à trouver un plus grand nombre de violations du droit international que si seul le DIH avait été appliqué. Il est clair que cette double application a eu une incidence pratique non négligeable sur les plans politique et juridique, à savoir l'obligation imposée par le dispositif de l'avis à Israël de réparer et de mettre un terme non seulement aux actes contraires au DIH mais aussi à ceux comportant une violation du DIDH.

4 DROITS QUI RELÈVENT À LA FOIS DU DIDH ET DU DIH

Les cas des droits relevant au même titre du DIDH et du DIH sont abondants. Pour ne citer que quelques exemples, je parlerai de deux des droits

13 *Ibid.*, par. 125-131.

de l'homme les plus importants : tout d'abord du droit à la vie et ensuite du droit à la liberté. Ces droits sont proclamés tant dans les instruments du DIDH (notamment aux articles 6 et 9 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques et aux articles 2 et 5 de la Convention européenne de 1950) que dans ceux de DIH interprétés selon leur but et leur objet (principalement dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977).

A mon avis, c'est justement dans cette situation, la troisième de celles considérées par la Cour, que le DIDH constitue la *lex generalis* et le DIH la *lex specialis*. C'est précisément la situation envisagée par la Cour dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁴, à l'occasion duquel elle a déclaré à propos du droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie, énoncé par le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, qu'il est également valable pendant les hostilités. En effet, la Cour a précisé que « c'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable dans les conflits armés, conçue pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie ». Voilà une affirmation tout à fait correcte du point de vue de la technique juridique, car le concept de *lex specialis* a été utilisé de manière appropriée.

Il faut dire, cependant, que dans l'avis consultatif sur le mur, et comme nous l'avons expliqué *ut supra* (point III), la Cour a toujours appliqué le DIH à titre de *lex generalis*. Nous n'avons pas trouvé dans l'avis consultatif de trace de l'application de cette branche du droit international à titre de *lex specialis*.

5 CONCLUSIONS

Tout en marquant entièrement mon accord avec les conclusions de la Cour en ce qui concerne les violations du DIH et du DIDH perpétrées par Israël et l'obligation de réparer et de mettre un terme à ces violations, je voudrais dire quelques mots récapitulatifs pour ce qui est des rapports entre ces deux branches du droit international.

A mon avis, l'apport le plus important de l'avis consultatif du 9 juillet 2004 réside dans le fait d'avoir confirmé au plus haut niveau l'application du DIDH dans un conflit armé, là où les règles du DIH gardent le silence, et d'en avoir tiré des conséquences pratiques, à savoir une condamnation

14 *CIJ Rec. 1996*, par. 25, p. 240.

plus sévère d'Israël. En agissant de la sorte, la Cour a eu tout à fait raison parce qu'elle s'est placée dans la ligne du champ d'application le plus large possible du DIDH et s'est inspirée du principe de la protection la plus favorable de la personne humaine.

Pour le reste, il faut dire qu'en lisant l'avis consultatif on a l'impression que, pour la Cour, le DIH est toujours *lex specialis* par rapport au DIDH. Mon sentiment personnel est que cela n'est vrai que dans un cas, à savoir si une situation donnée est régie par des normes appartenant à ces deux branches du droit international. Dans cette hypothèse, le DIDH est la loi générale et le DIH la loi spéciale, et pour cette raison ce sont les normes de ce dernier qui prévalent. Cette situation a été très bien envisagée par la Cour dans l'avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* mais elle n'apparaît pas dans l'avis consultatif sur le mur. En tout cas, dans cet avis consultatif, la Cour a appliqué le DIH à titre de loi générale, étant donné qu'il s'est agi de situations non régies par le DIDH.

CONTINUITY AND CHANGE IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Matti Pellonpää**

1 INTRODUCTION

The European Convention on Human Rights was adopted in 1950. Its provisions, similar to many constitutional provisions on fundamental rights, are drafted in general terms. It is through the interpretative activities of the supervisory organs, especially the European Court of Human Rights that these abstract norms have been provided with content. Thus, the Court has defined, in its case-law, what is to be understood by “fair trial” within the meaning of Article 6, what amounts to an “interference” with “private and family life” mentioned in Article 8, and so on.

The Court’s interpretative role is, however, not limited only to a few basic definitions. The interpretation of the Convention is rather an ever-going process whereby the interpretations must be adjusted to the evolving values in the European societies and to the new human rights problems brought about by the advances in science and technology, which could not have been imagined back in 1950.

There is an inherent tension between this need for interpretative adjustments on the one hand, and on the other the need for legal certainty with its emphasis on the continuity and foreseeability of legal developments.

Below I will seek to outline how the Court, through its interpretative practice, tries to strike a balance between these contradictory interests which sometimes speak in favour of judicial activism, and sometimes in favour of judicial self-restraint.¹

* Judge, European Court of Human Rights.

¹ While this contribution is essentially based on the case-law of the Court, it, of course, also draws on existing writing on the subject. A classical article on the subject is P. Mahoney,

2 THE BASIC PRINCIPLES

An important judgment in which the Court set out the basic principles concerning the resolution of this tension was given in *Cossey v. the United Kingdom*.² In this case the applicant, a male-to-female transsexual, argued that the Court should change its position adopted in an earlier case³ according to which, the refusal by British authorities to make amendments to birth registration documents of the applicant so as to correspond to her new sexual identity was compatible with Article 8 of the Convention. The Court stated that while “it is not bound by its previous judgments . . . it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interest of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law.” (para. 35) However, it went on to say, in the same paragraph, that

Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions . . .

The quoted passages express the basic principles regarding continuity and change in the case-law: first, the Court is not formally bound by its own precedents (there is no principle of *stare decisis*); secondly, as a rule it nevertheless follows its case-law, in the interest of legal certainty, without, thirdly, being prevented from departing from it exceptionally for the kind of reasons indicated. That the departure is not made without mature reflection is shown by the *Cossey* case itself. Despite strong indications to the contrary, the time was, in the Court’s view, not ripe for a change. The change

“Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights”, *HRLJ*, 1990, 57. From among other relevant contributions reference can be made to a relatively recent Finnish dissertation: J. Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law* (Tampere, Tampere University Press, 2003). See also L. Wildhaber, “Precedent in the European Court of Human Rights”, in: P. Mahoney, F. Mather, H. Petzold, L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective: Studies in memory of Rolv Ryssdal* (Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 2000), 1529. On the interpretation of the Convention, see also e.g. D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, H. Matscher, *Law of the European Convention on Human Rights* (London, Butterworths, 1995), pp. 5-19, F. Matscher, “Methods of Interpretation of the Convention”, in: R. Macdonald, H. Petzold, F. Matscher (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. (Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 63.

2 Judgment of 27 September 1990, Series A no. 184.

3 *Rees v. the United Kingdom*, Judgment of 17 October 1986, Series A no. 106.

had to wait until 2002 and the judgment rendered in *Christine Goodwin v. the United Kingdom*⁴ to be discussed later.

How does the Court know that “societal changes” and “present day conditions” require a change in the case-law? It is obvious that the credibility of the Court does not permit that such conclusions are drawn simply on the basis of the intuition of a majority of seven or 17 judges of a Chamber or a Grand Chamber. Obviously, the Court needs more objective criteria on which to base a conclusion whether continuity or change should prevail. Certain such criteria have indeed developed over the years.

3 COMPARATIVE METHOD OF INTERPRETATION

Several years before the *Cossey* judgment, the Court had already given some indication as to where to seek guidance in the determination of whether evolution in the interpretation is called for in another important judgment against the United Kingdom. In *Tyrer v. the United Kingdom*⁵ the applicant, a young boy from the Isle of Man, had been sentenced by a local juvenile court to three strokes of the birch for assault occasioning bodily harm to a fellow pupil at school. The sentence was executed in a police station where Mr. Tyrer had to bare his bottom and bend over a table while the birching was administered by a police officer.

It may very well be that this kind of judicial corporal punishment was not originally intended to be covered by the prohibition, contained in Article 3, of inhuman or degrading punishment. The question, however, was whether such treatment should be regarded as degrading when assessed in light of the conditions of the 1970s. The Court came to the conclusion that it should, emphasising (para. 31) that it

. . . must recall that the Convention is a living instrument which . . . must be interpreted in the light of present day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of member States of the Council of Europe in this field.

Thus developments in the penal policies of member States, *i.e.* comparative considerations, justified the conclusion that the kind of corporal punishment at issue had to now be regarded as “degrading” within the meaning of Article 3 of the Convention.

4 Judgment of 11 July 2002, Reports 2002-VI.

5 Judgment of 25 April 1978, Series A 26.

Today, with the Convention community consisting of 46 member States, it is in many fields, difficult to find a common European standard. Accordingly, the Court may occasionally go beyond Europe and have a look at broader comparative considerations, as was done in the above-mentioned *Christine Goodwin* case, in which reference was made, among other things, to legal developments in Australia and New Zealand. According to the judgment (para. 85):

The Court attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution . . . than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals.⁶

Even so, the existence of a European standard is a strong indication of a need for change, whereas a lack of it is not a decisive obstacle in the way of change, as indicated by the *Goodwin* judgment. Existence or absence of a common standard also plays an important role in the definition of the extent of the so-called margin of appreciation which the contracting States enjoy with regard to many of the rights guaranteed. This topic is closely related to the present one but cannot be elaborated further here.⁷

It should be emphasised that resort to the comparative method is a two-way road: it can both pave the way for changes and at the same time, provide certain guarantees against unforeseeable changes. The existence of certain legal practices in a considerable number of member States makes it unlikely⁸ that such practices could be regarded as being in violation of the Convention. This can be illustrated by a chamber decision in the case of *Lundkvist v. Sweden*.⁹

The applicant had been charged with arson for having set his house on fire but was acquitted in criminal proceedings, as his guilt could not be established beyond reasonable doubt – the high standard applied in criminal proceedings. After that, he instituted civil proceedings against his insurance company, but his claim for insurance compensation was rejected on the

6 On the influence of the case-law of the Supreme Court of the United States, see J.F. Flauss, “La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d’Amérique dans les contentieux européen des droits de l’Homme”, 16 *RTDH*, No. 62, 2005, 313.

7 On margin of appreciation, see e.g. “The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice” (a special issue containing several contributions under the general heading) 1 *HRLR*, 1998.

8 But not impossible, see *infra* (note 12), the discussion on the *Kudla* case.

9 Application no. 48518/99, Decision of 13 November 2003, Reports 2003-IX.

ground that the company could show, in accordance with the standard of proof applicable in civil proceedings, that the applicant had, in fact, started the fire. The Court had to decide whether Article 6(2) had been violated by the civil judgment allegedly in breach of the presumption of innocence in view of the acquittal in criminal proceedings based on the same facts. The Court did not accept the interpretation of Article 6(2) proposed by the applicant. Relying on certain earlier precedents¹⁰ it stated, *inter alia*, that:

Such an extensive interpretation would not be supported either by the wording of Article 6, para. 2 or any common ground in the national legal systems within the Convention community. On the contrary, in a significant number of Contracting States, an acquittal does not preclude establishing civil liability in relation to the same facts.

In other words, the fact that “in a significant number of Contracting States” the legal situation was similar to that in Sweden, was a strong argument against holding this state of affairs to be in violation of the Convention.

In the above-mentioned case, the conclusion of non-violation was made easier by the fact that a contrary interpretation was not supported by the wording of the relevant provision either. However, there is evidence to the effect that even where the wording of the particular Article might suggest otherwise, the Court is reluctant to declare legislation or practices which are common in many member States as being in breach of the Convention, provided these practices are not incompatible with the object and purpose of the Convention and the Article in question.

In *Pretto v. Italy*¹¹ it was alleged that a judgment of the Italian Constitutional Court deposited in the registry constituted a violation of Article 6 para. 1 which requires that a judgment be “pronounced publicly”. The Court stated (para. 26):

However, many member States of the Council of Europe have a long-standing tradition of recourse to other means, besides reading out aloud, for making public the decisions of all or some of their courts, and especially of their courts of cassation, for example deposit in a registry accessible to the public. The authors of the Convention cannot have overlooked that fact . . .

The Court therefore does not feel bound to adopt a literal interpretation. . . .

It should be stressed that the comparative method of interpretation is not used mechanically. Thus it is not excluded that the law and practice in a

¹⁰ Such as *Ringvold v. Norway*, Judgment of 11 February 2003, Reports 2003-II.

¹¹ Judgment of 8 December 1983, Series A no. 71.

high number indeed, the majority, of the member States, runs so clearly against overriding values protected by the Convention that it is found to be in breach of it despite the fact that comparative considerations might seem to suggest otherwise. The judgment rendered in *Kudła v. Poland*¹² is a case in point. In that judgement the Court held that Article 13 requires an “effective remedy” and that this also concerned national proceedings, the lengths of which, are arguably incompatible with Article 13. This conclusion would not have been obvious in light of comparative considerations, since such a remedy was missing not only in Poland but also in many other countries. However, the overburdening of the Court by repetitive length cases and the principle of subsidiarity, which speaks in favour of such complaints being decided at the national level, and related considerations were weightier arguments. The Court stated (in para. 155), *inter alia*, that:

If Article 13 is, as the Government argued, to be interpreted as having no application to the right to a hearing within a reasonable time as safeguarded by Article 6 para. 1, individuals will systematically be forced to refer to the Court in Strasbourg complaints that would otherwise, and in the Court’s view more appropriately, have to be addressed in the first place within the national legal system. In the long term the effective functioning, on both the national and international level, of the scheme of human rights protection set up by the Convention is liable to be weakened.

A more technical aspect of the question under discussion is how to obtain comparative information. This can be provided by the parties, third party intervenors (NGOs or third governments)¹³ or by the Court’s own research division that may conduct necessary surveys.

4 OTHER INTERNATIONAL SOURCES AS GUIDANCE

The comparative method is not the only guidance in the interpretative practice of the Court. The European Convention on Human Rights is an international treaty to which the general principles of interpretation of such

12 Judgment of 26 October 2000, Reports 2000-XI.

13 In the case of *Nikula v. Finland*, Judgment of 21 March 2002, Reports 2002-II, on the freedom of speech of a defence counsel, Interrights was given leave to intervene and submit comparative information. See paras. 24-26. As an example of Governments giving such information a reference can be made to another Finnish case, *Bäck v. Finland*, Judgment of 20 July 2004, to be published in Reports 2004-VIII, concerning the compatibility of Finnish debt adjustment legislation with Article 1 of the First Protocol, see paras. 25-36 (account of the corresponding legislation by a number of intervening Governments).

treaties as codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties apply. This was emphasised by the Court in the landmark judgment of *Golder v. the United Kingdom*¹⁴ in which the Court stated, *inter alia*, that “Article 31 para. 3(c) of the Vienna Convention indicates that account is to be taken, together with the context, of ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’. (para. 35).”

As a part of public international law, the Convention cannot be interpreted in isolation from the rest of the body of that law.¹⁵

The role of other rules and principles of international law is, as with considerations of comparative law, of a dual nature: it acts both (1) as a restraint against unforeseeable changes (or otherwise surprising results) and (2) as an inspiration for orderly development of the case-law.

The first-mentioned role can be illustrated by the case of *Al-Adsani v. the United Kingdom*.¹⁶ The question was whether State immunity as a restriction on the applicant’s right to institute civil compensation proceedings against the Government of Kuwait on the basis of alleged torture was compatible with Article 6 (“access to court”). The Court held (albeit with a narrow majority of 9-8) that it was. Referring to the Vienna Convention and the principles expressed, *inter alia*, in the *Golder* case, the Court stressed that “The Convention should as far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity.” (para. 55) As it could not be established that in international law States were not entitled to invoke their immunity in respect of civil claims of alleged torture committed outside their boundaries, the grant of immunity could not be considered to infringe Article 6 of the Convention either.

In addition to customary international law, other human rights instruments may also serve as a guideline, as is illustrated by the recent case of *Veermae v. Finland* (Decision of 15 March 2005). The Court had to decide, *inter alia*, whether the transfer of a prisoner convicted and sentenced in Finland with a view to serving his sentence in his home country, Estonia, in accordance with the Council of Europe Convention on the Transfer of

14 Judgment of 21 February 1975, Series A no. 18.

15 One of the major contributions concerning the role of general international law in the practice of the Court, and at the same time a comparison in that respect between the European Court and its American counterpart, has been provided by L. Cafisch in a joint article with A.A. Caçado-Trindade: “Les Conventions américaine et européenne des droits de l’homme et le droit international général”, 1 *RGDIP*, 2004, 5. See also J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2nd ed. (Manchester, Manchester University Press, 1993).

16 Judgment of 21 November 2001, Reports 2001-XI.

Sentenced Persons (ETS no. 112) and its Additional Protocol (ETS no. 167), would render the deprivation of liberty “arbitrary”, and therefore contrary to Article 5 of the Convention, on the ground that the actual time to be served in Estonia was alleged to be longer than would be the rest of the time to be served in Finland. Quoting the principle expressed in the *Al-Adsani* case the Court held that it should, in particular, take into account the above-mentioned Convention and its Additional Protocol. According to the Court:

To lay down a strict requirement that the sentence served in the administering country should not exceed the sentence that would have to be served in the sentencing country would also thwart the current trend towards strengthening international cooperation in the administration of justice, a trend which is reflected in the Transfer Convention . . . the possibility of a longer period of imprisonment in the administering State does not in itself render the deprivation of liberty arbitrary as long as the sentence to be served does not exceed the sentence imposed in the criminal proceedings.

In the examples mentioned above, other international law sources favoured judicial restraint. More often than not, however, they serve as an inspiration which have the effect of triggering changes. According to its Preamble, the European Convention was intended as “the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration” (of the United Nations) and, thus, as a part of universal human rights law. It is only natural that subsequent steps taken at the United Nations level may be regarded as shedding light on the interpretation of some elements of the first steps taken through our Convention.

In *Müller and others v. Switzerland*¹⁷ concerning the confiscation of an obscene painting, the Court considered that artistic expression, although not specifically mentioned in Article 10 (freedom of expression), is nevertheless covered by the provision. It held (in para. 27) that further

Confirmation that the concept of freedom of expression is such as to include artistic expression is also to be found in Article 19 para. 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which specifically includes within the rights of freedom of expression information and ideas “in the form of art”.

Another, and more recent, example of the influence of instruments adopted under the auspices of the United Nations subsequent to our Convention on the interpretation of the latter is provided by the case of *Selmouni v. France*.¹⁸ In it, the Court was faced with the question whether the inhuman

17 Judgment of 25 May 1988, Series A no. 133.

18 Judgment of 28 July 1999, Reports 1999-V.

treatment to which the applicant had been subjected to in connection with a drug-trafficking investigation was so serious as to merit being classified as “torture”. This notion, to which a specific stigma is attached, had hitherto been reserved to cases disclosing suffering of a very high degree. Despite the brutality of the behaviour by French policemen, it was not clear that this traditional threshold had been reached in the case of *Selmouni*.

Referring to the Convention’s nature as a “living instrument” and the need for firmness in the assessment of breaches of such fundamental norms as the prohibition of torture the Court, however, considered “that certain acts which were classified in the past as “inhuman and degrading treatment” as opposed to “torture” could be classified differently in future” (para. 101). Relying, in particular, on the definition of torture, to be found in the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (in force since 1987) the Court came to the conclusion that the treatment in question should be classified as torture within the meaning of the Article as interpreted in light of present day conditions.

The recent judgment in *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*,¹⁹ in which the binding nature of the interim measures indicated by the Court was confirmed, provides an example of a case in which the Court drew upon a wide variety of international sources, such as the practice of the International Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights, the Human Rights Committee and the Committee against Torture of the United Nations.

If UN human rights instruments and other non-European sources are taken into account in the interpretation of the Convention, it comes as no surprise that instruments dealing with some specific aspects of human rights and created under the auspices of the Council of Europe play a similar role. As early as 1975, the Court stated in the *Golder* case mentioned earlier that, in the interpretation of the Convention, the Vienna Convention on the Law of Treaties should be taken into account, “subject, where appropriate, to ‘any relevant rules of the organisation’ – the Council of Europe – within which it has been adopted (Article 5 of the Vienna Convention).” (para. 29).

Today, there are several specific Council of Europe instruments dealing in some detail with certain human rights relevant questions which may also fall under the much more generally drafted provisions of the Convention. That the Court can seek interpretative guidance in those special instruments could be illustrated by many examples of which the case of *Veermae v. Finland* was already discussed. Let me, in addition, just mention another recent case. In the case of *Glass v. the United Kingdom*, the Court referred to the Council of Europe’s Convention for the Protection of Human Rights

19 Judgment of 4 February 2005, to be published in Reports 2005.

and Dignity with regard to the Application of Biology and Medicine (Convention on Human Rights and Biomedicine from 1997) when discussing the regulatory framework of hospitals in the respondent State from the point of view of Article 8.²⁰

As far as European developments are concerned, sources of inspiration are not only sought in the Council of Europe documents. There is an interaction between the Human Rights Court and the Court of Justice of the European Communities which often refers to our Court's case law when interpreting human rights as a part of the general principles of law which belong to the corpus of the community law. The influence goes in the other direction, too. Thus, in the case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, in which the Court finally changed its position as regards transsexuals, it also took note, among other developments of a precedent of the Luxembourg court in which certain aspects of the non-discrimination principle had been applied to transsexuals.²¹

It should be mentioned that in addition to providing inspiration in the development of the interpretation of the Convention, *i.e.* the legal standards, the practices of other organs (especially Council of Europe organs) are also important in that they may help the Court to obtain factual information needed to decide concrete cases. The CPT Committee's findings concerning a particular prison or prison conditions in a given country are very frequently quoted in the Court's judgments in which a particular prison may have to be assessed from the point of view of the Convention (especially Article 3).

An interesting recent case can be mentioned in which the practice of other bodies was relied upon to assist in the establishment of the general background against which the facts of the case were evaluated in light of the Convention obligations.

In the judgment of *Nachova and Others v. Bulgaria*,²² a Chamber of the Court held that the deaths of two Roma males attributable to the authorities constituted violations of Article 2 (right to life). This conclusion, as such, was similar to earlier findings in comparable cases. What, however, distinguished this case from the earlier judgments was the additional finding that the case also disclosed discrimination against Roma and thereby also a violation of Article 14 read in conjunction with Article 2. When coming to this conclusion the Court paid, *inter alia*, attention to the fact that several "inci-

20 Judgment of 9 March 2004, in Reports 2004-II, paras. 58 and 175.

21 See paras. 43-45, 92. See also para. 100 (reference to the Charter of Fundamental Rights of the European Union).

22 Judgment of 26 February 2004, not final.

dents of alleged police brutality against Roma have been reported by the European Commission against racism and Intolerance, the European Committee for the Prevention of Torture, United Nations Bodies and non-Governmental organisations” (para. 174). The case was reheard by the Grand Chamber which also found a violation (judgment of 6 July 2005).

5 CONCLUDING REMARKS

Interpretation of the European Convention of Human Rights is a continuing process where the text is taken as the point of departure in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, but where the end result may occasionally be quite far from the words to be found in the text. This process, however, does not take place in a haphazard manner, the Court being guided rather by certain firmly rooted principles and interpretative traditions.

Individual judgments can be analysed as interpretative continuums whereby a new precedent can be linked to the old case-law. The development of the case-law has traditionally taken place by what might be called technique of incremental change, one case adding a little more to a previous one, the important jurisprudential change only becoming apparent or final perhaps after a chain of cases decided over a number of years. Following such a development is not made easier by the fact that, in the Court’s interpretative tradition, there is no clear distinction between *ratio decidendi* and *obiter dicta*. The particular facts also play a role, making generalisation difficult. Yet, knowledge and understanding of some of the salient features in the Court’s interpretative practice and “ideology” makes the development of the Court’s case-law understandable and foreseeable. If one takes as an example, the interpretative continuum concerning transsexuals, *i.e.* a number of cases starting from *Rees* in 1986 and ending with *Christine Goodwin* in 2002, one may discern a growing number of considerations which speak in favour of change in the case-law, a change which arguably was reasonably foreseeable for anyone conversant with the Court’s case-law on the eve of the *Goodwin* judgment.²³

This is not to say that the Court’s interpretative practice does not leave room for improvement. Although the “incrementalist” technique is likely to remain a salient feature of the case-law, it is possible for the Court on an appropriate occasion to depart from such an approach and render “leading”

23 See Viljanen, *supra* (note 1), pp. 132-142.

judgments of principle in which the *ratio decidendi* and the intention of defining generally applicable standards is clearly set out. There are examples of this approach especially in the practice of the “new” Court which started in 1998. I refer to the cases of *Pellegrin v. France*²⁴ concerning the applicability of Article 6 to disputes concerning civil service and *Kudła v. Poland* on some aspects of the scope of Article 13.

Possibilities of being more specific concerning the precedent value of a given judgment could also be enhanced by a more systematic and fine-tuned publication policy. Today only a small fraction of the Court’s judgments and decisions are published in its printed series of publications (Reports of Judgments and Decisions). Although, there is no formal hierarchy between published and non-published decisions, it is safer to draw conclusions concerning the precedent value of a given judgment which might seem to contain a new element as compared to earlier similar cases if the judgment is included in the above-mentioned series. I think there are possibilities to develop the Court’s publication policy in the direction of creating even more clarity as to which judgments and decisions are intended to denote a change in the case-law.

24 Judgment of 8 December 1999, Reports 1999-VIII.

INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE:
AN INSTITUTIONAL FUTURE?

*Dan Sarooshi**

It is a great pleasure to be able to contribute to this work in honour of Judge Lucius Caflisch. One of Judge Caflisch's many areas of interest has been the Law of Armed Conflict both in writings¹ and in practice as the Swiss Representative at the historic Rome Conference in July 1998 which adopted the Statute of the permanent International Criminal Court ("ICC" or "Court").² It is thus fitting that this contribution focuses on the ICC.

The ICC Statute ("Statute") provides the ICC with a treaty basis independent as such of the United Nations ("UN"). The important consequence of this mode of establishment for the ICC – as compared with the earlier UN International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, established by Chapter VII decisions of the Security Council – is that decisions of the ICC do not prevail over a State's other treaty obligations.³

* Professor of Public International Law, University of Oxford. The author is grateful to Joanna McKenna for excellent research assistance. The author has in part made use of previous publications of his relating to the International Criminal Court.

1 See, for example, L. Caflisch, "The implementation of International Humanitarian Law: Experiences and Perspectives" in: M. Bothe (ed.), *Towards a Better Implementation of International Humanitarian Law* (Berlin, Berlin-Verlag A. Spitz, 2001), p. 121; L. Caflisch, "Toward the Establishment of a Permanent International Criminal Jurisdiction", 4 *International Peacekeeping*, No. 5, 1998, 110; and L. Caflisch, "Réflexions sur la création d'une cour criminelle internationale" in: J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law on the Threshold of the Twenty-First Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (La Haye, Kluwer, 1997), p. 859.

2 The Statute was adopted by the UN Sponsored Diplomatic Conference in Rome on 17 July 1998 by 120 States voting in favor, seven States voting against and 21 States abstaining in the vote.

3 Cf. the position of the UN International Criminal Tribunals which, being established pursuant to Chapter VII decisions of the Security Council, have accordingly the competence, acting in accordance with their Statutes, to issue decisions that impose binding obligations on States

As such, the relationship between the ICC and the Security Council is particularly important in order for international criminal justice⁴ to have an (international) institutional future since the ICC will likely need to rely on the Council to ensure that it can operate effectively in practice: to get important cases as a result of Security Council referrals and to ensure that its decisions are complied with by States. And yet the relationship is particularly complex, since the Court's decisions may involve issues of a high political sensitivity for the Security Council and its members. In the discussion which follows it is proposed to focus on the two main areas of this relationship: the referral by the Security Council of cases to the ICC and the problem of the enforcement of ICC decisions. Several of the issues contained in these areas will then be applied to consider briefly the important first referral of a situation by the Security Council to the ICC in relation to Darfur.⁵

1 SECURITY COUNCIL REFERRALS OF CASES TO THE ICC

Article 13(b) of the Statute gives the Security Council an express power to refer cases to the Prosecutor in a "situation in which one or more of such crimes appears to have been committed". This is one of the ways in which the Prosecutor may be seized of a case under the Statute.⁶ There are three matters that deserve consideration in this context.

which prevail over States' other treaty obligations: D. Sarooshi, "The Powers of the United Nations International Criminal Tribunals", 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, 141 at pp. 149-150.

- 4 For the genesis of the move towards international criminal justice, see T. Buergenthal, *International Law and the Holocaust* (Washington DC, Centre for Advanced Holocaust Studies, United States Holocaust Memorial Museum, 2003), pp. 13-21.
- 5 In addition to this referral by the UN Security Council to the ICC, there have been referrals by three States Parties of situations to the Office of the Prosecutor. These States Parties are the Central African Republic, the Democratic Republic of Congo, the Republic of Uganda (see <http://www.icc-cpi.int/cases.html>).
- 6 The other two ways, contained in Article 13 are, where a reference to the Prosecutor has been made by a State Party in accordance with Article 14 (for cases, see *ibid.*) or where the Prosecutor has initiated an investigation at his or her own discretion in accordance with Article 15 of the Statute. The ways in which the Prosecutor can be seized of a case are, however, a separate question from that of the preconditions which must be met before the Court can exercise its jurisdiction in a case. These are contained in Article 12 of the Statute. However, in the case of a Security Council referral there is no requirement under Article 12 that the State or States whose territories are involved in the "incident" must have accepted the jurisdiction of the Court by becoming States Parties or accepting the Court's jurisdiction on an *ad hoc* basis in the particular case (Art. 12(3) of the Statute). As such, a Security Council referral can have the effect of extending the jurisdiction of the Court to include non-States Parties.

The first is to understand the difference between a Security Council referral to the Prosecutor and an investigation by the Prosecutor at his or her own initiative. The terms of Article 13 make it clear that a referral by the Security Council may be in respect of “a situation in which one or more crimes within the jurisdiction of the Court appear to have been committed”; while a case that can be brought by the Prosecutor is much more narrowly defined in terms of a specific crime and cannot thus be as a result of a general investigation of a “situation”. On the one hand this position reflects the general concern expressed by States that the Statute should not give overbroad powers to the Prosecutor,⁷ and yet on the other it does not allow the Council to refer an individual case of alleged criminal activity to the Prosecutor. The latter represents an important limitation on the Council’s competence in this area.

The Security Council can, however, enhance considerably the jurisdictional reach of the ICC by using its power of referral in relation to situations involving non-States Parties. Such referrals would in effect allow the ICC to exercise its jurisdiction in relation to non-States Parties,⁸ a jurisdiction that would not exist but for the Security Council’s referral. It is precisely this feature of Security Council referrals that was to prove important in the case of the Council’s referral of the situation in Darfur to the ICC, examined below in Section III.

The second issue that arises in the case of a Security Council referral is the way in which the referral will be treated by the Prosecutor. The Statute does not provide for any special treatment to be accorded a Security Council referral as opposed to the other two ways in which the Prosecutor can be seized of a case.⁹ As James Crawford stated in respect of the same feature of the earlier International Law Commission (hereafter “ILC”) Draft Statute:

Once a crime has been referred by the Security Council, the normal requirements of the statute will apply, including independent prosecution, and the principle of legality (*nullum crimen sine lege*). . . . In other words, although the Security Council may initiate proceedings, the source of law to be applied will be the same as if the complaint were lodged by a State.¹⁰

7 This concern is reflected further in Article 15 which contains the powers of the Prosecutor. Although Article 15(1) gives the Prosecutor the competence to initiate investigations “*proprio motu*” in respect of crimes within the jurisdiction of the Court, it is clear, however, that this is not without constraint: the Prosecutor must make, under Article 15(3) and (4), representations before a Pre-Trial Chamber of the Court and obtain an authorization for an investigation to proceed.

8 See *supra* (note 6).

9 On the other two ways in which the Prosecutor can be seized of a case, see *supra* (note 6).

10 J. Crawford, “The ILC’s Draft Statute for an International Criminal Tribunal”, 88 *AJIL*, 1994,

To put this differently, a Security Council referral to the Prosecutor does not necessarily mean the Prosecutor will actually prosecute a case. The reason for this is the independence and impartiality that the ICC organs enjoy *vis-à-vis* States and other international legal persons, including thereby the UN and its Security Council. A grouping of States (known as the Non-Aligned Countries) had declared prior to the Rome Conference that they placed considerable importance on the ICC being independent as a judicial institution from political influence of any kind, including that of UN organs and in particular the Security Council.¹¹ More specifically, Article 42 of the Statute requires that the “Office of the Prosecutor shall act independently as a separate organ of the Court. It shall be responsible for receiving referrals and any substantiated information on crimes within the jurisdiction of the Court, for examining them and for conducting investigations and prosecutions before the Court. A member of the Office shall not seek or act on instructions from any external source.” This provision is given further meaning when regard is had to the considerable discretion that the Prosecutor enjoys in the exercise of his or her functions.¹²

The Prosecutor possesses a discretionary competence to decide whether to proceed with either an investigation pursuant to Article 53(1)¹³ or a prosecution in a particular case pursuant to Article 53(2) of the Statute. This competence is largely unaffected even where the Prosecutor has become involved as a result of a Security Council referral. This remains the case even taking into account the Statute’s two procedural safeguards that are designed to ensure that the Prosecutor has given sufficiently serious consid-

140 at 147. Note that under the ICC Statute, as opposed to the ILC Draft Statute, there is the third way of the Prosecutor, subject to certain constraints, being able to bring a case: see *supra* (note 6).

11 This was reiterated by, for example, Italy and Indonesia at the Rome Conference: see G. Hafner, K. Boon, A. Rubesame, J. Huston, “A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood”, 10 *EJIL*, 1999, 108 at 114-115.

12 Moreover, as Sir Franklin Berman, Head of the UK delegation to the Rome Conference, has stated: “the reference by the Council is made to the *Prosecutor*, not to the judicial arm direct, thus preserving intact the independence of the Prosecutor’s functions. As the International Law Commission had originally foreseen, it remains the exclusive responsibility of the Prosecutor ‘to determine which individuals should be charged with crimes’ (now subject of course to the approval of the Pre-Trial Chamber where that is provided for in the Statute).” See, F. Berman, “The Relationship between the International Criminal Court and the Security Council”, in: H.A.M. von Hebel, J.G. Lammers, J. Schukking (eds.), *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos* (The Hague, T.M.C. Asser Press 1999), p. 174.

13 In the case where the Prosecutor decides not to initiate an investigation having taken into account the gravity of the crimes and the interests of the victims as provided for in Article 53(1)(c), then he or she must inform the Pre-Trial Chamber.

eration to commencing an investigation or prosecution in the case of a Security Council referral. The first procedural safeguard provides that where the Prosecutor decides not to prosecute a case taking into account the interests of justice (which includes such factors as the gravity of the crime, the interests of the victims and the age or infirmity of the alleged perpetrator, and his or her role in the alleged crime) pursuant to Article 53(2)(c), then the Prosecutor is required to inform the Pre-Trial Chamber and the Security Council of his or her conclusions and the reasons for these conclusions. The second safeguard is that the Pre-Trial Chamber can review, pursuant to Article 53(3), a Prosecutor's decision not to proceed either with an investigation or prosecution in the case of a Council referral. The less problematic provision here is Article 53(3)(a) which only gives a Pre-Trial Chamber the competence, after its review, to request the Prosecutor to reconsider its decision not to proceed with an investigation or prosecution where this decision is based on grounds other than the "interests of justice". Despite the pressure such a request for reconsideration may exert on a Prosecutor to bring a prosecution, this provision leaves wholly untouched the broad discretion in law that the Prosecutor enjoys in this regard. What is more problematic, however, is Article 53(3)(b) of the Statute which gives a Pre-Trial Chamber the competence to initiate a review of the Prosecutor's decision not to proceed with an investigation or prosecution where this decision is at the outer limit of the Prosecutor's discretion under the Statute.¹⁴ This somewhat curious provision goes on to state that in such a case the Prosecutor's decision not to proceed "shall be effective only if confirmed by the Pre-Trial Chamber". Surely this provision, no doubt the outcome of a compromise at Rome, cannot in practice mean that the Prosecutor will have to prosecute a case in such circumstances. Not only would the legitimacy of such a trial be open to question, affecting thereby the ICC's credibility, but there is a good chance the prosecution may not be particularly effective in the case, especially since the Prosecutor had earlier decided that it was not in the interests of justice to proceed with a prosecution. What may happen in practice in such cases is that the Prosecutor may re-open an investigation, and then decide subsequently not to bring a prosecution based on grounds other than in the "interests of justice" which means, as explained above, that the

14 This is where the Prosecutor, in accordance with Article 53(1)(c), having taken into account "the gravity of the crime and the interests of victims, [decides that] there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice"; or where the Prosecutor has decided not to prosecute a case pursuant to Article 53(2)(c) because he or she has decided that it is "not in the interests of justice, taking into account all the circumstances, including the gravity of the crime, the interests of victims and the age or infirmity of the alleged perpetrator, and his or her role in the crime".

Pre-Trial Chamber only has the competence to ask the Prosecutor to reconsider its decision.

The third issue in relation to this power of referral is that Article 13(b) of the Statute requires that the Council resolution making the referral has to be adopted under Chapter VII of the Charter. In order to adopt a Chapter VII resolution, the Security Council must make an Article 39 determination that a particular situation constitutes a threat to, or breach of, the peace or act of aggression.¹⁵ What this means is that the Security Council must make an Article 39 determination that the commission of these crimes – either in themselves or as part of a broader situation – constitutes a threat to, or breach of, the peace or act of aggression, and as such that a referral to the Prosecutor is necessary. This links the peace and security mandate of the Security Council to the justice mandate of the ICC. As such, this may potentially constitute an impediment to the independent functioning of the ICC. In fact it is unclear why Article 13(b) obligates the Security Council to have to adopt a Chapter VII resolution, as opposed to a non-Chapter VII resolution, in order to make a referral to the Prosecutor. If it was to ensure that the referral decision would be subject to the power of veto of the permanent members, then it was not required as a matter of United Nations law. The power of veto over Security Council decisions pertains to all “non-procedural” matters, in accordance with Article 27(3) of the Charter.¹⁶ It is inconceivable that a non-Chapter VII decision by the Council to refer a situation to the Prosecutor for consideration for prosecution could be characterised as a matter of Security Council procedure, and thus not be subject to a veto.

The reason why this Chapter VII requirement is being questioned by this writer is that it raises the spectre of whether the Security Council will be willing simply to accept a decision by the Prosecutor or even possibly the Court not to proceed with a trial of at least one person from the situation that has been referred. The ICC Statute has raised the stakes by requiring a Chapter VII decision and thus, arguably, raised the expectation of members of the Security Council that effective action in the form of a prosecution or at the very least an investigation will follow. There is the added risk that the Council may consider that it needs to take effective action to ensure that

15 See Judge Weeramantry in the *Lockerbie* case, *ICJ Reports 1992*, p. 66 at p. 176; J.P. Cot and A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, 2nd ed. (Paris, Economica, 1991) at p. 645; and B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press 1994), at p. 608.

16 See on the veto power, for example, Cot and Pellet, *ibid.*, at p. 495; and Simma, *ibid.*, at p. 430.

its Chapter VII determination is not without effect. In such a case the Council may decide to establish an *ad hoc* war crimes tribunal as a UN subsidiary organ – the progeny of the ICTY and ICTR – to prosecute persons or even possibly the leadership who are alleged to have committed war crimes in the situation concerned. The Security Council retains, of course, its competence to establish such *ad hoc* criminal tribunals, since its competence flows from Chapter VII of the UN Charter and this is in no way affected by the ICC Statute. However, such a practice of establishing *ad hoc* tribunals can only serve to undermine the ICC. The Prosecutor being keen to avoid such a practice may be tempted to apply differing standards when reviewing a matter for potential prosecution depending on whether it was a referral from the Security Council. This would be highly regrettable if it did occur, since the ICC, including of course the Prosecutor as one of its organs, is based on the twin pillars of impartiality and independence from all States as well as the Security Council.

It may be for this reason that some States at the Rome Conference opposed any involvement of the Council in the operations of the ICC.¹⁷ In the case of the power of referral, India, for example, stated at the Conference:

The power to refer is now unnecessary. The Security Council set up *ad hoc* tribunals because no judicial mechanism then existed to try the extraordinary crimes committed in the former Yugoslavia and in Rwanda. Now, however, the ICC would exist and States Parties would have the right to refer cases to it. The Security Council does not need to refer cases, unless the right given to it is predicated on two assumptions. First, that the Council's referral would be more binding on the Court than other referrals; this would clearly be an attempt to influence justice. Second, it would imply that some members of the Council do not plan to accede to the ICC, will not accept the obligations imposed by the Statute, but want the privilege to refer cases to it. This too is unacceptable.¹⁸

17 As Arsanjani observed: "some States opposed granting such a right to the Security Council. In their view, such a role would reduce the credibility and moral authority of the Court, undermine its independence and impartiality and open a possibility for exerting political influence on the Court." See, M. Arsanjani, "Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanism of the International Criminal Court", in: von Hebel, Lammers, Schukking, *supra* (note 12), p. 57 at p. 65. See also E. Wilmschurst, "Jurisdiction of the Court", in: R. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (The Hague, Kluwer Law, 1999), p. 127 at p. 137; and M. Bergsmo, "Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council" 69 *Nordic Journal of International Law*, 2000, 87 at 93.

18 As quoted in Bergsmo, *ibid.*

Although there may be a limited degree of cogency in the points made by the Indian government, this writer holds a differing view of the broader question. It was one of the achievements of the Rome Conference that the Security Council's involvement in the exercise by the Court of its jurisdiction is limited to a mere power of referral to the Prosecutor,¹⁹ but to have dispensed with any Security Council involvement in the Court's jurisdiction would have gone too far.²⁰ The ICC needs the enforcement powers of the Security Council, and if there had been no jurisdictional link the Council may have been tempted to ignore the ICC. The importance of this not occurring is illustrated in our next section and also in our final section dealing with the case of the Council's referral in the case of Darfur.

2 THE PROBLEM OF ENFORCEMENT OF ICC DECISIONS

There is a serious potential problem with the enforcement of ICC decisions which the Security Council could remedy. Let us consider, for example, the issue of States cooperating with, and providing judicial assistance to, the ICC.

There is a general obligation on ICC States Parties under Article 86 to cooperate fully with the Court, which includes of course the Prosecutor, in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court. In the event of non-compliance by a State Party with its obligations under Part 9 of the Statute and where this has the effect of preventing the Court from exercising its powers and functions under the Statute, then the Court may, pursuant to Article 87(7) of the Statute, make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, in the exceptional case where the Security Council had referred the matter to the Court, to the Security Council.²¹ The Assembly of States Parties is, however, unlikely to be able to deal effectively with such enforcement issues due to its size and low frequency of meetings.²² This position can be contrasted

19 Cf., e.g., the earlier position taken by the ILC in its Draft Statute that "No prosecution may be commenced under this Statute arising from a situation which is being dealt with by the Security Council as a threat to or breach of the peace or an act of aggression under Chapter VII of the Charter, unless the Security Council otherwise decides." (Art. 23(3), Draft Statute for an International Criminal Court, *ILC Report*, UN Doc. A/49/10 (1994), II, B, I, p. 85).

20 P. Kirsch, "Introduction", in: von Hebel, Lammers, Schukking, *supra* (note 12), p. 1 at p. 5.

21 On Part 9 more generally, see B. Swart and G. Sluiter, "The International Criminal Court and International Criminal Co-operation" in von Hebel, Lammers, Schukking, *supra* (note 12), p. 91 *et seq.*

22 A. Zimmerman, "The Creation of a Permanent International Criminal Court", 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, p. 169 at p. 223.

with the case of the ICTY/ICTR where there is provision for recourse to the Security Council in all cases of non-compliance by a State with a warrant of arrest or transfer order.²³ This recourse to the enforcement authority of the Security Council in all cases of non-compliance is lacking in the case of the ICC, and yet it is a function ideally suited to the Council.

A solution to this potential enforcement problem of the ICC is for the Security Council to use its Chapter VII powers creatively and to develop a consistent practice of making Article 39 determinations that the failure by a State to cooperate with the ICC constitutes a threat to peace and security and thus constitutes a basis for the imposition of Chapter VII sanctions against the recalcitrant State. There are two points to make in support of this controversial approach.

The first is that the Security Council does not require a request from the ICC pursuant to Article 87(7) of the Statute in order to exercise its Chapter VII powers. The competence of the Security Council to make an Article 39 determination that a threat to, or breach of, the peace or act of aggression has occurred does not in any way depend on another organization being authorised under its constituent treaty to make a request for such a determination by the Council. Neither does the Charter limit the reasons on which the Council can base an Article 39 determination. In fact the Security Council has over time decided that a threat to peace and security exists in a number of cases with differing causes that have included human rights violations,²⁴ large-scale human suffering occurring within a State,²⁵ and the restoration of democracy in a State,²⁶ as well as the more traditional situations of an international or internal armed conflict. The Council enjoys a broad political discretion to make an Article 39 determination, and as such the only barrier to the Council making such a determination is the lack of political will on the part of its members. There is, accordingly, no legal barrier to the Council developing a consistent practice of linking a threat to the peace to non-compliance by States with ICC orders.

The second point in favour of this approach is that the Council has in fact already made a similar type of determination in its response in the *Lockerbie* case where the Council made an Article 39 determination that required,

23 For example, in the case of the ICTY this is in accordance with Rule 59 and Rule 61(E) of the ICTY Rules of Procedure and Evidence. On procedural and evidential issues more generally, see, for example, M.N. Shaw, "The International Criminal Court – Some Procedural and Evidential Issues", 3 *Journal of Armed Conflict Law*, 1998, 65.

24 See D. Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security* (Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 210.

25 *Ibid.*, at p. 211.

26 *Ibid.*, at p. 233.

inter alia, the transfer by Libya of the two Libyan security personnel to a State with jurisdiction to try them for the bombing.²⁷ This represented in effect the Security Council enforcing the principle of *aut dedere aut judicare*,²⁸ and this arguably constitutes a (political) precedent for the Council being able to enforce ICC decisions relating to the arrest and extradition of indicted war criminals against a recalcitrant State or States.

In addition to this role of the Council enforcing ICC decisions in relation to States Parties, there is a crucial role the Council can also play in relation to non-States Parties. This will be particularly important in those cases where the Security Council has referred a situation to the Prosecutor that involves non-States Parties or where a non-State Party is harbouring an indicted war criminal or important documentary evidence relevant to a prosecution. The Statute does attempt to address this situation, but it is of course constrained by the *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* principle embodied in Article 34 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties which states that “A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.”²⁹ This is recognised by the Statute when it provides in Article 87(5) that the Court may:

invite any State not party to this Statute to provide assistance under this Part on the basis of an ad hoc arrangement, an agreement with such State or any other appropriate basis. [and that] Where a State not party to this Statute, which has entered into an ad hoc arrangement or an agreement with the Court, fails to cooperate with requests pursuant to any such arrangement or agreement, the Court may so inform the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, the Security Council.

In cases where non-States Parties do not comply with their obligations under these *ad hoc* agreements, then the Security Council can take the same course of action, as suggested above in the case of States Parties, in order to assist the Court. However, an additional issue that arises here is what happens when a non-State Party refuses to agree to conclude such an agreement with the ICC? This is where active Security Council involvement will, once again, prove vital for the effective functioning of the ICC. More specifically, the Security Council could decide that compliance by all UN member States

27 On the eventual trial in this case, see A. Aust, “Lockerbie: The Other Case”, 49 *ICLQ*, No. 2, 2000, 278.

28 See M. Plachta, “The *Lockerbie* case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle *Aut Dedere Aut Judicare*”, 12 *EJIL*, 2001, 125 at 136.

29 On this principle, see R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim’s International Law* (London, Addison Wesley Longman, 1996), pp. 1260-1263.

with a particular ICC decision is a measure necessary for the maintenance of peace and security pursuant to Article 41 of the UN Charter,³⁰ and, as such, bind all UN member States under Article 25 of the Charter³¹ to comply with specific ICC decisions.³²

To conclude, a very active role for the Security Council may prove necessary in order to ensure the effective enforcement of ICC decisions *vis-à-vis* both States Parties and non-States Parties – a role that goes considerably beyond that which is envisaged in the ICC Statute which limits Council involvement to those cases where it has referred a case to the Court.

3. DARFUR AND THE ICC

There was insufficient political will by the members of the UN Security Council to authorise humanitarian intervention either by one or more of their number or by UN member States more generally in order to stop the commission of the widespread murder, rape, torture, and destruction of villages that was alleged to be taking place in the Darfur region of Sudan³³ within the broader context of the conflict in the region.³⁴ This matter was arguably complicated by the existence of a recently concluded Comprehensive Peace Agreement between the previously warring North and South factions in Sudan, a Peace Agreement which marked the end of two decades of civil war and which the members of the Security Council were keen to maintain in existence.³⁵

30 Article 41 of the UN Charter gives the Security Council the competence to “decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures.”

31 Article 25 of the Charter provides: “The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.”

32 Such a case may also have the consequence that a non-State Party will, pursuant to Article 103, have to ignore in a particular case its treaty obligations that conflict with the specific ICC decision that has been effectively adopted by the Council.

33 Cf. the widespread earlier practice of the UN Security Council in delegating its Chapter VII powers to UN member States to take military enforcement action to achieve humanitarian objectives: D. Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security: the Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers* (Oxford, Oxford University Press, 1999), Chap. 5, Section III.

34 For an account of the conflict in Darfur, see Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, 25 January 2005, pp. 22-25 (paras. 61-72), available at http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf.

35 For a concise account of the internal conflict and events leading up to the conclusion of the Comprehensive Peace Agreement and its signing on 9 January 2005, see Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, *ibid.*, p. 19 (para. 50).

Nonetheless there was growing pressure on the UN Security Council to take action in relation to the large-scale humanitarian crisis in Darfur. The Council decided in Resolution 1564 (2004) to establish an International Commission of Inquiry on Darfur and requested the UN Secretary-General rapidly to set up the Commission.³⁶ Security Council Resolution 1564 (2004) stipulated a number of tasks for the Commission: “to investigate reports of violations of international humanitarian law and human rights law in Darfur by all parties”, “to determine also whether or not acts of genocide have occurred”, and “to identify the perpetrators of such violations”, “with a view to ensuring that those responsible are held accountable”. The Commission interpreted this latter term of reference to mean that it “requires the Commission not only to identify the perpetrators, but also to suggest possible mechanisms for holding those perpetrators accountable.”³⁷

The Commission in its Report found evidence of the widespread commission of crimes within Darfur,³⁸ a position adopted by the ICC Prosecutor in a subsequent report made to the UN Security Council pursuant to Council Resolution 1593 (2005).³⁹ The Report of the Prosecutor gives an indication of the scale of the human tragedy taking place in Darfur when it stated:

There is a significant amount of credible information disclosing the commission of grave crimes within the jurisdiction of the Court having taken place in Darfur. These crimes include the killing of thousands of civilians and the widespread destruction and looting of villages, leading to the displacement of approximately 1.9 million civilians. The conditions of life resulting from this violence have led to the deaths of tens of thousands from disease and starva-

36 The Secretary-General in October 2004, several weeks after the adoption of Council Resolution 1564 (2004), appointed five members to the Commission: Mr. A. Cassesse (Chair), from Italy; Mr. M. Fayek, from Egypt; Ms. H. Jilani, from Pakistan; Mr. D. Ntsebeza, from South Africa; and Ms. T. Striggner-Scott, from Ghana.

37 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, *supra* (note 34), p. 10 (para. 6).

38 *Ibid.*, p. 160 (para. 639).

39 Moreover, the Report of the Commission of Inquiry on Darfur identified 51 persons in Sudan who are suspected of bearing criminal responsibility for the crimes in Darfur: *ibid.*, Section III (Executive Summary). This list of persons was sealed in an envelope in order to withhold these names from the public domain and was subsequently given to the ICC Prosecutor. The Prosecutor has stated in relation to this list of persons: “The Prosecutor does not consider this list of names to be binding; rather they represent the conclusions of the Commission. The OTP [ICC Office of the Prosecutor] will conduct its own independent investigations, in accordance with the Rome Statute and the policies of the Office, in order to determine those persons bearing greatest responsibility for the crimes to be prosecuted by the Court.” (Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the Security Council, available at http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC_Darfur_UNSC_Report_29-06-05_EN.pdf, p. 2.)

tion, particularly affecting vulnerable groups such as children, the sick and the elderly. Information also suggests a pervasive pattern of rape and sexual violence taking place throughout Darfur, including allegations of gang rape, as well as attacks on children and young girls.⁴⁰

On the issue of accountability for the alleged crimes that had been committed in Darfur, the Commission of Inquiry was, to its credit, very clear in its recommendation that the situation in Darfur should be referred to the ICC by the Security Council because “the Sudanese judicial system has proved incapable, and the authorities unwilling, of ensuring accountability for the crimes committed in Darfur.”⁴¹ This course of action was finally adopted by the Security Council, though not without considerable angst on the part of some members,⁴² when in Resolution 1593 (2005), adopted under Chapter VII of the Charter, the Council decided “to refer the situation in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the International Criminal Court” and went on to decide “that the Government of Sudan and all other parties to the conflict in Darfur, *shall* cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution”.

This landmark resolution not only represents the first time that the Council has made a referral of a situation to the Prosecutor pursuant to Article 13 of the ICC Statute, but also, just as importantly, the Council has decided to use its Chapter VII powers to impose an obligation on a State – *in casu*, Sudan – to co-operate with the ICC. The latter is particularly important since, as explained above, it attracts the application of Article 103 of the Charter⁴³ and as such Sudan is bound to comply with obligations of co-operation imposed on it by the Court or the Prosecutor even where these obligations may conflict with pre-existing treaty obligations that Sudan may owe to another State or States.

The subsequent Report of the Prosecutor on Darfur to the Security Council contains an important interpretation in practice of the complementarity principle that is enshrined in the ICC Statute. We recall that an important feature of the Statute is the complementary – or more accurately

40 Report of the Prosecutor, *ibid.*, p. 2.

41 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, *supra* (note 34), p. 144 (para. 569).

42 Although Council Resolution 1593 (2005) was adopted without a dissenting vote, there were four abstentions. The views of members of the Council expressed at the time of adoption of Resolution 1593 are contained in the UN Press Release on Security Council Resolution 1593 (2005), UN Doc SC/8351.

43 See *supra* (note 32), and the corresponding text.

subsidiary – role assigned to the Court *vis-à-vis* national criminal investigations or prosecutions of an accused, known as the principle of complementarity. This principle is contained in Article 17 which provides a clear presumption in favour of prosecution in domestic courts when it stipulates that the Court shall determine a case as being inadmissible if, *inter alia*: a case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, *unless* the State is *unwilling* or *unable* genuinely to carry out the investigation or prosecution; or if the case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, *unless* the decision resulted from the *unwillingness* or *inability* of the State genuinely to prosecute.

The Report of the Prosecutor sets out a two-stage process which the ICC Office of the Prosecutor (“OTP”) will use to determine whether it will press ahead with a prosecution – i.e. consider that a case is admissible – while taking into account the principle of complementarity. The first stage decision by the Prosecutor depends on whether there is “the absence of criminal proceedings relating to the cases [within the general situation] on which the OTP is likely to focus.”⁴⁴ The second stage decision, in the words of the Report, is made “Once investigations have been carried out, and specific cases selected, the OTP will assess whether or not those cases are being, or have been, the subject of genuine national investigations or prosecutions. In making this assessment, the OTP will respect any independent and impartial proceedings that meet the standards required by the Rome Statute.”⁴⁵

Importantly, the Prosecutor found that the “establishment [by the Sudanese Government] of a new specialised tribunal to deal with some individuals considered to have been responsible for crimes committed in Darfur” was not sufficient *per se* to render these cases as being inadmissible under the ICC Statute. In the light of the disparaging views expressed in the Report of the International Commission of Inquiry on Darfur on the establishment of responsibility of “the Government of the Sudan and the Janjaweed” for “serious violations of international human right and humanitarian law amounting to crimes under international law”⁴⁶ and the subsequent inaction by the Sudanese Government to prosecute and try those involved in the commission of the atrocities in Darfur and more specifically that the Sudanese courts are “unable and unwilling to prosecute and try the alleged offenders”,⁴⁷ the reluctance by the Prosecutor to exclude cases on

44 Report of the Prosecutor, *supra* (note 39), p. 4.

45 *Ibid.*

46 Report of the Commission of Inquiry on Darfur, *supra* (note 34), p. 3 (Executive Summary).

47 The Report of the Commission of Inquiry states: “567. *The inaction of both the Sudanese*

the basis of complementarity would appear to be well-founded. All that has been promised by the Prosecutor is “[a]s part of the on-going admissibility assessment the OTP will follow the work of the tribunal in order to determine whether it is investigating, or has investigated or prosecuted, the cases of relevance to the ICC, and whether any such proceedings meet the standards of genuineness as defined by article 17 of the Rome Statute.”⁴⁸ Despite such a statement, it is difficult to see the Prosecutor subsequently deciding to exclude from prosecution any high-level targets from the Sudanese Government on the basis of complementarity for the reasons already given by the Prosecutor.

4 CONCLUDING REMARKS

There is an inextricable link between the effective operation of the ICC and an active role being played by the UN Security Council to support this fledgling institution. One need only point in this regard to the Security Council’s

authorities and the rebels. The failure of both the Government and the rebels to prosecute and try those allegedly responsible for the far too numerous crimes committed in Darfur is conspicuous and unacceptable. As pointed out above, the Government has taken some steps, which however constitute more a window-dressing operation than a real and effective response to large scale criminality linked to the armed conflict. The rebels have failed to take any investigative or punitive action whatsoever.

568. The normal and ideal response to atrocities is to bring the alleged perpetrators to justice in the courts of the State where the crimes were perpetrated, or of the State of nationality of the alleged perpetrators. There may indeed be instances where a domestic system operates in an effective manner and is able to deal appropriately with atrocities committed within its jurisdiction. However, the very nature of most international crimes implies, as a general rule, that they are committed by State officials or with their complicity; often their prosecution is therefore better left to other mechanisms. Considering the nature of the crimes committed in Darfur and the shortcomings of the Sudanese criminal justice system, which have led to effective impunity for the alleged perpetrators, the Commission is of the opinion that the Sudanese courts are unable and unwilling to prosecute and try the alleged offenders. Other mechanisms are needed to do justice.” (Report of the Commission of Inquiry on Darfur, *supra* (note 34), p. 144.) The Commission had earlier stated in its Executive Summary on this issue that “[t]he Sudanese justice system is unable and unwilling to address the situation in Darfur. This system has been significantly weakened during the last decade. Restrictive laws that grant broad powers to the executive have undermined the effectiveness of the judiciary, and many of the laws in force in Sudan today contravene basic human rights standards. Sudanese criminal laws do not adequately proscribe war crimes and crimes against humanity, such as those carried out in Darfur, and the Criminal Procedure Code contains provisions that prevent the effective prosecution of these acts. In addition, many victims informed the Commission that they had little confidence in the impartiality of the Sudanese justice system and its ability to bring to justice the perpetrators of the serious crimes committed in Darfur. In any event, many have feared reprisals in the event that they resort to the national justice system.” (*Ibid.*, p. 5 (Executive Summary))

48 Report of the Prosecutor, *supra* (note 39), p. 4.

crucial role in enforcing ICC decisions against ICC States Parties and non-States Parties alike and the capacity for the Security Council by means of referrals to the Prosecutor to extend the jurisdiction of the Court to non-States Parties. In fact both of these elements assume crucial importance in the case of the Council's referral to the Prosecutor in relation to Darfur.

The contribution of the ICC is not limited to prosecuting crimes of international concern,⁴⁹ but also includes, importantly, a contribution to the establishment of peace by dispensing impartial justice for acts committed in times of conflict, often an essential precondition for formerly warring ethnic factions or other groupings to begin a process of reconciliation.⁵⁰ However, this is where the case of Darfur is particularly interesting in terms of the level of support being given to the ICC by the Security Council, since the existence of the 2005 Comprehensive Peace Agreement in the Sudan may have been seen as a barrier to an ICC referral but the Security Council to its credit recognised the importance of at least some level of accountability being borne by those committing atrocities in Darfur and as such referred the matter to the Prosecutor for investigation and possible prosecution.⁵¹ With this kind of support being provided by the Security Council to the ICC, the future of institutional criminal justice may yet turn out to be one of trials of indicted war criminals being held by an independent and effective ICC, a scenario that can only serve the pursuit of justice around the world.

49 As Vera Gowlland-Debbas has stated: "The relationship between the Court and the Council cannot be seen in isolation, but must be analysed within the context of the broad, diffused and largely unsystematic efforts at the international level directed to the creation and expansion of a domain of general or public interest and the development of what can broadly be viewed as an *ordre public* of the international community. The establishment of a permanent international criminal court can be seen as a logical development of such a process, that is the creation of international institutional responses to violations of core norms forming the substance of such an *ordre public*. In the preamble to the Statute, it is emphasized that the ICC is only intended to exercise 'jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole'." See, V. Gowlland-Debbas, "The Relationship between Political and Judicial Organs of International Organisations: The Role of the Security Council in the New International Criminal Court", in: L. Boisson de Chazournes, C.P. Romano, R. Mackenzie (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York, Transnational Publishers, 2002), p. 195 at p. 196.

50 There are of course a number of difficulties that such a role bestows upon the ICC: see M. Arsanjani, W.M. Reisman, "The Law-in-Action of the International Criminal Court", 99 *AJIL*, 2005, 385 at 385-386. A specific type of difficulty that may arise in such cases is where a State grants an amnesty to a person from prosecution under its domestic law in return for that person's consent or otherwise essential co-operation that is necessary in order to end a long and protracted internal armed conflict that is taking place within the State: on this issue, see D. Sarooshi, "Prosecutorial Policy and the ICC: Prosecutor's *Proprio Motu* Action or Self-Denial?", 2 *JICJ*, No. 4, 2004, 940 at 943.

51 Cf., of course, the other option of authorised military enforcement action that was available to the Council: see *supra* (note 33).

J.C. BLUNTSCHLI'S CONTRIBUTION TO THE LAW OF WAR

*Dietrich Schindler**

1 INTRODUCTION

The contribution of Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) to the law of war (or international humanitarian law)¹ in the early years of codification has largely fallen into oblivion.² There is no doubt that Bluntschli was not a pioneer of this branch of international law, but he did play a considerable role in developing it in “the interest of humanity and the ever increasing requirements of civilization”.³ G.I.A.D. Draper, the British author of many lucid studies on the law of war, identified three personalities as outstanding figures in the development and codification of international humanitarian law.⁴ The first one that he mentioned was Henry Dunant (1818-1910), to whom we owe the most original and most promising attempt to humanize warfare. The second was Francis Lieber (1798-1872), a professor at

* Professor Emeritus, University of Zurich; emeritus member of the Institut de Droit international

1 The expression “law of war”, used during Bluntschli’s lifetime, is used in the present contribution. The term “international humanitarian law”, generally used today, came about after the Second World War only.

2 The remarks on Bluntschli in this contribution are based on the following publications: J.C. Bluntschli, *Denkwürdiges aus meinem Leben*, 3 vol. (Nördlingen, C.H. Beck, 1884); M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002), pp. 39-54; F. Lehner, *J.C. Bluntschlis Beitrag zur Lösung der Alabamafrage* (Zurich, Europa Verlag, 1957); A. Rivier, “Notice sur M. Bluntschli”, *13 RDILC*, 1881, 612; B. Röben, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das Völkerrecht 1861-1881* (Baden-Baden, Nomos, 2003); D. Schindler, “Jean-Gaspard Bluntschli”, in: *Livre du Centenaire 1873-1973* (Institut de Droit international, Bâle, S. Karger, 1973), p. 45.

3 Words used in the preamble of the Hague Conventions of 1899 and 1907 on the laws and customs of war on land, para. 2.

4 G.I.A.D. Draper, *Reflections on Law and Armed Conflicts, The Selected Works on the Laws of War by the late Professor Colonel G.I.A.D. Draper, OBE* (The Hague/Boston/London, Kluwer, 1998), pp. 70-72.

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l’homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Cafilisch, pp. 437-454.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

Columbia University in New York, who is credited with being the first to attempt a codification of the existing rules of the law of war. The code he drafted, later called *Lieber code*, was promulgated in 1863, during the American Civil War (1861-1865), by President Lincoln as the General Orders No. 100, entitled "Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field".⁵ It was a response to the widespread ignorance of the laws and customs of war demonstrated by the volunteer officers who had joined the forces of the United States in great numbers. After the end of the war, the code gave the most important impetus to further efforts of codification. The third outstanding figure in the codification movement, according to Draper, was Fedor Fedorovich (Frédéric) de Martens, the representative of Russia at the Hague Conferences of 1899 and 1907 which were convened by Tsar Nicholas II. Martens became the catalysing figure of the two Hague Conferences, securing their success. Martens was also the one responsible for the famous Martens clause inserted into the preamble of the Conventions on the laws and customs of war, in which the essential ideas of the various codification efforts were crystallized.⁶

For Bluntschli, the Lieber code was a kind of revelation. He not only became aware that Lieber's opinions on humanizing the law of war corresponded to his own views, but he was also struck by the presentation of the rules of warfare in the form of a code. He was reminded of a work of codification he had himself finished fifteen years earlier, when he drafted a civil code for his native Canton of Zurich. He was eager to start a new work of codification and thus decided to elaborate a code on the entire field of international law. He got in touch with Lieber in 1865 and a rich correspondence developed between the two on the most diverse questions which ended only upon Lieber's death in 1872. Both men became close friends, although they had never met personally.

Before examining Bluntschli's activities following the publication of the Lieber code and his contact with Lieber, it may be helpful to have a look at Bluntschli's earlier stages of life. At the time he started his association with Lieber, he was already 57 years of age. Born in Zurich in 1808, Bluntschli studied law in Zurich, Bonn and Berlin. He received his doctorate in Bonn with a thesis on a subject of Roman law. Back in Zurich in 1830, he

5 Published in L. Friedman, *The Law of War, A Documentary History* (New York, Random House, 1972), pp. 158-186; D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, 4th ed., No. 1 (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004), p. 3; ICRC website www.icrc.org/ihl.nsf.

6 See R. Schircks, *Die Martens'sche Klausel, Rezeption und Rechtsqualität* (Baden-Baden, Nomos, 2002).

became turbulently involved both in politics and in the academic field. Switzerland was passing through a period of turmoil at that time. The radicals (or liberals) aimed at liberal reforms and wished to transform the loose confederation of the Swiss cantons into a federal State. The conservatives on the other hand, wanted to maintain the established institutions. Bluntschli rejected radical reforms and pursued a conciliatory policy. When he was twenty-three years of age, he founded a liberal-conservative party which soon took the lead in the fight against the radicals. Bluntschli became a member of the Great Council and later of the government of the Canton of Zurich, which was then still a sovereign member of the Swiss Confederation. In 1845, he failed in his attempt to be elected as the head of the government (Bürgermeister) and realized thereafter that he would no longer have a chance to play a political role in Switzerland. A civil war broke out in 1847, and the victorious radicals created the federal State that he had opposed. Bluntschli then left his native country and went to Munich. In Zurich, apart from politics, Bluntschli had also pursued an academic career. He was appointed as the professor of Roman law at the University of Zurich in 1833. Besides teaching, he made extensive research into the history of the private law of the Canton of Zurich, the result of which was published in two volumes in 1838-1839. It induced the government to commission him to draft the civil code in 1844. This work was highly praised for its originality and for the successful combination of incorporating the traditional elements of the law along with the requirements of a new era.

In Munich in 1848, Bluntschli was appointed professor of private and public law. The most remarkable achievements of this period during his life were books on the theory and practice of the modern State. The first one, entitled *Allgemeines Staatsrecht*, was published in six successive editions between 1851 and 1868. The last edition, embracing three volumes, entitled *Lehre vom modernen Staat* was also translated and published in English (*The Theory of the Modern State*). Another work that was the focus of much attention was an encyclopaedia of the modern State edited in eleven volumes by Bluntschli and Brater.⁷

As Bluntschli could not take up any political activity in Munich, he was happy to be called to the University of Heidelberg in 1861, where he was also given a seat in the parliament of the Grand-Duchy of Baden. In Heidelberg, Bluntschli's teaching and writing took a new turn. While Roman law and private law had been his fields in Zurich; constitutional law

7 *Deutsches Staatswörterbuch* (Stuttgart, Leipzig, 1857-1870).

and theory of the modern State in Munich; international law became his main focus in Heidelberg. His first book on international law, as mentioned above, was the one on international law in the form of a code. It appeared in 1868, entitled *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*.⁸ (Modern International Law of Civilized States as a Legal code). The section on the law of war was published in advance in 1866, in view of the impending war between Prussia and Austria. It had the title *Das moderne Kriegsrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*.⁹ It appeared shortly before the Prussian-Austrian war broke out in June 1866. The complete book covering international law in its entirety, published two years later, was a “tremendous success”.¹⁰ It founded Bluntschli’s fame as an authority on international law. For a few decades, it remained the most consulted and most cited book of international law. It was translated into French, Spanish, Hungarian, Chinese and Russian but, remarkably, not into English.¹¹ It was nevertheless used also in English speaking countries, and even cited in judgments of American courts, but it was probably not read as attentively as if it had been translated into English.

2 LIEBER’S CODE AND BLUNTSCHLI’S CODE

A. *Lieber’s life*¹²

Lieber and Bluntschli shared the same views with regard to the law of war, although they had clearly different backgrounds. Lieber was born in Berlin in 1798. He became a disciple of the “Turnvater” Jahn, who trained the German youth to resist the French in the Napoleonic wars and to fight for German unity. When he was sixteen, he joined the German troops against the French and was severely wounded near Waterloo. Back in Germany, he studied at the Universities of Jena and Halle, where he showed a preference and aptitude for mathematics and problems of technology. In 1821, he left

8 J.C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (Nördlingen, C.H. Beck, 1868).

9 J.C. Bluntschli, *Das moderne Kriegsrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (Nördlingen, C.H. Beck, 1866).

10 A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (New York, Macmillan, 1954), p. 236.

11 References to the translations are given by Betsy Röben, *supra* (note 2), pp. 58-59.

12 The following indications on Lieber’s life are mainly based on R.R. Baxter, “The first modern codification of the law of war. Francis Lieber and General Order No. 100”, 3 *IRRC*, No. 25, 1963, 171, and No. 26, 234 (French translation in 45 *RICR*, No. 532, 155, and No. 533, 217); B. Röben, *supra* (note 2), p. 15.

for Greece to assist the Greeks in their war of liberation against Turkey. He was deeply shocked by the cruelties committed there. This gave him the initial incentive for his later writings on the ethics and rules of warfare. After his return to Germany, Lieber was arrested several times on account of his liberal and nationalist activities. In 1826, he voluntarily expatriated himself, went first to London, where he married, then to Boston, where he became the director of the Boston gymnasium – a post for which he was well prepared for given his background as a teacher of gymnastics – and, in addition, an editor of the *Encyclopaedia Americana*, an adaptation of the German Brockhaus encyclopaedia to American needs. In both positions Lieber developed friendships with prominent Bostonians. President Adams swam with him in the swimming pool of the gymnasium, and Joseph Story, a member of the Supreme Court and professor of Harvard University, assumed the charge of writing most of the articles of the *Encyclopaedia* on legal questions. Lieber also established a close relationship with Charles Sumner, who later became an influential member of the U.S. Senate. He could, however, not find a satisfactory permanent occupation in Boston or New York. So finally in 1835, he accepted a professorship of history and political economy at South Carolina College where he stayed until 1856, even though he disliked the place for being too distant from intellectual centers and because slavery was still prevalent there. Nevertheless, his main books were written there, among them “Political Ethics” (1838-1839) in which he developed his views on the justness of war and the manner in which wars ought to be conducted. It became a leading text in political science.

In 1857, Lieber was appointed professor of history and political science at Columbia College in New York, where he had been proposed by Hamilton Fish, subsequently the Secretary of State. When the Civil War broke out in 1861, Lieber proposed to Senator Sumner that he would write a little book on the laws and usages of war, “but nothing of the sort having ever been written”. He thought that Congress might be inclined to recommend this little book to the army. As it turned out that Congress did not have the adequate authority, Lieber, in 1862, suggested to General Halleck, the commander in chief of the Union forces, that President Lincoln ought to issue a set of rules on the laws and usages of war. The War Department, in 1862, set up a board presided over by General Hitchcock, in which Lieber became the leading member for the provisions on the law of war. President Lincoln approved the draft on 24 April 1863, whereupon it entered into force.

Lieber hoped that the government would send him to Geneva as the U.S. representative to the Conference of 1864 for the adoption of the first Geneva Convention on the Amelioration of the Conditions of the Wounded

in Armies on the Field, but the government decided not to take part in the conference. In 1882, however, the United States ratified the Convention.

B. Similarities and differences between the two codes

The most obvious difference between the two codes lies in the fact that Lieber's code is restricted to the law of land warfare, while Bluntschli's code deals with the whole gamut of international law including the law of peace and those parts of the law of war that Lieber had omitted, such as naval warfare and neutrality which had no relevance for the armed forces in the American Civil War. Another apparent difference is that Lieber's code was vested with legal force, albeit restricted to the United States, whereas Bluntschli's book was a private draft without legal force but designed to give expression to customary international law and developing rules of international law. In the field of land warfare, both codes generally deal with the same questions and express similar opinions. Furthermore, both codes not only reproduce established rules of international law but also contain rules of an ethical nature and mere recommendations. Bluntschli, however, brought about several innovations. First of all, he gave all provisions of his code dealing with the law of war a new and generally more detailed wording than Lieber had chosen for his code. In his memoirs, he explained that he wanted to give the provisions "a juridically more marked and precise wording" ("juristisch schärfer ausgeprägt").¹³ He certainly was also conscious that Lieber had never received an education as a lawyer, whereas he himself had great experience in drafting a code. Another reason for drafting new and more detailed provisions may have been that Bluntschli's code could be drafted in times of peace and not under the pressure of an ongoing war.

As a further innovation, Bluntschli added explanatory notes to each article of his code informing the reader on how the rules had been applied in practice, on treaty provisions relating to the rules and on relevant doctrinal opinions. These explanations give the provisions a clearer profile and facilitate their application in practice. They generally take more space than the rules themselves.

Another novelty in Bluntschli's book is a general introduction entitled "Significance and progress of modern international law" ("Die Bedeutung und die Fortschritte des modernen Völkerrechts"). It had been published separately, earlier on. In it, Bluntschli outlined the leading ideas and principles that were the basis of his book. Like the book as a whole, this intro-

¹³ Bluntschli, *supra* (note 2), Vol. 3, p. 170.

duction deals with international law in its entirety, but it pays special attention to the law of war. There exists no corresponding text of Lieber, but Lieber generally agreed with Bluntschli's views as did Bluntschli with Lieber's views.

As a further innovation, Bluntschli created a new order for the provisions on the law of land warfare. Lieber's order was not fully satisfactory. Baxter called Lieber's code "poorly organized".¹⁴ When one reads it, one often misses a logical sequence of the provisions. This may also have been a consequence of Lieber's lack of experience as a lawyer, although, possibly also of modifications or additions proposed in the course of the preparation of the code.

C. *Basic concepts common to Lieber and Bluntschli*

Two thorough studies on the basic concepts in the writings of Lieber and Bluntschli were recently published by Betsy Röben.¹⁵ They give an excellent insight into the ideas and motives of the two men. Röben identifies two basic legal principles shared by both: the principle of humanity and the principle that wars are fought by States, not by individuals. In the following sections, we shall examine the relevance of these principles in the view of the two authors.

► *The principle of humanity*¹⁶

The English term "humanity" has two different meanings. It designates both the community of all human beings (similar to the word "mankind", in German "Menschheit") and a humane behaviour (in German "Menschlichkeit"). Bluntschli took the first meaning as the starting point of a new theory for the foundation of international law. He states that common human nature is the foundation of international law.¹⁷ Common human nature, in his words, "unites all peoples with inevitable necessity". Each people "has a natural right to be respected for its human nature by other peoples, and the duty to respect the same human nature in others".¹⁸ Bluntschli calls international law "a general human law" ("allgemeines Menschenrecht")¹⁹ or the law

14 Baxter, *supra* (note 12), p. 250.

15 Röben, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das Völkerrecht 1861-1881*, *supra* (note 2); B. Röben, "The Method behind Bluntschli's 'Modern' International law", 4 *Journal of the History of International Law*, 2002, 249.

16 See, especially Röben, *supra* (note 2), pp. 157ff and 245ff.

17 Arts. 2 and 6 para. 2, *Modern International Law*.

18 Art. 2.

19 Art. 6, para. 3.

common to all peoples. He also speaks of a “common legal consciousness”²⁰ (Rechtbewusstsein) which had created a *consensus gentium* and general principles of law. Bluntschli often uses the term “Menschenrecht(e)”,²¹ which was not yet in general use at that time. When he uses this term in the singular, he means that international law is the common law of mankind. Used in the plural, Bluntschli designates human rights in the present-day meaning. The term “humanization of international law” is used by Bluntschli to emphasize the central position of the human being in international law. By advocating this concept, Bluntschli was much ahead of his time. His theory was soon over-shadowed by new developments: the rise of nationalism, the new strength of monarchies and the rise of legal positivism. Only after the Second World War did the human being move into the center of international concern and human rights found general recognition. When Bluntschli, towards the end of his life, was asked what in his opinion was his most original scholarly accomplishment he said that humanization of international law was his most important accomplishment. Lieber accepted Bluntschli’s views and occasionally made allusion to them. Instead of the “common legal conscience” he spoke of the “common jural nature of men.”²²

► *Humane behaviour*

Humanity in the sense of humane behaviour had always been a central aim of the law of war. Lieber and Bluntschli attached great importance to it. Bluntschli considered the development of “universelle Menschlichkeit” as the essence of civilization.²³ He also spoke of “basic laws of humanity”.²⁴ The provisions of the two codes, however, only occasionally refer to the principle of humanity. This is easily understandable as this principle is essential for most rules of the law of war (which is now rightly called “humanitarian law”).

In some cases, rules of the two codes gave rise to the question whether they are in conformity with the principle of humanity. Lieber, for instance, in Article 29 (iii) of his code, states: “The more vigorously wars are pursued, the better it is for humanity. Sharp wars are brief”. In an earlier publication he had stated: “. . . it is my duty to injure my enemy, as enemy, the most seriously I can . . . because intense wars are short of duration”. These

20 Art. 13.

21 Arts. 529 (expl. note 2), 533 (expl. note), 565, p. 35 (Introduction).

22 Röben, *supra* (note 2), 157ff, 246, and Röben, “The Method behind Bluntschli’s Modern International Law”, *supra* (note 15), 265.

23 Art. 5 (expl. note).

24 Arts. 542, 567, p. 39 (Introduction).

statements were criticized as excessively harsh.²⁵ Bluntschli abstained from confirming Lieber's opinion.

Another problem was caused by the provisions of both codes on military necessity. Article 14 of Lieber's code reads: "Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists of the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of war, and which are lawful according to the modern law and usages of war". Bluntschli's code contains a corresponding provision in Article 549. These provisions are motivated by considerations of humanity. Their aim is to limit the use of violence. They do not permit any deviation from the rules of the law of war. A military objective may be attacked only if the attack is justified by military necessity. The rule of military necessity was, however, soon understood as a principle permitting the disregard of rules of international law, in case of military necessity. Burrus M. Carnahan made a study on the origins and the development of this abuse. More recent international conventions generally contain more precise provisions on military necessity excluding such abuses.²⁶

► *Wars are fought between States, not private persons*

This principle, fundamental for the law of war, could only develop subsequent to the era of Enlightenment and the French and American revolutions which replaced the old hierarchical order of States by the principles of liberty and equality of men. Both codes emphasize its importance. Lieber's code states in Article 22: "... as civilization has advanced during the last centuries, so has likewise steadily advanced, especially in war on land, the distinction between the private individual belonging to the hostile country and the hostile country itself, with its men in arms. The principle has been more and more acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit". In view of the importance the two authors attach to this principle, one is surprised to find a number of provisions in their codes which do not afford the protection one would expect today. The last part of Article 22 stating that protection has to be accorded only "as much as the exigencies of war will admit", was given a rather liberal interpretation by Lieber and Bluntschli. Lieber's code for instance states in Article 17: "It is lawful to

25 Baxter, *supra* (note 12), 179, 237; Th. Meron, "Francis Lieber's Code and Principles of Humanity, 36 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, 271-272; Schircks, *supra* (note 6), pp. 100-101.

26 B. Carnahan, "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", 92 *AJIL*, No. 2, 1998, 213.

starve the hostile belligerent, armed or unarmed, so that it leads to speedier subjection of the enemy". Bluntschli does not confirm this rule but accepts Article 18 of Lieber's code which reads: "When a commander of a besieged place expels the noncombatants, in order to lessen the number of those who consume his stock of provisions, it is lawful, though an extreme measure, to drive them back, so as to hasten the surrender." Present-day international law completely prohibits the starvation of civilians as a method of warfare.²⁷ Lieber and Bluntschli furthermore accepted the right to take hostages which has been since then abrogated.

The principle that war is fought by States, not by privates, is important also for the protection of private property. While property of a belligerent State may be seized by the victorious State, private property is to be protected. There are special regulations for certain kinds of property. Cultural property, even if belonging to an enemy State, is, as a general principle, protected like private property. However, Article 36 of Lieber's code states: "If such works of art, libraries, collections belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the conquering State or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace." Theodor Meron criticized this provision as particularly harsh arguing that, if it had been in force in the Second World War, Germany would have had legal authority for removing the treasures of the Louvre to Berlin.²⁸ Bluntschli, in the first edition of his code of 1866, affirmed Lieber's opinion, but he rejected it in the third edition of 1878. The Hague Conventions of 1899 and 1907 do not permit such removal.

Another specific rule dealing with the protection of private property concerns sea warfare. It is dealt with only by Bluntschli. He was upset that Britain as the most powerful sea power had prevented the abrogation of the old right of States to seize private vessels and private goods on the high seas, although it fundamentally contradicts the principle of protection of private property. This problem preoccupied Bluntschli so much that in 1877 he published a special book on it, presenting a thorough study on its historical origins and examining the arguments for and against a reform.²⁹

Lieber's and Bluntschli's efforts to humanize war obviously met with considerable resistance, particularly within the circles of governments and

27 Meron, *supra* (note 25), p. 272.

28 *Ibid.*

29 J.C. Bluntschli, *Das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere, Eine völkerrechtliche Untersuchung* (Nördlingen, C.H. Beck, 1878). (Reprint Amsterdam, Rodopi, 1970).

armed forces. When drafting their codes, both authors had to take such reservations into consideration. They also realized that the armed forces and the civilian populations were often insufficiently informed about the law of war and therefore did often not act in accordance with its rules. During the 1870-1871 war between France and Germany, Bluntschli, in a separate publication,³⁰ gave expression to his disappointment about the behaviour of belligerents. He criticised France for not having accepted the German offer to mutually protect civilian vessels and goods on the high seas. He condemned French civilians, who in his opinion had committed illegal acts against German forces on French soil. And he was unhappy that the Geneva Convention of 1864 for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, which was to be applied for the first time in this war, was primarily applied for the benefit of the wounded of the own army, and not, as the Convention prescribes, without any distinction between wounded of enemy and own forces.

► *Bluntschli's contribution to the settlement of the Alabama dispute*³¹
 The friendship and confidence which had developed between Lieber and Bluntschli induced Lieber to ask Bluntschli in 1869, in the most delicate phase of the Alabama dispute between the United States and Britain, to prepare a legal opinion designed to bring clarity and order into the hotly debated questions. The Alabama dispute had its origin in the American Civil War. After its outbreak in 1861, the Confederate States, being in need of vessels and armaments, tried to buy warships from neutral countries, especially from Britain. Britain had recognized the Confederacy as a belligerent and had issued a declaration of neutrality in the conflict between the two parties. The Confederacy succeeded in purchasing a number of vessels officially declared for private owners but which, in fact, were destined to become Confederate men-of-war. Among them was the ship later called "Alabama". The British authorities, although warned by the Union, failed to prevent the fitting out and the departure of these vessels. On the high seas they burned, sank or ransomed nearly seventy merchant vessels of the Union, thereby

30 J.C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht in dem französisch-deutschen Kriege von 1870* (Heidelberg, Bassermann, 1871).

31 Publications used as a basis of this section: J.C. Bluntschli, *Opinion impartiale sur la question de l'Alabama et sur la question de la manière de la résoudre, suivie d'une lettre de M. Lieber, de New York, sur l'arbitrage international*, extrait de la II *RDILC*, 1870, 3^e livre; T. Bingham, "The Alabama Claims Arbitration", 54 *ICLQ*, No. 1, 2005, 1; F. Lehner, *J.C. Bluntschli's Beitrag zur Lösung der Alabamafrage* (Zurich, Europa Verlag, 1957); P. Seidel, "The Alabama", in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I (1992), p. 97.

causing heavy damage to the Union and the owners of the ships. The Union protested against the violation of neutral duties by Britain and claimed reparation. In 1864, negotiations started between the United States and Britain but remained unsuccessful for several years because Britain rejected all American claims. In the United States, an anti-British mood gained ground. American politicians started to claim, in addition to pecuniary compensation, the cession of British territories on the American continent, especially in Canada. Britain finally adopted a more conciliatory attitude, mainly alarmed by the growth of the power of Prussia after its victory over Austria (1866) and later over France (1871), which was seen as a menace to Britain's position in Europe. Moreover, the acquisition of Alaska by the United States in 1867 increased British fears that American pressure to cede the territory of Canada could become stronger.

In 1869, Britain and the United States signed the Johnson-Clarendon Convention which provided for the establishment of a mixed British-American commission to settle all American claims against Britain. However, on 13 April 1869, the U.S. Senate rejected the convention almost unanimously (44 to one) after Senator Sumner from Massachusetts, known for his rhetorical gift, had made a "wildly popular" attack on it. An "orgy of anglophobia" followed.³² This was the moment when Lieber, an ardent advocate of a pacific settlement of the dispute, asked Bluntschli by letter of 29 April 1869 to prepare a thorough study on the legal questions raised by the Alabama dispute and especially on Sumner's arguments.³³ Lieber was convinced that the opinion of a leading German jurist would have a clarifying effect in the confused American discussion. He informed the Secretary of State, Hamilton Fish, with whom he was in close contact, of his letter to Bluntschli.

Bluntschli complied with Lieber's request and wrote a text entitled "*Impartial opinion on the question of Alabama and the manner to resolve it*". Lieber and Bluntschli agreed to publish it in French in the "*Revue de droit international et de législation comparée*", the first and thus far only existing review of international law, edited by Gustave Rolin-Jaequemyns, professor in Ghent, Belgium. It appeared in July 1870.³⁴ It was a remarkable success due to its very clear and easily comprehensible language and its convincing arguments. Bluntschli was anxious to propose solutions acceptable for both sides. His "Impartial Opinion" exercised considerable

32 Expressions by Bingham, *supra* (note 31), 13; cf. also Lehner, *supra* (note 31), p. 44.

33 Text of the letter in Röben, *supra* (note 2), pp. 281-282.

34 *Supra* (note 31). For reactions on Bluntschli's opinion see Lehner, *supra* (note 31), pp. 51-72.

influence on the negotiations that were to start within a few months, eventually resulting in the Treaty of Washington of 1871.³⁵ As requested, Bluntschli paid special attention to Sumner's arguments that had proved to be the determinant for the rejection of the proposed settlement by the Senate. The most important points of Bluntschli's opinion will be summarized in what follows.

First, Sumner had condemned Britain's recognition of the Confederacy as a belligerent and its declaration of neutrality as hostile and unlawful acts against the United States. He argued that neutrality was impossible in a conflict between a lawful government and rebels. Bluntschli, in contrast, explained that international law admitted the recognition of rebels as a belligerent party and a declaration of neutrality in a civil war under certain conditions, which in the present case were met with. Although considering the British behaviour a political mistake, he denied that Britain had violated international law and that the United States could claim damages for these acts.³⁶

Second, Bluntschli agreed with Sumner that Britain had violated rules of neutrality by not preventing the construction, equipment and departure of vessels designed to be used in the war against the Union, and he further affirmed the duty of Britain to award damages to the United States for this violation of international law. On the other hand, he rejected Sumner's assertion that compensation had to be paid for the destruction of American merchant vessels and for so-called indirect claims, i.e. damages for the prolongation of the war and its detrimental consequences for the American economy as well. Bluntschli was of the opinion that compensation could be claimed only for the non-observation by Britain of its duties of neutrality but not for the material losses inflicted on ship owners and other private persons.³⁷ This view was later confirmed by the Treaty of Washington of 1871. It greatly facilitated the decision on the sums to be awarded to the United States. The arbitral tribunal, competent to fix the sum, fixed a lump sum without having examined, in detail, the damages inflicted on American ship owners by the Confederate ships bought in England. The definition of the neutral duties violated by Britain became an important part of Bluntschli's "Impartial Opinion". Bluntschli referred to his "Modern International Law" in this regard, which in Article 763 defines the respective duties. Bluntschli's rules on neutral duties were inserted into the Treaty of Washington, albeit on a more elaborate scale. They became known as the

35 Lehner, *supra* (note 31), pp. 73-81; Bingham, *supra* (note 31), p. 14.

36 Bluntschli, *supra* (note 31), pp. 6-15, 32.

37 Bluntschli, *supra* (note 31), pp. 21-29, 32.

“Three rules of Washington”. By ratifying the treaty, Britain and the United States recognized them as binding in the present dispute.

Third, as to the different modes of compensation which had been proposed by the United States, Bluntschli rejected the cession of territory as a form of reparation because no connection existed between the violation of neutral duties by Britain and British territory. Bluntschli proposed to combine the payment of compensation by Britain with an express confirmation of the rules of neutrality applicable in such cases.³⁸ These propositions were accepted by the two parties. They also found expression in the Treaty of Washington of 1871 and the arbitral award of 1872.

When, in February 1871, a joint commission was set up by the United States and Britain in Washington to resolve all controversial questions between the two countries, Bluntschli’s Impartial Opinion was, known to the participants. The State Department had published and distributed an English translation of it. On 5 May 1871, after nine weeks of intense deliberations, the two parties signed the Treaty of Washington, which was thereafter approved by the U.S. Senate and the British Parliament.³⁹ Britain expressed regret for its omissions, and both parties agreed that all claims not admitted by Britain were to be referred to a tribunal of arbitration consisting of five arbitrators, two to be designated by the litigant parties and three by the heads of State of Italy, Switzerland and Brazil. The tribunal met in Geneva on 15 December 1871 and adopted its award on 14 September 1872.

Both the Treaty of Washington and the arbitral award followed, to a considerable extent, the guidelines Bluntschli had proposed.⁴⁰ Somewhat surprisingly, however, many publications on the Alabama dispute take hardly any note of Bluntschli’s contribution to the solution of the conflict. This may have its cause in the fact that Bluntschli had no official mandate and neither was he present during negotiations, thus preventing his name from appearing in official documents. His influence could only be stem from his “Impartial Opinion”. It must be assumed that those who participated in the negotiations had studied Bluntschli’s opinion in advance and had been thereby influenced. It is also possible that Bluntschli, when preparing his opinion, ascertained which proposals would have a chance to be accepted. Be that as it may, a comparison between Bluntschli’s “Impartial opinion” and the results reached by the Treaty of Washington and the arbitral award,

38 Bluntschli, *supra* (note 31), pp. 29-32.

39 Lehner, *supra* (note 31), pp. 73-80; Bingham, *supra* (note 31), p. 14.

40 Lehner, *supra* (note 31), pp. 76-81.

leaves no doubt that Bluntschli's Opinions and proposals had an essential influence on the decisions that were taken afterwards.

In 1957, a historian, Felix Lehner, wrote a book on the question to what extent Bluntschli had influenced the settlement of the Alabama dispute. He examined all relevant documents, correspondence and reports and compared the drafts of treaties in successive phases. He could then show Bluntschli's decisive influence with respect to the establishment of an arbitral tribunal, the definition of the rules of neutrality in naval war, the decision that compensation could be claimed only for the non-observation of neutral duties by Britain, and the decision that the conflict should be settled by combining a compensation to be paid by Britain with an express confirmation by both parties of the rules of neutrality applicable in similar cases.

3 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL AND BRUSSELS CONFERENCE ON THE LAWS AND CUSTOMS OF WAR

A. *Foundation of the Institut de Droit international*

The idea to create an academy or institute for the development and codification of international law was first expressed by Francis Lieber who, in a letter to Bluntschli dated 16 April 1866, wrote: "For a long time it was a favorite project of mine that four or five of the most distinguished jurists should hold a congress in order to decide on several important but still unsettled questions of national equity, and perhaps draw up a code. First I proposed that it should be an official congress. . . . But after a while it became clear to me that it would be much better if a private congress were established, whose work would stand as an authority by its excellence, truthfulness, justice, and superiority in every respect."⁴¹ Bluntschli's answer to this letter is not known. It has probably been lost along the years, but, as the idea of an institute was not the essential topic of the letter, Bluntschli apparently did not follow up on Lieber's idea. Five years later, in September 1871, Lieber contacted Gustave Rolin-Jaequemyns, Professor in Ghent, the founder and editor in chief of the *Revue de droit international et de législation comparé*, and put forward the same idea to him.⁴² A short time later,

41 Text of the letter in Röben, *supra* (note 2), pp. 261-262.

42 Lehner, *supra* (note 31), p. 91; M. Koskeniemi, "Gustave Rolin-Jaequemyns and the Establishment of the Institut de Droit international 1873", 37 *RBDI*, No. 1, 2004, 5.

independent of Lieber, a similar concept was brought up by Gustave Moynier, professor at the University of Geneva, one of the five founders of the Red Cross and president of the International Committee of the Red Cross, who presented it to Rolin.⁴³ He was disturbed with the disregard of international law in the Franco-Prussian war of 1870-1871 and felt that a collective effort was needed to reach better results. He was furthermore worried that it took ten years of negotiations to resolve the Alabama dispute. He envisaged that a convention could be concluded committing States to submit disputes to arbitration. Moynier met Rolin in Ghent in November 1872. After this meeting, Rolin informed Bluntschli by a letter dated 17 November 1872 about their plan to establish a permanent institute or academy of international law. Bluntschli reacted immediately and informed Rolin that the idea of a conference of jurists of international law had, indeed, preoccupied him as well for a long time. He explained his ideas to Rolin and prepared a first draft of statutes for the proposed institution. In March 1873, after having contacted a few more colleagues, Rolin sent a note to a larger yet limited circle of persons engaged in the development and codification of international law. He informed them about the planned institution and asked them for their views on it. On 18 May, Rolin, accompanied by John Westlake of London, met Bluntschli in Heidelberg to discuss the draft statutes. Thereafter 33 persons were invited to a first reunion in Ghent at which the institute was founded on 10 September 1873.⁴⁴ Eleven of the invitees took part in this reunion. The rest joined later. Bluntschli was the only one from Germany. None of the invited Frenchmen appeared. Bluntschli believed that the French still could not comprehend that France, after the war of 1871-1872, did no longer play a leading role in Europe. Lieber, who died on 2 October 1872, was unable to see the realization of his idea.

Bluntschli became one of the most active members of the *Institut*. He served as president from 1875-1877 and was elected four times as vice-president. His colleague Alphonse Rivier wrote in retrospect on Bluntschli's life: "Il était vraiment l'âme de nos reunions. A Genève, à La Haye, à Zurich, à Bruxelles, à Oxford, il a eu une part dirigeante dans presque toutes les délibérations."⁴⁵ Bluntschli was engaged either as a rapporteur or as a member of commissions in the preparation of reports and resolutions on the following subjects, mainly concerning the law of war: the Washington rules

43 J. de Senacrèns, *Gustave Moynier, le Bâtitseur* (Geneva, Slatkine, 2000) 221ff; Koskenniemi, *supra* (note 2), 39ff; Bluntschli, *supra* (note 2), p. 315.

44 Bluntschli, *supra* (note 2), 336ff; Koskenniemi, *supra* (note 2), p. 41.

45 Rivier, *supra* (note 2), p. 21.

of the duties of neutral States in naval war (1875), the treatment of private property in naval war (1875 and 1877), the organization of an international prize court (1877), examination of the Brussels Declaration on the laws of war on land of 1874 (1875) and the Oxford Manual on the laws of war on land (1880). We shall come back to the two last mentioned subjects.

*B. The Brussels Conference of 1874*⁴⁶

On the initiative of Tsar Alexander II of Russia, delegates of 15 European States met in Brussels from 27 July to 27 August 1874 in order to examine a draft of an international agreement concerning the laws and customs of war on land, prepared by the Russian government. The draft was clearly influenced by the Lieber code. Bluntschli's book on International Law also served as a model which exalted him as an authority in the negotiations. Bluntschli was one of five delegates of the German Empire, which had been founded three years earlier upon the conclusion of the French-German war. From the start of the conference, he was convinced that for lack of a sufficient degree of agreement among the participating States, the conference could be only the beginning of a more comprehensive enterprise. On Britain's demand, the law of sea warfare had been excluded from the deliberations so that Britain could continue to exercise the right to seize ships and private property on the high seas. On the whole, however, Bluntschli was favourably impressed by the results achieved by the conference. He praised the Russian government for having attained similar results in Europe as those accomplished by President Lincoln by promulgating the Lieber code. He was particularly content that all the delegates at the conference signed the Declaration. He considered this an expression of the common legal conscience which had developed among European peoples. As not all governments were ready to accept the Declaration as a binding instrument, no ratifications were envisaged. But the delegates agreed in their Final Protocol that a further exchange of ideas should take place with a view to reach an agreement on some points. The British government, however, declared that it would no longer take part in negotiations. It feared that a codification of the law of land warfare would inevitably have repercussions on the law of sea warfare.

46 Bluntschli, *supra* (note 2), pp. 351-360, 366-367, gives a relatively detailed description of the Conference. The text of the Final Protocol of 27 August 1874 and of the Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War is reproduced in Schindler, Toman, *supra* (note 5), No. 2, p. 21.

After the end of the Brussels conference, the *Institut de Droit international* set up a commission for the examination of the Brussels Declaration. It was charged with the task to express its opinion on the draft and to submit proposals for further steps. At the session in The Hague in 1875, the *Institut* adopted a resolution giving a very positive view of what had been achieved. It stated that the Declaration, if it were adopted, would greatly diminish the evils of war. Some proposals on specific points were made. They aimed at an improvement of the rules on occupation and on reprisals and at the coordination of national military codes and of the rules on penal sanctions in case of violations of the law of war.⁴⁷

C. *Manual on the laws of war on land (Oxford Manual) of 1880*

In 1879, the *Institut* further decided to edit a *Manual on the Laws of War on Land*, giving a clear statement of the existing rules of the law. It saw a need to do this, because the non-ratification of the Brussels Declaration had left a painful uncertainty in the armed forces. It would not only give clear guidelines for armed forces but also serve the governments as a basis for national legislation and as a model for military codes. The Manual was drafted by Moynier and deliberated in a commission that met in Bluntschli's office in Heidelberg. The Manual was given a popular form with clear and easily understandable rules which were supplemented by explanations on the motives of the individual rules. The Manual was adopted unanimously by the *Institut* at its Oxford session in 1880, then published and sent to all governments.⁴⁸ This was the third time Bluntschli was engaged in an attempt to codify the law of war.

Both the Brussels Declaration and the Oxford Manual formed an essential basis of the two Hague Conventions of 1899 and 1907 on land warfare and the Regulations annexed to them. The two Conventions brought the decisive breakthrough which had been aimed at since Lieber had drawn up his code. Bluntschli died in 1882, long before this goal was achieved.

47 Resolution "Examen de la Déclaration de Bruxelles de 1874", of 30 August 1875, in: *Résolutions de l'Institut de Droit international 1873-1956* (Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1957), p. 176.

48 "Manuel des lois de la guerre sur terre", adopted on 9 September 1880 in: *Résolutions de l'Institut de Droit international 1873-1956*, *supra* (note 47), also published in Schindler, Toman, *supra* (note 5), No. 3, p. 29.

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'APPLICATION DU
PRINCIPE DE L'UNIVERSALITÉ EN DROIT PÉNAL
ET SUR LE RÔLE DE LA SUISSE EN TANT QU'ÉTAT
HÔTE D'ORGANISATIONS ET DE CONFÉRENCES
INTERNATIONALES

*Paul Seger**

1 INTRODUCTION

Le principe de l'universalité en droit pénal n'est pas un concept nouveau¹. Ces dernières années, il a cependant acquis une importance grandissante, d'une part, à cause de cas « célèbres » telle l'affaire Pinochet et, d'autre part, en raison de la création des tribunaux ad hoc (ex-Yougoslavie, Rwanda) et de la Cour pénale internationale. En soi, ce développement dans le sens d'une « globalisation de la justice » est à saluer. Il est, en effet, important que les auteurs de crimes graves contre le droit humanitaire ou contre les droits de l'homme ne puissent pas se réfugier derrière l'impunité, où que ce soit dans le monde. Cette approche est soutenue non seulement par un grand nombre d'États, mais aussi par la société civile internationale. À cet égard, des organisations non gouvernementales telles qu'*Amnesty International*, *Human Rights Watch* ou TRIAL (*Track Impunity Always*) ont toujours joué un rôle de promoteur. L'universalisation de la justice pénale a pour effet une

* Docteur en droit, juriste et chef de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), Berne. Les opinions exprimées dans cet article ne correspondent pas nécessairement à la position du DFAE et n'engagent que son auteur.

1 Pour son historique et son évolution, voir : M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international* (Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit/Bruylant, 2000). M.C. Bassiouni, "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law", in : S. Macedo (éd.), *Universal Jurisdiction, National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2004).

augmentation des plaintes pénales contre des personnalités politiques. Nous avons déjà évoqué le cas Pinochet, mais des plaintes ont aussi été déposées contre Henry Kissinger, Boutros Boutros Ghali, Ariel Sharon, Tony Blair et George Bush, pour ne citer que quelques exemples. La plupart de ces plaintes posent des problèmes juridiques et politiques délicats. Souvent elles ont un mobile politique, ce qui n'est pas, en soi, une raison suffisante pour les écarter d'emblée. La question est plutôt de savoir si elles sont juridiquement fondées ou si elles sont essentiellement un prétexte allégué à des fins politiques. En plus, le fait que les accusés puissent bénéficier d'une immunité de juridiction et de l'inviolabilité personnelle – ce qui les protèges contre toute arrestation et accusation – est aujourd'hui de moins en moins compris par les médias et par l'opinion publique, qui suivent souvent ces affaires de très près.

La Suisse a, elle aussi, connu une augmentation sensible des plaintes pénales contre des personnalités étrangères. Genève est un endroit privilégié pour les rencontres et les conférences internationales, ce qui constitue un facteur déterminant dans ce développement, en raison de la fréquente présence en ses murs de membres de gouvernements ou de hauts fonctionnaires étrangers. Or, l'application par les procureurs et juges suisses de la compétence universelle en droit pénal peut placer la communauté internationale devant un dilemme difficile : le besoin de disposer de quelques lieux – comme la « Genève internationale » – à travers le monde pour les rencontres diplomatiques et politiques « universelles », où les participants doivent par définition être protégés contre toute entrave juridique, peut se heurter à la volonté de poursuivre universellement les crimes les plus graves². La Belgique en a fait l'expérience et a dû considérablement amender sa législation pénale, qui consacrait le principe de l'universalité³. Nous allons illustrer la problématique à l'aide de quelques exemples concrets, qui nous serviront de base pour la discussion juridique. Après avoir décrit les cas et la réaction des autorités suisses dans la première partie de cette contribution, nous examinerons la situation sous l'angle du droit international, pour ensuite essayer de tirer quelques conclusions.

2 A. Cassese, "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", 1 *JICJ*, No. 3 (Décembre), 2003, p. 595.

3 L. Reydam, "Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law", *JICJ*, *ibid.*, p. 679.

2 QUELQUES EXEMPLES PRATIQUES

A. *Plainte pénale contre Barzan Al-Tikriti*

En date du 28 septembre 2001, une plainte pénale a été déposée auprès du procureur général de la République et Canton de Genève contre M. Barzan Al-Tikriti, le demi-frère du dictateur iraquien Saddam Hussein, pour des actes de génocide qui auraient été commis en 1983 contre des Kurdes, en Irak du Sud. Le dépôt de la plainte à Genève était motivé par le fait que « Barzan Al-Tikriti a vécu, à différentes reprises, à Genève en tant que représentant de l'État irakien, occupant diverses fonctions, qu'il est retourné occasionnellement à Genève et que des membres de sa famille y ont vécu »⁴.

Le 12 novembre 2002, le Ministère public de la Confédération a informé le requérant que l'ouverture d'une poursuite pénale contre M. Barzan Al-Tikriti était rejetée. Il motivait sa décision par le fait que l'article 6^{bis} du Code pénal suisse (CP) exige, en cas de crime ou de délit commis à l'étranger, la présence de l'auteur en Suisse. Or, une interdiction de séjour en Suisse avait été prononcée à l'égard de M. Al-Tikriti. Par ailleurs, le Ministère public précisait que l'article 264 CP génocide n'était pas applicable rétroactivement, et il a transmis le dossier à l'auditeur en chef⁵, comme l'avait demandé le requérant. Par lettre du 16 avril 2003, l'auditeur en chef a communiqué au requérant que les conditions pour l'ouverture d'une enquête pénale n'étaient pas réunies, étant donné que les déportations massives de 1983 ne constituaient pas un conflit armé au sens des Conventions de Genève et, en outre, qu'une enquête ne pouvait être ouverte que si les auteurs présumés séjournaient durant un certain temps en Suisse. L'auditeur en chef ayant refusé d'ouvrir une enquête pénale, un recours fut déposé auprès du chef du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), lui demandant d'inviter l'auditeur en chef à ordonner l'ouverture de l'enquête.

Dans sa décision du 22 décembre 2003, le DDPS constate d'abord que « les civils qui, à l'occasion d'un conflit armé, se rendent coupables d'infractions contre le droit des gens, sont soumis au droit pénal militaire ». Selon l'article 9 du Code pénal militaire (CPM), « les infractions commises en Suisse et celles qui ont été commises à l'étranger peuvent être jugées ».

4 Décision du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports du 22 décembre 2003 en la cause *A. contre l'auditeur en chef* concernant la non-ouverture d'une enquête pénale, *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC)* 68.50 (2004).

5 En Suisse, l'auditeur en chef est le procureur général de l'armée.

La décision précise en outre que, dans une modification partielle, un nouvel alinéa 2 a été introduit dans l'article 9 pour y consacrer le principe de la juridiction universelle, conformément aux obligations de la Suisse en tant qu'État partie aux quatre Conventions de Genève. Cependant, les travaux préparatoires à cette modification législative ainsi que la pratique constante des autorités judiciaires et administratives démontrent clairement que l'ouverture d'une procédure pénale présuppose la présence physique de l'inculpé en Suisse. Concluant que, étant l'objet d'une interdiction de séjour en Suisse, Barzan Al-Tikriti se trouvait dès lors à l'étranger, le chef du DDPS a confirmé le refus de l'auditeur en chef d'ordonner une enquête pénale.

B. Cas de l'ancien ministre tunisien Habib Ammar

M. Habib Ammar avait été nommé président du comité d'organisation du Sommet mondial sur la société de l'information qui a eu lieu à Tunis en 2005. Dans ses fonctions, il s'est rendu fréquemment à Genève pour préparer ledit Sommet. Le 17 septembre 2003, deux organisations non gouvernementales, soit l'Organisation mondiale contre la torture (OMCT) et TRIAL, ayant eu connaissance de sa présence à Genève à l'occasion des travaux préparatoires du Sommet mondial de l'information, ont soumis au procureur général du Canton de Genève une dénonciation pénale contre Habib Ammar. Elles alléguaient que M. Ammar, en tant qu'ancien chef de la Garde nationale puis ministre de l'intérieur, était l'un des principaux responsables de l'utilisation systématique de la torture contre les opposants tunisiens de 1984 à 1987. Le procureur général de Genève n'a pas donné suite à cette demande. Aux dires de ces deux ONG, elles auraient été informées, le 23 septembre 2003, alors que M. Ammar avait déjà quitté la Suisse depuis quelques jours, « du classement de la procédure par le procureur général du Canton de Genève, décision motivée par l'article 12 de l'accord de siège signé en juillet 1971 entre la Confédération suisse et l'Union internationale des télécommunications (organisatrice du Sommet), accordant l'immunité d'arrestation et de détention aux représentants des pays membres de l'UIT »⁶.

Le refus d'ouvrir une procédure pénale a provoqué une question parlementaire au Conseil national des Chambres fédérales, qui posait notamment au Conseil fédéral les questions suivantes: « Qu'entend[-il] faire . . . aux fins de l'application de l'article 6 de la Convention contre la torture de 1984 (engagement de poursuites pénales) ? M. Habib Ammar bénéficie-t-il de

6 Communiqué de presse du 25 septembre 2003 de TRIAL et OMCT : http://www.trial-ch.org/fr/actions/actions_tunisie1.htm.

garanties spéciales ou d'un statut lui permettant d'échapper à des poursuites pénales ou à une arrestation en Suisse »⁷? Face à cette question, la cheffe du Département fédéral des affaires étrangères, la conseillère fédérale Micheline Calmy-Rey, a répondu de la façon suivante, au nom du Conseil fédéral :

M. Habib Ammar a séjourné en Suisse pour participer, en tant que représentant de la Tunisie, à une réunion organisée par l'Union internationale des télécommunications (UIT). Pour cette raison et comme tout autre représentant d'un État membre de l'Organisation, il bénéficie, durant les réunions préparatoires du Sommet mondial sur la société de l'information et de la conférence elle-même, de l'immunité d'arrestation et de détention, de l'immunité de juridiction fonctionnelle ainsi que de l'inviolabilité de sa personne et de ses biens, en application de l'accord de siège conclu en 1971 entre le Conseil fédéral et l'UIT. En l'état actuel du droit international, il y a lieu de constater que la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne permet pas à un État d'ignorer les privilèges et immunités qui ont été accordés à une personne conformément à un autre traité international⁸.

C. *Plainte contre le secrétaire général de la « Chinese Anticult Association »*

Cette affaire se distingue des deux précédentes par le fait que l'accusation était portée non pas contre un représentant étatique, mais contre un dirigeant d'une organisation non gouvernementale qui participait, en tant que délégué, à la Commission des droits de l'homme qui siégeait à Genève. Le 16 avril 2004, des ressortissants chinois et des associations annonçaient le dépôt d'une plainte pénale auprès du procureur général de Genève contre M. Wang Yusheng, vice-directeur et secrétaire général de la Chinese Anticult Association (CACAA)⁹. Les plaignants accusaient cette association d'être chargée par le gouvernement chinois de participer activement et directement aux séances de lavage de cerveau des pratiquants du Falung Gong dans les camps de rééducation, en recourant notamment à des techniques de privation de sommeil pour affaiblir la résistance des détenus. Conformément aux faits présentés dans une interpellation parlementaire dans les Chambres fédérales¹⁰ « les dossiers et informations déposés entre les mains du procureur général de la République et Canton de Genève auraient dû motiver de la part de ce

7 Question de Dardel du 29 septembre 2003 (03.5224), *Bulletin officiel (BO)* 2003, N 1541.

8 *BO*, 2003, N 1541.

9 Selon information publiée sur Internet : <http://www.clearharmony.net/articles/200404/19152.html>.
10 Interpellation de Carlo Sommaruga du 3 juin 2004 (04.3281).

dernier à tout le moins l'ouverture d'une enquête préliminaire. Au lieu de cela, le procureur général s'est référé à un échange de lettres entre le Conseil fédéral et l'ONU, selon lequel :

Lorsqu'une personne admise ou cherchant à être admise à participer à une réunion de l'ONU ou de l'un de ses organes en Suisse fait l'objet d'une demande d'arrestation ou de toute autre mesure introduite conformément au droit suisse ou au principe de l'entraide judiciaire internationale, il appartient aux autorités suisses et à l'ONU de procéder aux vérifications nécessaires dans leur domaine respectif de compétence. Les autorités suisses et l'ONU s'informeront du résultat de ces vérifications et se concerteront sur les conclusions à en tirer.

Toujours selon cette interpellation, l'avis de l'ONU aurait

été sollicité avant d'entreprendre quelque démarche que ce soit, quand bien même il sautait aux yeux que les actes reprochés à la personne visé en'avaient en aucune manière été commis dans le cadre des Nations Unies, mais bien en Chine uniquement. Le 16 avril 2004, le directeur général de l'Office des Nations Unies à Genève confirmait que les faits reprochés au vice-directeur et secrétaire général de la CACA n'avaient pas été commis dans le cadre des Nations Unies et que c'était à la Suisse seule de juger de la suite à donner aux plaintes pénales.

L'interpellation concluait que « le temps écoulé entre la première plainte, déposée le 5 avril 2004, et la réponse des Nations Unies a permis au tortionnaire de quitter le territoire suisse. » Eu égard à ces faits, l'interpellant posait trois questions au Conseil fédéral : (1) l'échange de lettres entre le Conseil fédéral et l'Organisation des Nations Unies (ONU) obligeait-il les autorités de poursuite suisses à faire dépendre un dossier pénal d'une appréciation de l'ONU pour pouvoir donner les suites qui s'imposent à une affaire ? ; (2) ledit échange de lettres pouvait-il être compris comme dérogeant à la Convention contre la torture du 10 décembre 1984, ratifiée par la Suisse le 6 octobre 1986 ou, (3) sinon, le Conseil fédéral pouvait-il confirmer que les autorités de poursuite avaient l'obligation de tout faire, dans les plus brefs délais, pour vérifier les allégations de torture puis, le cas échéant et si le dossier le justifiait, pour arrêter le tortionnaire suspecté ?

Dans sa réponse du 1^{er} septembre 2004, le Conseil fédéral a rappelé tout d'abord que la personne faisant l'objet d'une dénonciation pénale était venue en Suisse en tant que membre d'une ONG accréditée auprès de l'ONU pour participer à la séance ordinaire de la Commission des droits de l'homme. Par conséquent, son statut juridique était régi par l'Accord sur les privilèges et immunités de l'ONU conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'ONU les 11 juin et 1^{er} juillet 1946. L'explication

du Conseil fédéral est très détaillée et mérite d'être citée *in extenso*. Elle continue en disant :

Sur la base de cet Accord [l'Accord de siège conclu entre la Suisse et l'ONU en 1946], la Suisse assume des obligations à l'égard de l'Organisation, notamment à propos des personnes appelées en qualité officielle auprès de l'Organisation, qu'il s'agisse de représentants d'Etats, de fonctionnaires internationaux, d'experts ou de toute autre personne admise à participer à ses travaux. Les autorités suisses doivent prendre toutes les mesures utiles pour faciliter l'entrée sur le territoire suisse, la sortie du territoire et le séjour de ces personnes, afin de permettre à ces dernières d'assister aux réunions convoquées par l'ONU et de s'y exprimer librement. Il en va en effet de l'indépendance de l'Organisation qui doit pouvoir déterminer librement quelles sont les personnes pouvant s'exprimer au sein de ses organes.

Il s'ensuit que les représentants d'organisations non gouvernementales (ONG) qui sont admis à participer aux travaux de l'ONU et toutes les autres personnes également admises à participer aux travaux de l'Organisation sont considérés comme des personnes appelées en qualité officielle auprès de l'Organisation. Même si ces personnes ne jouissent pas de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité de leur personne, elles bénéficient de facilités s'agissant de l'entrée et du séjour sur le territoire suisse, ainsi que de la sortie du territoire, conditions indispensables pour qu'elles puissent assister aux réunions de l'Organisation ou de l'un de ses organes et s'y exprimer librement.

Le fait d'arrêter en Suisse une personne appelée en qualité officielle auprès de l'ONU a pour résultat de l'empêcher d'assister aux réunions auxquelles l'Organisation l'a conviée et de s'y exprimer librement. Devant les différentes demandes d'arrestation qui ont été présentées ces dernières années à l'encontre de représentants d'ONG admis à participer, notamment, à la Commission des droits de l'homme de l'ONU, il est apparu nécessaire de clarifier la façon dont les autorités suisses devaient respecter leurs obligations à l'égard de l'ONU en la matière, au regard des obligations qui découlent pour la Suisse d'autres traités internationaux tels que la Convention contre la torture.

Ainsi, l'ONU et la Suisse sont convenues d'une procédure visant à permettre à l'Organisation de se prononcer sur le fait de savoir si l'arrestation de la personne en cause constituerait une violation par la Suisse de ses obligations à l'égard de l'ONU, telles qu'elles découlent de l'Accord sur les privilèges et immunités de l'ONU de 1946, c'est-à-dire si cette arrestation constituerait une entrave aux activités de l'Organisation, respectivement si une telle entrave peut être admise en l'espèce. Il ne s'agit en aucun cas pour l'ONU de se prononcer sur le dossier pénal présenté à l'appui de la demande d'arrestation.

La procédure ainsi mise en place a fait l'objet d'une note de la Mission permanente de la Suisse à New York, concernant les demandes d'arrestation de représentants d'ONG participant à des réunions de l'Organisation en Suisse, adressée le 16 juin 1999 au Bureau des affaires juridiques de l'ONU, lequel a répondu

le 25 juin 1999. Il a été prévu ce qui suit: Lorsqu'une personne admise ou cherchant à être admise à participer à une réunion de l'ONU ou de l'un de ses organes en Suisse fait l'objet d'une demande d'arrestation ou de toute autre mesure introduite conformément au droit suisse ou aux principes d'entraide judiciaire internationale, les autorités suisses et l'ONU procèdent aux vérifications nécessaires dans leur domaine respectif de compétence. Ainsi, les autorités suisses examinent notamment si le dossier pénal justifie l'arrestation de la personne, au regard de la législation interne suisse et du droit international applicable. De son côté, l'ONU examine si le fait d'arrêter la personne et, ainsi, de l'empêcher de participer aux travaux de la réunion en question et de s'y exprimer librement, pourrait constituer une entrave aux activités de l'organisation ou de l'organe concerné, respectivement si une telle entrave peut être admise en l'espèce.

Sur la base de ces explications, le Conseil fédéral a confirmé que les autorités de poursuite suisses ne dépendaient pas de l'appréciation de l'ONU sur un dossier pénal pour donner suite à une demande d'arrestation conformément au droit suisse applicable. Avant de procéder à une interpellation, il leur appartenait, toutefois, comme le prévoit notamment la Convention contre la torture, d'examiner les renseignements dont elles disposaient et de déterminer si les circonstances justifiaient la mise en détention ou toute autre mesure juridique conforme au droit suisse.

D. La modification du Code pénal militaire

Comme il ressort du cas Al-Tikriti, la justice militaire est compétente pour la poursuite des personnes militaires et civiles accusées d'avoir commis des crimes de guerre (art. 2, al. 1, ch. 9, et art. 9, al. 1^{bis} CPM). Dans son message du 22 janvier 2003¹¹, le Conseil fédéral avait proposé une modification visant à préciser qu'il fallait que les ressortissants étrangers soient présents en Suisse pour qu'une procédure pénale militaire puisse être ouverte à leur rencontre. Le Conseil fédéral indiquait que « la présence sur le territoire suisse est une condition *sine qua non* de l'ouverture d'un procès en Suisse contre un auteur étranger ayant commis à l'étranger des infractions contre le droit des gens, en cas de conflit armé. Cette exigence est établie par la loi, la doctrine et la jurisprudence »¹². Par conséquent, la proposition du Conseil fédéral consistait à stipuler que le Code pénal militaire serait applicable « aux personnes visées à l'art. 26, ch. 9, qui sont étrangères et qui commettent à l'étranger, à l'occasion d'un conflit armé, des infractions au

11 *FF*, 2003, 693.

12 *FF*, 2003, 737.

droit des gens (art. 108 à 114), lorsqu'elles *se trouvent en Suisse* et ne sont ni extradées ni livrées à un tribunal pénal international.¹³ »

Pour le parlement, cette précision n'était pas suffisante. Sur la base d'une proposition présentée par la Commission du Conseil aux États, les Chambres fédérales ont introduit l'exigence que le prévenu ait un « lien étroit avec la Suisse » pour qu'une procédure pénale pour violation du droit des conflits armés puisse être ouverte. Cette restriction était motivée par la crainte que la Suisse ne devienne un lieu de « tourisme de poursuite pénale »¹⁴. Malgré le fait que même les défenseurs de cet amendement avaient des doutes quant à la pertinence de la formulation proposée¹⁵ et en dépit de vives critiques, la restriction fut adoptée par une nette majorité dans les deux Chambres¹⁶. Le débat parlementaire montre que deux facteurs ont été déterminants pour l'adoption du nouvel article 9, alinéa 1^{bis} CPM : on craignait ou bien qu'une formulation trop libérale du principe de l'universalité ne soumette la Suisse à de fortes pressions internationales, à l'instar de la Belgique qui avait été forcée de restreindre sa législation en la matière, ou bien que l'application libérale de ce principe ne risque de provoquer un afflux de plaintes pénales que la Suisse ne serait pas en mesure d'absorber¹⁷. Le rapporteur de la Commission du Conseil national s'exprimait ainsi :

L'histoire de la Belgique a un petit peu – comment dirai-je ? – déstabilisé nos esprits. C'est vrai, on n'aimerait pas qu'il y ait, à l'occasion d'un passage, que ce soit officiel ou pas officiel en Suisse, une plainte malencontreuse qui fasse que la place même diplomatique de la Suisse, notamment en faveur de la paix, puisse être mise en cause¹⁸.

E. *Quelques constatations préliminaires sur la pratique suisse récente*

Les cas par lesquels nous avons essayé d'illustrer la pratique suisse couvraient des situations très différentes : dans l'affaire Al-Tikriti, le suspect *se trouvait à l'étranger* au moment de la plainte pénale. Le cas Habib Ammar concernait un *haut fonctionnaire étranger qui séjournait en Suisse dans*

13 *FF*, 2003, 743.

14 Conseiller aux États Thomas Pfisterer, *BO*, 2003, E 939.

15 Conseiller aux États Thomas Pfisterer, *BO*, 2003, E 940.

16 29:3 voix au Conseil aux États (*BO*, 2003 E 941), et avec 130:21 voix au Conseil national (*BO*, 2003, N 1989).

17 Quelques intervenants citaient comme exemple une plainte qui venait d'être déposée contre le ministre de la défense d'Israël et de hauts responsables militaires. Cf. l'intervention du conseiller aux États Hannes Germann, *BO*, 2003, E 940.

18 Intervention du conseiller national Jacques Simon Eggly, *BO*, 2003, N 1988.

l'exercice de fonctions officielles au moment de la plainte déposée contre lui, tandis que le troisième exemple se réfère à un représentant d'une *organisation non gouvernementale*. Dans toute leur diversité, les cas cités présentent néanmoins trois traits communs. Premièrement, toutes les affaires débutaient par une *dénonciation pénale*. Deuxièmement, toutes les plaintes pénales ont été déposées auprès du procureur général de Genève, ce qui démontre que la « Genève internationale » paraît être un endroit privilégié pour les plaignants, qui essaient de faire appliquer le principe de la juridiction universelle. Mais finalement, *aucune plainte n'a connu de suite*. Soit les autorités refusaient d'ouvrir une procédure pénale, soit le prévenu avait quitté la Suisse avant son éventuelle arrestation.

Si l'on essaie de dégager des trois exemples cités ci-dessus, ainsi que du débat parlementaire relatif à la modification de l'article 9 CPM quelques conclusions préliminaires en ce qui concerne l'application du principe de l'universalité en matière pénale, la position des autorités fédérales suisses peut se résumer comme suit : La première condition pour l'exercice de la compétence pénale en vertu du principe de l'universalité est que le prévenu soit *présent* en Suisse. Le CPM exige même un « lien étroit avec la Suisse ». Les autorités fédérales tentent, dans la mesure du possible, de concilier leurs obligations internationales de poursuivre en justice de graves crimes internationaux, en vertu, par exemple, de la Convention des Nations Unies de 1984 contre la torture ou des Conventions de Genève de 1949, avec le statut de la Suisse en tant que siège de l'Organisation des Nations Unies ou d'autres organisations internationales et avec les obligations conventionnelles qui en découlent. Or, la crainte est manifeste qu'une application libérale du principe de l'universalité ne provoque des problèmes diplomatiques pour la Suisse et ne remette en question sa place privilégiée en tant que lieu de rencontres et de conférences internationales. Elle constituait le motif principal de l'amendement à l'article 9 CPM.

D'autre part, les cas concrets qui se sont produits montrent que le Conseil fédéral et l'administration prennent soin de respecter la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire. Dans le cas Habib Ammar et dans l'affaire de la plainte des représentants du « Falung Gong », le Conseil fédéral s'est limité à présenter la situation juridique au sens des accords de siège qui lient la Suisse. Surtout dans sa réponse à l'interpellation Sommaruga, le gouvernement a clairement fait savoir qu'il appartenait aux seules autorités de poursuite pénale de déterminer si les conditions d'une arrestation et de l'ouverture d'une procédure étaient remplies¹⁹.

19 Réponse du Conseil fédéral à la question 2 de l'interpellation Sommaruga du 3 juin 2004 (04.3281).

En résumé, la Suisse essaie de trouver un juste équilibre entre l'application du principe de l'universalité conformément au droit international – qu'elle considère comme étant son devoir juridique et moral, vu surtout sa tradition humanitaire et son mandat de dépositaire des Conventions de Genève de 1949 – et la protection de la « Genève internationale » contre des plaintes pénales abusives qui pourraient, à la limite, mettre en péril le rôle mondialement reconnu de la Suisse en tant que pays hôte d'organisations et de conférences internationales²⁰.

3 ANALYSE DES EXEMPLES CONCRETS À LA LUMIÈRE DU DROIT INTERNATIONAL

Sans être exhaustifs, les cas cités peuvent être considérés comme représentatifs des problèmes que l'application du principe de l'universalité pose pour la Suisse en tant qu'État hôte d'organisations internationales. Les exemples reflètent donc la pratique actuelle des autorités suisses, que nous allons maintenant analyser à la lumière du droit international. A cette fin, nous poserons trois questions. Quelle est la portée du principe de l'universalité ? Est-ce qu'il oblige les États à poursuivre les criminels qui ne se trouvent pas sur leur territoire ? Quelle est la relation entre le principe de l'universalité en droit pénal et les privilèges et immunités que confère le droit international à certaines personnalités ? La législation suisse en la matière, telle qu'elle est appliquée actuellement, est-elle conforme à ses obligations internationales ?

A. *Portée du principe de l'universalité*

En l'absence de définition légale internationale, le principe de l'universalité se comprend communément comme étant le droit ou même l'obligation d'un État de poursuivre des crimes graves commis hors de son territoire sans qu'il y ait aucun autre critère de rattachement²¹. Selon la pratique et la doctrine internationales, il s'agit d'un principe subsidiaire à d'autres principes de compétences pénales, telles que la territorialité ou le principe de la personnalité active ou passive.

Une des questions controversées est de savoir si, selon le droit international, l'État a l'*obligation* d'exercer sa compétence universelle ou s'il

20 Cf. à ce propos l'intervention du conseiller fédéral Samuel Schmid, chef du DDPS, lors du débat parlementaire relatif à l'article 9 CPM, *BO*, 2003, N 1987-8.

21 M. Henzelin, *op. cit.* (note 1), p. 29.

s'agit d'une simple faculté. Un examen de la pratique des États ainsi que des opinions exprimées par la doctrine et la jurisprudence semble indiquer que, en droit international coutumier, une obligation *générale* ne peut pas être démontrée²². Cependant, certaines conventions internationales, auxquelles la quasi-totalité des États sont aujourd'hui partie, obligent lesdits États à poursuivre certains crimes graves, où qu'ils aient été commis. Parmi les principaux instruments figurent la Convention des Nations Unies de 1984 contre la torture (art. 5, par. 2) ainsi que les quatre Conventions de Genève de 1949. Par contre, la disposition de la Convention de 1948 contre le génocide (art. VI) est moins pertinente puisqu'elle prévoit seulement que « les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction. » En dépit de ce libellé, on peut admettre que le génocide est considéré aujourd'hui comme un crime d'une telle gravité qu'il doit être poursuivi universellement²³.

Par la ratification pratiquement universelle des conventions citées ci-dessus et de par la création des deux Tribunaux pénaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, on admet que le principe de l'universalité appliqué à la poursuite de crimes graves tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture ou les graves violations du droit humanitaire fait partie du droit coutumier international²⁴.

Dans la mesure où il existe, en droit international, une obligation de poursuivre les crimes graves, les États sont tenus de poursuivre uniquement les criminels qui se trouvent *sur leur territoire*. Ainsi dispose, par exemple, la Convention des Nations Unies contre la torture dans son article 5, paragraphe 2, déjà cité. Cet élément n'est pas mentionné expressément dans les

22 M. Henzelin, *ibid.*, p. 376, n. 1192 ; A. Cassese, *op. cit.* (note 2), p. 593.

23 M. Henzelin, *op. cit.* (note 1), p. 341, n. 1078. Selon le message du Conseil fédéral du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal (FF, 1999, 4911), il est admis que le contenu matériel de la Convention contre le génocide est de nature coutumière et que par conséquent, il s'applique aussi aux Etats qui ne sont pas Parties à la Convention. En d'autres termes, la Suisse doit aujourd'hui déjà remplir les obligations juridiques internationales qui sont contenues dans la Convention contre le génocide. Elle a donc ainsi en particulier le devoir d'extrader l'auteur d'un génocide ou de créer la base légale pour la répression, ce qui n'est toujours pas le cas en droit pénal suisse positif (FF, 1999, 4918). Le message continue en affirmant que « aujourd'hui, en vertu de la qualité impérative (*jus cogens*) de l'interdiction du génocide, et de son effet *erga omnes*, il ne fait aucun doute que la répression du crime de génocide repose en droit international sur le principe de l'universalité » (FF, 1999, 4925 f).

24 A. Cassese, *op. cit.* (note 2), p. 591.

articles 49, 50, 129 et 146 des quatre Conventions de Genève, mais il est présent dans les commentaires y relatifs²⁵.

La Suisse reconnaît le principe de l'universalité en droit pénal et a adapté son droit pénal civil et militaire pour le faire appliquer par ses tribunaux (art. 6^{bis} CP et art. 9 CPM). L'article 6^{bis} CP stipule que « le présent code est applicable à quiconque aura commis à l'étranger un crime ou un délit que la Confédération, *en vertu d'un traité international*, s'est engagé à poursuivre, si l'acte est réprimé aussi dans l'Etat où il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger », ce qui paraît indiquer que la Suisse ne reconnaît pas l'obligation de poursuivre un crime grave en vertu du droit coutumier international. Il convient cependant de noter que le principe de l'universalité a été introduit dans le droit pénal suisse non pour réprimer les crimes graves contre les droits de l'homme ou du droit humanitaire qui sont aujourd'hui à l'origine de la plupart des plaintes déposées, mais pour appliquer la Convention européenne de 1977 pour la répression du terrorisme²⁶. En plus, dans son message au parlement « relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal »²⁷, le Conseil fédéral avait conclu que « le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie consacre des règles de nature coutumière en prévoyant la répression des crimes suivants : violations graves des Conventions de Genève de 1949 (art. 2) ; violations des lois ou coutumes de la guerre (art. 3) ; génocide (art. 4) ; crimes contre l'humanité (art. 5) »²⁸. La modification de la partie générale du Code pénal élargira d'ailleurs les compétences des tribunaux suisses pour des crimes commis à l'étranger (voir les nouveaux articles 5 à 7 qui devraient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2007²⁹). A ce sujet, il convient de souligner le nouvel article 7, alinéa 2, lit. b, selon lequel peut être jugé « l'auteur [qui] a commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale »³⁰.

25 Cf. J. Pictet, *Commentaire relatif à la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (Convention I), Genève, CICR, 1952, p. 410 s.

26 Message du Conseil fédéral du 24 mars 1982 concernant la Convention européenne pour la répression du terrorisme et la modification du Code pénal suisse, *FF*, 1982, II 1, 11.

27 *FF*, 1999, 4911.

28 *FF*, 1999, 4915.

29 *FF*, 2002, 7658.

30 *FF*, 2002, 7661.

B. *L'immunité de juridiction pénale face au principe de l'universalité*

La Suisse est, d'une part, obligée de poursuivre des crimes graves en vertu du principe de l'universalité, mais elle est, d'autre part, également tenue de respecter le statut particulier dont bénéficient certains groupes de personnes en vertu du droit international. A ce propos, la question se pose de savoir quel est le rapport entre le principe de l'universalité et l'immunité de la juridiction pénale ainsi que l'inviolabilité personnelle dont jouissent certaines personnes.

Pour répondre à cette question, il convient d'abord de faire une distinction entre l'applicabilité des immunités *rationae personae* et *rationae materiae*. En d'autres termes, il faut d'abord examiner quelles catégories de personnes peuvent prétendre bénéficier de privilèges et d'immunités en matière pénale (contre l'arrestation et la poursuite), pour analyser ensuite la portée desdites immunités par rapport à la poursuite de crimes graves.

► *Les bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale*

Pour les besoins de notre étude, nous regrouperons, très schématiquement, les bénéficiaires d'immunités en quatre catégories : les chefs d'État et autres membres de gouvernements étatiques, les représentants diplomatiques et consulaires – y compris les représentants auprès d'organisations internationales –, les fonctionnaires des organisations internationales et, enfin, les délégués participant à des conférences.

En ce qui concerne les chefs d'État, il est généralement admis qu'ils jouissent de l'immunité de juridiction pénale durant leur mandat³¹. L'arrêt de la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire *Yerodia* a clairement affirmé ce principe³². La doctrine et la pratique³³ accordent ce même droit aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères, vu que ces trois catégories de personnes sont censées représenter l'État dans ses relations internationales³⁴. Elles bénéficient de l'immunité pénale lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre État, dans le cadre de leurs fonctions officielles, mais aussi en visite privée. L'arrêt de la CIJ dans l'affaire « *Yerodia* » affirme avec toute la clarté voulue³⁵ :

31 S. Métille, « L'immunité des chefs d'Etats au XXI^e siècle. Les conséquences de l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 », 82 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, n° 1 (janvier-avril), 2004, 50. Sir A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *RCADI*, 1994-III, 54.

32 *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République du Congo c. Belgique)*, arrêt de la CIJ du 14 février 2002, *CIJ Recueil* 2002.

33 Cf. avis de droit du 22 février 2001 de la Direction du droit international public (DDIP) du Département fédéral des affaires étrangères suisse, 5 *RSDIE*, n° 7.1, 2004, 684 s.

34 *CIJ Recueil* 2002, § 53.

35 *CIJ Recueil* 2002, § 55.

A cet égard, il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre « officiel » et ceux qui l'auraient été à titre « privé », pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions. C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre Etat à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. Les obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, que le ministre des affaires étrangères, au moment de son arrestation, ait été présent à titre officiel ou privé sur le territoire de l'Etat ayant procédé à cette arrestation, que celle-ci concerne des actes qu'il aurait accomplis avant d'occuper le poste de ministre des affaires étrangères ou des actes accomplis dans le cadre de ses fonctions, ou encore qu'elle concerne des actes qu'il aurait accomplis à titre « officiel » ou des actes qu'il aurait accomplis à titre « privé ». En outre, le simple fait qu'en se rendant dans un autre Etat ou qu'en traversant celui-ci un ministre des affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses fonctions.

La même règle s'applique d'ailleurs aux membres des représentations diplomatiques accrédités auprès de la Suisse conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. Les membres des missions permanentes auprès des organisations internationales se voient aussi appliquer ladite Convention de Vienne par analogie. Pour leur part, les hauts fonctionnaires des organisations internationales jouissent du statut diplomatique en vertu des clauses pertinentes des accords de siège conclus entre les organisations internationales et l'Etat hôte³⁶.

La Suisse est partie à la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales. Cette Convention règle le statut du chef de l'Etat et des personnalités de haut rang, ainsi que des autres représentants de l'Etat d'envoi qui se rendent en visite officielle (« mission spéciale » selon les termes de la Convention) auprès du gouvernement suisse. Par ailleurs, en vertu de l'article 18 de ladite Convention, des missions spéciales de deux ou plusieurs Etats peuvent se réunir en Suisse après avoir obtenu le consentement exprès de la Suisse ; ils se verront alors reconnaître les privilèges et immunités prévus par la Convention sur les missions spéciales pour les délégations se rendant auprès du gouvernement suisse. Tel est notamment le cas lorsque des Etats se réunissent en Suisse, souvent à l'incitation ou sur invitation de la Suisse, pour des pourparlers de paix. Aux termes de l'article 31 de la Convention sur les missions spéciales, « les représentants de l'Etat

36 Voir par ex. les articles IV et V de l'Accord sur les privilèges et immunités de l'ONU conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'ONU les 11 juin et 1er juillet 1946.

d'envoi dans la mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci jouissent de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat de réception ».

La situation juridique paraît moins évidente en ce qui concerne les autres membres d'un gouvernement étranger tels que les ministres (en dehors du ministre des affaires étrangères) ou les hauts représentants gouvernementaux tels les secrétaires d'État ou les militaires de haut rang lorsqu'ils ne participent ni à une conférence internationale ni à une mission spéciale au sens de la Convention sur les missions spéciales. La question n'est pas purement théorique, comme le montre la plainte pénale déposée en Suisse contre le ministre israélien de la défense et ses généraux³⁷. En l'absence d'une convention spécifique qui déterminerait leur statut lors d'une visite privée, l'immunité de juridiction pénale devrait reposer sur la coutume ou au moins sur la courtoisie entre États³⁸. La Belgique a résolu le problème avec sa dernière modification du Code de procédure pénale qui établit que « nul acte de contrainte relatif à l'exercice de l'action publique ne peut être posé pendant la durée de leur séjour, à l'encontre de toute personne ayant été officiellement invitée à séjourner sur le territoire du Royaume par les autorités belges »³⁹. En effet, il serait pour le moins contradictoire et contraire au principe de la bonne foi (*venire contra factum proprium*) qu'un gouvernement invite officiellement une haute personnalité étrangère, pour ensuite la faire arrêter au moment de son arrivée⁴⁰. Par contre, les hauts dignitaires autres que les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères ne semblent être protégés par aucune immunité internationale lors de leurs séjours privés à l'étranger⁴¹.

Les délégués aux conférences internationales sont protégés contre une arrestation ou une poursuite pénale dans la mesure où une convention internationale le prévoit. En Suisse, les délégués gouvernementaux participant à des conférences ou à des réunions organisées sous les auspices de l'ONU ou de toute autre organisation internationale avec laquelle la Suisse a conclu un accord de siège bénéficient de l'immunité de juridiction en vertu de ces accords de siège⁴². Il en est de même lorsque la conférence internationale est tenue en Suisse par une organisation internationale qui n'a pas son siège

37 Cf. « Klagen gegen Kriegsverbrecher. Wenn Völkerrecht zum Volkssport wird », *NZZ am Sonntag*, 1er juillet 2003 : <http://www.trial-ch.org/img/presentation/NZZ-KO.pdf>.

38 Avis de droit de la DDIP/DFAE du 22 février 2001, *op. cit.* (note 32), p. 685, ch. 2.2.

39 Art. 1 bis CPP, cité dans L. Reydam, *op. cit.* (note 3), p. 685.

40 A cause de la séparation des pouvoirs, un problème délicat peut cependant se poser si un juge demande l'arrestation de la personne en question.

41 Avis de droit de la DDIP/DFAE du 22 février 2001, *op. cit.* (note 32), p. 686, ch. 2.4.

42 Accord précité, *op. cit.* (note 35).

en Suisse, mais qui bénéficie néanmoins de privilèges et immunités en vertu d'un accord multilatéral sur les privilèges et immunités. Ainsi, la Suisse est partie à l'Accord sur les privilèges et immunités de l'Agence internationale de l'énergie atomique du 1^{er} juillet 1959. Le siège de cette organisation est à Vienne, mais il lui arrive de tenir des réunions sur le territoire suisse. Pour les autres conférences internationales, la Convention de 1969 sur les missions spéciales peut constituer la base juridique nécessaire pour l'immunité de juridiction pénale (art. 31), à condition que la Suisse décide d'appliquer ladite Convention à la conférence et à ses participants⁴³.

Les délégués des organisations non gouvernementales n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention sur les missions spéciales. Comme nous l'avons vu dans l'affaire « Falung Gong », les notes verbales des 16 et 25 juin 1999 entre l'ONU et la Mission d'observation permanente de la Suisse auprès de l'ONU, si elles n'accordent pas expressément d'immunité pénale, rappellent l'obligation faite à la Suisse en vertu de l'accord de siège conclu avec l'ONU de prendre toutes les mesures utiles pour faciliter l'entrée sur le territoire suisse, la sortie du territoire et le séjour des représentants ONG, afin de leur permettre d'assister aux réunions convoquées par l'ONU et de s'y exprimer librement.

► *Immunité pénale à l'égard de violations graves du droit international ?*

Une des questions très controversées⁴⁴ porte sur l'immunité de juridiction pénale à l'égard des crimes graves qui sont poursuivis en vertu du principe de l'universalité. La décision des « Lords » dans l'affaire « Pinochet »⁴⁵ fut remarquable à ce sujet, puisqu'elle niait qu'un chef d'État puisse invoquer l'immunité contre des crimes tels que la torture. Or, dans l'affaire « Yerodia », l'arrêt de la Cour internationale de Justice renverse cette affirmation des Lords, dont la portée et la valeur de précédent furent contestées⁴⁶. En effet, les juges de la CIJ disent :

La Cour a examiné avec soin la pratique des Etats, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des Lords ou la Cour de cassation française. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier,

43 En Suisse, ceci nécessite normalement une décision du Conseil fédéral.

44 Cf. S. Métille, *op. cit.* (note 30), p. 65.

45 United Kingdom House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, 38 *ILM*, No. 3, 1999, 561.

46 L. Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 209.

d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité⁴⁷.

En se référant notamment à l'arrêt « Yerodia », on admet aujourd'hui qu'un chef d'État jouit, tant qu'il est en fonction, de l'immunité absolue à l'égard de toute poursuite pénale, même pour les crimes les plus graves⁴⁸. Il ne s'agit cependant que d'une immunité « procédurale » et non « substantielle »⁴⁹, ce qui signifie que toute procédure est suspendue tant que le titulaire est en fonction, mais qu'il reste passible de poursuites, une fois qu'il aura quitté ses fonctions. Dans le même sens, les « Princeton Principles », élaborés en 2001 par un groupe d'éminents académiciens et praticiens du droit international public afin de faciliter l'application du principe de l'universalité, disposent, dans le principe n° 5, que la fonction officielle d'une personne accusée, par exemple, en tant que chef d'État ou responsable du gouvernement « shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment », mais lesdits principes reconnaissent néanmoins que ces personnes ne peuvent pas être poursuivies tant qu'elles sont en fonction, à cause de l'immunité que leur octroie le droit international et qui doit être respectée⁵⁰.

Naturellement, il en va différemment si un acte de droit international exclut expressément toute immunité de juridiction pénale. A ce sujet, il convient surtout de mentionner l'article 27, alinéa 2, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 18 juillet 1998, qui stipule expressément que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Le statut du Tribunal pénal international⁵¹ pour l'ex-Yougoslavie, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993), est un

47 *CIJ Recueil* 2002, § 58.

48 A. Watts, *op. cit.* (note 30), n'est cependant pas clair à ces sujet : voir pp. 54 et 81 s. Il distingue entre « immunité » et « responsabilité » en laissant ouverte la question de savoir quelle conséquence a la responsabilité d'un chef d'Etat pour des crimes graves sur son immunité.

49 *Commentary to the Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, in S. Macedo (ed.), *op. cit.* (note 1), p. 31.

50 *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction ibid.*, pp. 22, 31.

51 Le fait que le juge Lucius Caflisch, dans son ancienne fonction comme juriconsulte du DFAE, a substantiellement contribué à l'établissement de ce statut fut un facteur déterminant qui amena le Conseil de sécurité de l'ONU à accorder pour le droit accordé à la Suisse par le Conseil de sécurité de l'ONU le droit de participer à l'élection des juges du tribunal, malgré le fait qu'elle n'était à l'époque pas encore membre de l'ONU.

peu moins évident à ce sujet, malgré le fait que le rapport du Secrétaire général de l'ONU⁵² avait recommandé une exclusion expresse de l'immunité de juridiction. L'article 7 sur la responsabilité pénale individuelle dit, dans son premier alinéa, que « quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime » pour continuer, dans son alinéa 2, que « la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine. » Malgré la renonciation à une exclusion expresse de l'immunité, la formulation de l'article est pour le reste suffisamment claire pour réfuter l'argument selon lequel un chef d'État ou de gouvernement pourrait se retrancher derrière son immunité pour échapper à la compétence du tribunal. Le procès du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie contre l'ancien chef d'État de l'ex-Yougoslavie Slobodan Milosevic a d'ailleurs confirmé cette interprétation.

4. RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS

A. Conformité de la pratique suisse en matière d'application du principe de l'universalité avec le droit international

A notre avis, la pratique suisse, telle qu'illustrée par les trois exemples présentés, est en conformité avec le droit international. Comme nous l'avons vu, le droit des gens n'oblige pas les États à poursuivre des criminels qui ne se trouvent pas sur leur territoire, en application du principe de l'universalité. Le refus de l'auditeur en chef de l'armée suisse d'ouvrir une procédure pénale à l'encontre de M. Al-Tikriti est donc compatible avec le droit international. Dans le cas Habib Ammar, l'intéressé était protégé par les immunités de droit pénal que lui accordait l'accord de siège entre la Suisse et l'Union internationale des télécommunications (UIT), organisation spécialisée faisant partie du système des Nations Unies, puisqu'il se rendait à Genève en tant que délégué officiel à une conférence organisée sous les auspices de cette organisation. Selon les considérations de la CIJ dans son arrêt « Yerodia », on ne peut pas, en l'état actuel du droit, partir d'un principe général ni d'une règle coutumière qui feraient prévaloir le principe de l'universalité sur les immunités de juridiction pénale de nature conventionnelle

52 Rapport du Secrétaire général, établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, présenté le 3 mai 1993 (S/25704), par. 55.

ou coutumière⁵³. Cela signifie que tous les délégués gouvernementaux venant en Suisse pour une conférence internationale ou en mission spéciale bénéficient de l'inviolabilité personnelle ainsi que de l'immunité de juridiction, dans la mesure où les accords conclus par la Suisse le prévoient. Par conséquent, ils ne peuvent pas être arrêtés ni poursuivis par la justice pénale pour crimes graves, à moins qu'ils ne fassent l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par la Cour pénale internationale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou le Tribunal pénal international pour le Rwanda.

B. *Questions ouvertes*

Comme nous l'avons vu, plusieurs questions demeurent sans solution définitive. La situation des ministres ou des hauts représentants de l'Etat (outre les chefs d'Etat et de gouvernement et les ministres des affaires étrangères) reste ambiguë lorsqu'ils se trouvent en Suisse à titre semi-officiel ou privé, par exemple quand ils se rendent au « World Economic Forum » à Davos ou s'ils visitent une institution internationale telle que le CICR en dehors d'une conférence internationale ou mission spéciale⁵⁴. Si une plainte ou dénonciation est déposée à leur rencontre, peuvent-ils ou doivent-ils même être arrêtés par les autorités suisses, en application du principe de l'universalité ? Dans le cas de l'affaire « Yerodia », s'agissant d'un ministre des affaires étrangères, la Cour internationale de Justice a tranché la question par la négative. Est-ce que cela signifie, *a contrario*, que le droit international coutumier ne prévoit pas d'immunité de juridiction pénale pour d'autres ministres ou hauts fonctionnaires de l'Etat ? Une autre catégorie de personnes qui pourrait causer des problèmes politiques et diplomatiques délicats en cas d'arrestation sont les anciens chefs d'Etat et de gouvernement ou d'autres hautes personnalités politiques tels que des parlementaires. Evidemment, ces personnes ne bénéficient pas d'immunités quelconques en droit international.

Un problème additionnel qui demeure non résolu est le statut des délégués d'organisations non gouvernementales qui sont invités officiellement à participer à une conférence internationale. Les représentants de ces organi-

53 Cette conclusion semble également s'appliquer à l'immunité juridictionnelle des Etats (cf. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 novembre 2001 dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97 [2001] 761) même si ce jugement fut très contesté.

54 Dans son arrêt « *Adamov c. Office fédéral de la justice* » du 22 décembre 2005, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si un ancien ministre russe des affaires nucléaires peut bénéficier des immunités juridictionnelles en Suisse pour des actes commis pendant l'exercice de ses fonctions (ATF 132 II 81).

sations ne bénéficient pas, en principe, de privilèges ou immunités en droit international. Le cas « Falung Gong » démontre, de plus, que les délégués d'ONG peuvent non seulement être les accusateurs, mais aussi être accusés de crimes que l'Etat hôte devrait ou pourrait poursuivre conformément au principe de l'universalité. La question se pose, dès lors, de savoir si toutes les personnes participant à titre officiel à une conférence internationale devraient être protégées contre toute forme d'arrestation pour la durée de la réunion, quel que soit leur statut international. L'arrangement que la Suisse a trouvé, laissant l'ONU juger si une mesure de contrainte prise contre un membre d'une ONG constitue « une entrave » à ses activités, nous semble n'être que partiellement satisfaisant.

C. *Appréciation de la modification du Code pénal militaire*

Il est compréhensible que, devant les incertitudes qui persistent, le législateur suisse ait voulu clarifier les choses sur le plan légal. La révision du Code pénal militaire que nous avons évoquée ci-dessus avait précisément pour but de préciser l'applicabilité du principe de l'universalité face à une augmentation des plaintes qui, avec le temps, pourrait finir par menacer la position internationale de la Suisse en tant que pays hôte de conférences et d'organisations internationales. À ce propos, il est intéressant de noter que même des auteurs qui se prononcent en faveur du principe de l'universalité plaident pour une application « raisonnable » et signalent le risque d'abus à des fins politiques⁵⁵. Pour d'autres, la nature politique inhérente de telles plaintes est une raison de caution⁵⁶. Au cours de l'élaboration des « Princeton Principles » on évoquait « great concern that particular states will abuse universal jurisdiction to pursue politically motivated prosecutions »⁵⁷.

Le débat parlementaire autour de la révision de l'article 9 CPM montre d'ailleurs clairement que la volonté des Chambres fédérales de limiter l'application du principe de l'universalité était principalement motivée par la crainte que la Suisse ne devienne le for international pour toute sorte de plaintes pénales pour violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire, qui seraient non fondées ou tout simplement de nature politique⁵⁸. Bien que ce motif soit légitime, nous avons des doutes quant à la voie choisie pour

55 M.C. Bassiouni, *op. cit.* (note 1), p. 63. M.P. Stephen, "The Hissène Habré Case: The Law and Politics of Universal Jurisdiction", in : S. Macedo (éd.), *op. cit.* (note 1), p. 165.

56 M. Kirby, "Universal Jurisdiction and Judicial Reluctance", in : S. Macedo (éd.), *ibid.*, p. 253.

57 Commentary to the Princeton Principles on Universal Jurisdiction, *op. cit.* (note 48), p. 28.

58 S. Wehrenberg, « Die Kompetenzen und Zuständigkeiten der Militärjustiz zur Verfolgung von Kriegsverbrechen », *Jusletter* (14 mars 2005), S. 5, Rz 19.

obtenir le résultat souhaité. Il n'est évidemment pas logique d'ouvrir une procédure pénale en vertu du principe de l'universalité en sachant d'emblée qu'elle est vouée à l'échec. Mais l'introduction du « lien étroit » requis entre l'inculpé et la Suisse pour admettre la compétence du procureur militaire (l'auditeur en chef) ne suffit pas à se prémunir contre des procédures n'ayant aucune chance d'aboutir. Il se peut, en effet, que même une plainte contre un accusé ayant le « lien étroit » nécessaire n'aboutisse pas, les preuves essentielles pour le poursuivre faisant défaut⁵⁹.

La Suisse, de par sa tradition humanitaire et son engagement pour le respect des droits de l'homme, se doit d'appliquer le principe de l'universalité conformément au droit international. Les travaux législatifs préparatoires laissent pour le moins planer un doute sur la question de savoir si le lien étroit introduit à l'article 9 CPM ne fait que préciser l'état du droit actuel ou s'il ne constitue pas une restriction qui serait, à notre avis, difficilement compatible avec les dispositions du droit international relatives au principe de l'universalité⁶⁰. De surcroît, cette modification créerait une différence contestable par rapport au Code pénal civil, qui ne connaît pas une pareille condition dans son actuel article 6^{bis}⁶¹.

5. SOLUTIONS POSSIBLES

Dans un système moniste, tel qu'il existe en Suisse, deux options sont envisageables pour régler l'application du principe de l'universalité conforme au droit international : la première consisterait à laisser l'application de ce principe entièrement à l'appréciation des procureurs et des juges, en arguant que, de toute façon, l'applicabilité se décide de cas en cas. Cette approche a l'avantage d'être orientée vers le droit. Ce sont les juristes qui appliquent le principe de l'universalité, sans contrainte gouvernementale d'aucune sorte, leur seul guide étant leur conscience et le droit international. Le gouvernement, en respectant le principe de la séparation des pouvoirs, ne se mêle pas de ces affaires. Cette alternative a certes l'avantage d'une certaine « pureté juridique », mais elle ignore le fait que le procureur et le juge peuvent en fait se trouver dans une situation très délicate, où ils peuvent effectivement devenir l'objet de jeux politiques. Un autre risque lié à cette alternative est l'hétérogénéité de l'application du principe de l'universalité.

59 M. Duttweiler, « Der „enge Bezug“ in Art. 9 Abs. 1bis MStGB und sein Verhältnis zum Völkerrecht », *Jusletter* (21 mars 2005), S. 4, Rz 16.

60 Dans ce sens, voir : M. Duttweiler, *ibid.*, S. 3, Rz 13.

61 Respectivement les nouveaux articles 6 et 7 du Code pénal qui entreront en vigueur en 2007.

La deuxième option consisterait à régler par la voie législative la portée du principe de l'universalité, notamment ses rapports avec les privilèges et immunités conférés par le droit international. En fixant un cadre juridique clair, une loi rendrait l'application du principe de l'universalité plus prévisible et uniforme. Cependant, le risque inhérent de cette alternative est que le législateur restreigne trop la portée du principe par le souci d'éviter des problèmes politiques. L'exemple de l'article 9 CPM le démontre.

Une troisième voie pourrait combiner des mesures législatives et procédurales : à l'instar de la Belgique, il conviendrait de définir, dans une norme générale et abstraite, le cercle de personnes bénéficiant de protection contre toute mesure de contrainte à leur égard durant leur séjour en Suisse. Le cas échéant, il conviendrait également de fixer les conditions et le cadre permettant d'octroyer l'immunité de juridiction pénale (visite officielle, semi-officielle, privée, etc.). Finalement, la compétence pour ouvrir une procédure pénale en vertu du principe de l'universalité devrait, dans tous les cas, appartenir aux autorités *fédérales*. Tel est aujourd'hui le cas pour les délits qui tombent sous le Code pénal militaire (compétence de l'auditeur en chef) et, dans le domaine « civil », pour le crime de génocide selon l'article 264 du Code pénal⁶², mais pas nécessairement pour d'autres crimes comme la torture ou d'autres crimes graves. Avec tout le respect pour les qualités des instances cantonales, nous sommes d'avis que les cas qui tombent sous le principe de l'universalité sont d'une importance telle pour la Suisse en tant qu'Etat qu'ils justifient une *compétence exclusivement fédérale*. Celle-ci pourrait être réalisée par un amendement au Code pénal procédural confiant la tâche de poursuivre les crimes graves réprimés internationalement au ministère public de la Confédération.

En ce qui concerne la procédure, nous suggérerions l'approche suivante : si l'autorité de poursuite est saisie d'une plainte ou dénonciation par laquelle on demande l'application du principe de l'universalité, elle devrait – sauf si la demande est manifestement non fondée – examiner d'abord si la personne en cause bénéficie de l'immunité de juridiction pénale, le cas échéant en sollicitant un avis auprès des spécialistes de droit international. Si tel n'est pas le cas, elle serait libre de commencer son enquête et de procéder à l'arrestation du suspect s'il se trouve en Suisse.

En résumé, on pourra – et nous dirions même – on devra continuer la pratique existante par laquelle les autorités fédérales et cantonales, mais surtout le Procureur général de Genève, ont réussi à trouver un équilibre pragmatique entre le devoir d'appliquer le principe de l'universalité et le respect

62 FF, 1999, 4934 s. Voir aussi l'art. 340 al. 2 du Code pénal procédural suisse.

des engagements internationaux de la Suisse en tant qu'Etat hôte d'organisations internationales. L'alternative consisterait en une approche normative où l'on définirait, dans une loi fédérale, le cercle des bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale *contre toute sorte* d'accusation pénale. Cette solution paraît, à première vue, séduisante puisqu'elle permettrait de résoudre les questions juridiques et politiques que nous avons décrites. Cependant, une telle norme serait difficile à élaborer car elle devra délimiter l'étendue de l'immunité *rationae personae* et *rationae materiae* d'une façon claire et précise, et ceci en conformité avec l'état actuel du droit des gens. En effet, l'ambition de créer une norme nationale générale et abstraite se heurterait au problème que la pratique internationale en la matière ne semble pas être très solide et uniforme si l'on sort du cercle de personnes jouissant des immunités absolues telles que définies par l'arrêt "Yerodia" de la CIJ. Même si la Suisse, en tant qu'Etat hôte international, a un intérêt manifeste à régler cette probléune fois pour toutes. Au lieu de forcer une solution unilatérale, il nous semble préférable, voire nécessaire, que l'équilibre entre immunités juridictionnelles et impunité soit trouvé par un consensus au niveau international où les tribunaux internationaux auront un rôle déterminant à jouer. Surtout, la jurisprudence de la Cour pénale internationale pourra influencer la conscience internationale et, partant, la réflexion sur la portée de l'immunité. En conclusion, nous préconisons de participer activement au débat international et de suivre étroitement l'évolution de la jurisinternationale au lieu de légiférer au niveau national dans un sens qui risquerait d'être contraire au développement du droit des gens.

MILITARY OCCUPATION AND UN TRANSITIONAL
ADMINISTRATIONS – THE ANALOGY AND
ITS LIMITATIONS

*Daphna Shraga**

1 INTRODUCTION

For three decades the United Nations Temporary Executive Authority for West Irian, established in 1962 as a Transitional Administration from Dutch to Indonesian rule, remained an isolated case of a UN territorial Administration. While over the years, peacekeeping operations in the Congo, Lebanon, Cyprus and in Somalia exercised powers of administration and governance in their areas of operation, it was not until the 1990s that a sequence of UN Transitional Administrations were established in Cambodia, Eastern Slavonia, in Kosovo and East Timor with a mandate to administer a territory and population. By the end of the decade, the question of what law governs the activities of UN Administrations and the relevancy of the analogy to military occupations became increasingly acute.

With the promulgation in 1999 of the Secretary-General's Bulletin on the Observance by UN Forces of International Humanitarian Law,¹ the applicability to UN operations of the entire body of international humanitarian law, of which the laws of occupation are a part, was officially recognized. By then as well, the UN twin-Administrations in Kosovo and East Timor were exercising all-inclusive administrative and legislative powers in circumstances which resembled the most those of an occupied territory, and

* Principal Legal Officer, Office of the Legal Counsel, Office of Legal Affairs, United Nations. The views expressed in this chapter are those of the author and do not necessarily reflect the opinion of the Office of Legal Affairs or of the United Nations.

1 Secretary-General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13 of 6 August 1999.

where the limitations on the full breadth of their powers and competencies could only be inferred from the laws of occupation. In the decade that followed, the question of the applicability of the laws of occupation to UN operations has arisen also in the context of Iraq, where the UN operation, while not an Occupying Power itself, cooperated with a coalition of Occupying Powers in the administration of occupied Iraq.

2 AN “OCCUPIED TERRITORY” – THE DEFINITIONAL ISSUE

The century-old definition of an “occupied territory” as a territory “actually placed under the authority of the hostile army”, still defines the threshold for the applicability of the laws of occupation. The basic assumption underlying Article 42 of the 1907 Hague Regulations, that a military invasion necessarily precedes an occupation, was somewhat refuted in Article 2(2) of the Fourth Geneva Convention of 1949, which provides that the Convention “shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory *even if the said occupation meets with no armed resistance*” (emphasis added). The scope of application of the Convention, and that of the laws of occupation more generally, was thus broadened to include military occupation not necessarily preceded by armed hostilities.² In the practice of States it was broadened further to include other forms of occupation, notably peacetime or consensual occupation.³

A contemporary, broadly-based definition of occupation, whether the result of a conflict, or the outcome of an armistice or a peace agreement, is contained in Benvenisti’s oft-quoted passage, as “the effective control of a power (be it one or more States or an international organization, such as the United Nations) over a territory to which that power has no sovereign title, without the volition of the sovereign of that territory”.⁴ Premised, however, on the assumption that ‘occupation by consent’ does not preclude the appli-

2 J.S. Pictet, (ed.) *Commentary, Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958, p. 21.

3 On peace time occupation, see G. von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory. A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1957, p. 27; A. Roberts, “What is a Military Occupation?”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, 1984, pp. 249, 273-279.

4 E. Benvenisti, *The International Law of Occupation* (Princeton NJ, Princeton University Press, 1993), p. 4. According to Roberts, occupation occurs wherever the “armed forces of a country are in control of foreign territory and find themselves face to face with the inhabitants,” Roberts, *ibid.*, pp. 250, 300-301; C. Greenwood, “The Administration of Occupied Territory in International Law”, in Playfair, E. (ed.) *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1992, pp. 241-266.

cation of the laws of occupation, the fact of the volition or agreement of the sovereign is not, as such, conclusive. Rather, it is the fact of exercising *exclusive* governmental or administrative authority in the territory *independently of the displaced sovereign*, which qualifies the foreign presence as an Occupant and the ‘source of authority’ in the occupied territory. Occupations of all kinds⁵ are characterized by the principle of inalienability of sovereignty by force, and the tension between the suspended sovereignty of the ousted sovereign and the all-inclusive administrative authority of the Occupant over the territory and its population. They are, for the most part, distinguished also by the conflict of interests inherent in the relationship between the foreign presence and the local inhabitants, or between the Occupant and occupied.⁶

While some of the most distinctive features of military occupation – an effective and exclusive control over a territory and its population independently of the existing or displaced sovereign – characterized also the peacekeeping operations in the Congo, Lebanon, Cyprus, and in Somalia, and the UN Administrations in West Irian, Cambodia, Eastern Slavonia and the twin-Administrations in Kosovo and East Timor, the laws of occupation have never been applicable to any of these operations *de jure* or by analogy. In exercising effective control and governmental authority in their areas of operations, the traditional peacekeeping operations in the Congo, Lebanon, Cyprus and in Somalia were mandated, expressly or by implication, “to assist” the Government or the national authorities in place. In West Irian, Cambodia, Eastern Slavonia and Bosnia and Herzegovina, their mandate “to administer” was limited by agreement to well-defined areas of governance on behalf of the existing or the future sovereign. And in Kosovo and East Timor, where the mandate to administer the territory and its population was all-inclusive and the analogy most obvious, the specificities of the twin-Administrations precluded the applicability of the laws of occupation and put limitations on the analogy.

An empirical study of the analogy between military occupation and UN Administrations begins with the traditional peacekeeping operations which, within their mandate “to assist”, exercised exclusive administrative authority and control in their areas of operation.

5 Roberts lists seventeen kinds of occupations, including belligerent occupation, occupation of a neutral or allied territory, occupation following an armistice agreement, occupation after the end of active hostilities and peacetime occupation by consent, *ibid.*, p. 261 et seq.

6 Benvenisti, *supra* (note 4), pp. 4-5.

3 UNITED NATIONS PEACEKEEPING OPERATIONS IN THE CONGO, LEBANON, CYPRUS AND IN SOMALIA – A MANDATE “TO ASSIST”

The United Nations Force in the Congo (ONUC), established by Security Council resolution 169 of 24 November 1961, was mandated to assist the Central Government of the Congo in the restoration and maintenance of law and order, to prevent the occurrence of civil war, to secure the withdrawal of all foreign military and advisory personnel, and to render technical assistance. In the face of total breakdown of governmental authority and State infrastructure, it fell to the Force to perform functions traditionally reserved for States, and notably, maintaining law and order and rebuilding or restructuring essential services, air-traffic, telecommunication, customs and migration offices, healthcare, education, banking system, agriculture, labour and public administration.⁷

The United Nations Force in Lebanon (UNIFIL) was established by Security Council resolution 425 (1978), with the mandate to assist the Government of Lebanon in ensuring the return of its effective authority to Southern Lebanon – an admission, albeit implicit, that pending its return, the UN Force would assume effective control over the densely populated area.⁸ In discharging its mandate, UNIFIL ensured in its area of operation water and electricity supplies, restoration of health services, distribution of food supplies and rebuilding and repairing of houses, schools and roads.⁹

The United Nations Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP), established by Security Council resolution 186 (1964), was mandated “to use its best efforts to prevent a recurrence of fighting and, as necessary, to contribute to the maintenance and restoration of law and order”. In the wake of the events of 1974, UNFICYP was tasked, in addition, with monitoring the cease-fire lines between the Turkish forces and the Cypriot National Guard, and patrolling a buffer area between the lines. Within the buffer zone, UNFICYP’s authority was exclusive, and its functions included facilitating cooperation in the provision of water, electricity and sewage services, assisting in a variety of projects in the infrastructure, farming and ecological areas and performing other humanitarian functions made necessary by the separation of the two communities on either side of the zone.¹⁰

7 R. Higgins, *United Nations Peacekeeping, 1947-1967*, Vol. III, Africa (Oxford, Oxford University Press, 1980), pp. 37-48.

8 Secretary-General’s Report on the implementation of Security Council resolution 425 (1978), (S/12611).

9 UN. Docs. S/12845 and S/13258.

10 For a description of UNFICYP’s functions within the buffer zone throughout the years, see Secretary-General’s reports: S/12253 of 9 December 1976, paras. 19-27; S/1998/488 of 10 June

The United Nations Operation in Somalia (UNOSOM II), the first enforcement action under UN command since the Congo operation in the early 60s, was mandated by Security Council resolution 814 (1993) to establish throughout the country a secure environment for humanitarian assistance, and to that end to restore, by force if necessary, peace, stability and law and order. In the absence of a Government and in the face of total breakdown of all governmental structures, UNOSOM II assumed a range of governmental functions beyond what had originally been envisaged in its mandate. In re-building governmental structures, establishing the Somali judiciary, police and detention facilities, re-introducing the Somali Penal Code of 1962 as the criminal law in force in Somalia, and appointing judges, UNOSOM II had practically acted as a ‘provisional government’, if not, in part, outside its mandate.¹¹

Mandated “to assist” the Government or the national authorities in place, the peacekeeping operations in the Congo, Lebanon, Cyprus, and in Somalia did not displace the legitimate sovereign or replace it with their own system of governance, nor were they considered the “source of authority” – an authority which throughout the operation was vested in the Government or the national authorities. The “legitimate power”, in the words of Article 43 of the Hague Regulations, had never passed on to the hands of the UN Force. The absence of a mandate to administer a territory is what distinguished the traditional peace-keeping operations from the UN Administrations in West Irian, Cambodia, Eastern Slavonia, and Kosovo and East Timor, where both the relevancy and limitations of the analogy of “occupied territory” were tested.

1998, para. 25; S/1999/657 of 8 June 1999, para. 6; S/2000/496 of 26 May 2000, para. 8; S/2004/756 of 24 September 2004, paras. 17-19, 23, and S/2005/353 of 27 May 2005, para. 25.

11 Security Council resolution 814 (1993), paras. 4 and 14. See also Secretary-General’s reports S/26317 of 12 August 1993 and S/26738 of 12 November 1993. UNOSOM II has failed to distinguish between its powers under Chapter VII to restore law and order, and its powers to assist the Somali people in restoring the country’s political structure and organs of governance. The Commission of Enquiry established pursuant to Security Council resolution 885 (1993) to determine the causes of the armed attacks against UNOSOM personnel, concluded that in enforcing its mandate in the political areas and imposing its solutions on the Somali Parties, in disregard of the Addis-Ababa Accords and the Transitional National Council (TNC), the repository of the Somali sovereignty, not only was UNOSOM II perceived by local institutions as interfering in Somali politics, but it had also acted outside its mandate. The Commission also considered the application of the old Somali Penal Code, as it existed in 1962 in the period of democracy before the Barre regime, as “imposing” rather than “assisting”, and thus beyond the Force mandate (Report of the Commission of Inquiry Established Pursuant to Security Council Resolution 885 (1993) to Investigate Armed Attacks on UNOSOM II Personnel which led to Casualties Among Them, in *The United Nations and Somalia, 1992-1996*, The United Nations Blue Book Series, Vol. VIII (New York, United Nations, 1996), p. 369 at p. 383 (Document 88); M.J. Kelly, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations, The Search for a Legal Framework* (The Hague, Kluwer Law International, 1999), pp. 42-46.

4 UNITED NATIONS ADMINISTRATIONS IN WEST IRIAN, CAMBODIA AND EASTERN SLAVONIA – A MANDATE “TO ADMINISTER”

Unlike the “traditional” peacekeeping operations whose mandate “to assist” was established in the founding UN resolution, the “first generation” UN operations with a mandate “to administer” derived their mandate from an agreement between the parties as endorsed by the UN Security Council or General Assembly resolution, and to the extent of such endorsement. Unlike the former peacekeeping operations also, the UN Administrations in West Irian, Cambodia and Eastern Slavonia had a mandate, however limited, “to legislate”.

A. *The United Nations Temporary Executive Authority (UNTEA) in West New Guinea (West Irian), 1962-1963*

The Agreement concluded between Indonesia and the Netherlands on 15 August 1962 Concerning West New Guinea (West Irian) settled the dispute over the future status of the territory,¹² and provided for the establishment of a United Nations Temporary Executive Authority (UNTEA) with a mandate to administer the territory in transition from Dutch to Indonesian rule. While maintaining the existing laws and regulations in force, the Agreement empowered the UN Administrator to promulgate new laws and regulations and to amend existing ones, to appoint or remove government officials and to guarantee the inhabitants their basic human rights. By Resolution 1752 (XVII), the General Assembly took note of the Agreement, and authorized “the Secretary-General to carry out the tasks entrusted to him in the Agreement”.¹³ For the duration of its seven-month administration, UNTEA strived to ensure that with the sudden departure of all Dutch personnel, there was no disruption in public services, economic life and the administration of justice, and that Indonesian qualified personnel were gradually inducted into their respective offices.¹⁴

12 Agreement between the Republic of Indonesia and the Kingdom of the Netherlands Concerning West New Guinea (West Irian), 15 August 1962, 437 *UNTS*, 274.

13 GAOR, 17th Session, Supplement No. 17, (A/5217), p. 70.

14 “Annual Report of the Secretary-General on the Work of the Organization”, 16 June 1962–15 June 1963, GAOR, 18th Session, Supplement No. 1 (A/5501), pp. 35-40; and Supplement No. 1A (A/5501/Add.1), p. 4; R. Higgins, *United Nations Peacekeeping, 1946-1967, Documents and Commentary*, Vol. II, Asia (Oxford, Oxford University Press, 1970), pp. 91 et seq.

B. *The United Nations Transitional Authority in Cambodia (UNTAC), 1991-1995*

The Agreement on Comprehensive Political Settlement of the Cambodia Conflict signed at the close of the Paris Conference on 23 October 1991, established the Supreme National Council (SNC) as “the unique legitimate body and source of authority in which, throughout the transitional period, the sovereignty, independence and unity of Cambodia [were] enshrined”. It provided also for the establishment of the United Nations Transitional Authority in Cambodia (UNTAC) with the necessary powers to ensure the implementation of the Agreement including the organization and conduct of free and fair elections.¹⁵ In its resolution 745 (1992), the Security Council re-affirmed its full support for the Agreement. It approved the Secretary-General’s plan for its implementation, and decided to establish the United Nations Transitional Authority in Cambodia in accordance with the Secretary-General’s plan.

As the authority embodying the Cambodian sovereignty for the duration of the transitional period, the SNC retained overall legislative powers in all areas of civil administration, with the exception of the electoral process, in respect of which UNTAC was empowered to establish, in consultation with the SNC, “a system of laws, procedures and administrative measures necessary for the holding of a free and fair election in Cambodia, including the adoption of an electoral law”.¹⁶ Pursuant to his authority under the Agreement, the Special Representative of the Secretary-General promulgated in August 1992 the United Nations Electoral Law for the Conduct of a Free and Fair Election of a Constituent Assembly for Cambodia”.¹⁷

C. *The United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium (UNTAES), 1996-1998*

The Basic Agreement on the Region of Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium, signed between the Government of the Republic of Croatia and the local Croatian Serb authorities in Eastern Slavonia on 12 November 1995,¹⁸ paved the way, after four years of war, for the re-integration of the area held by the Serb authorities, known as “the Republic of

15 Agreement on a Comprehensive Political Settlement of the Cambodia Conflict, UN. Doc. S/23177-A/46/608 of 30 October 1991; S.R. Ratner, “The Cambodia Settlement Agreements”, 87 *AJIL*, 1993, 1.

16 Agreement on a Comprehensive Political Settlement, *ibid.*, Annex 1, s. (e), Art. 3(a).

17 See <http://www.aceproject.org>.

18 Basic Agreement on the Region of Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium, A/50/757-S/1997/951, of 15 November 1995, Annex.

Serb Krajina”, to Croatia. To ensure a peaceful re-integration of the region into the Croatian constitutional system, the Parties had requested the Security Council to establish a Transitional Administration to govern the region for the transitional period, with the powers to establish a temporary-police force, organize election for local government bodies, monitor the respect for human rights, and establish the normal functioning of all public services in the region. By resolution 1037 (1996), the Security Council expressed its support for the Basic Agreement, and decided to establish the United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium (UNTAES).

During its two-year administration, UNTAES facilitated the civilian re-integration of regional public institutions and enterprises, basic services and the local judiciary. With the phasing out of laws enacted by the local Serb authorities in the period since 1991, Croatian law was gradually re-introduced without affecting acquired rights. On 29 May 1997, the Transitional Administrator issued a Directive proclaiming the Croatian law in effect in the UNTAES region as of 1 June 1997.¹⁹

D. The High Representative in Bosnia and Herzegovina – A Case of Non UN-Administration, 1995-

The presence in Bosnia and Herzegovina of the Office of the High Representative for the Implementation of the Peace Agreement in Bosnia and Herzegovina has often been perceived as another example of a UN territorial Administration. Designated at the request of the Parties to the General Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (the “Dayton Agreement”),²⁰ the High Representative was mandated to facilitate the Parties’ efforts in implementing the peace settlement and the resolution of any difficulties arising in connection with the Agreement on Civilian Implementation of the Peace Agreement (Annex 10).²¹ In so doing, the High Representative retained the final authority regarding the interpretation of the Agreement; a power interpreted to

19 Secretary-General’s reports S/1997/487 of 23 June 1997; S/1997/767 of 2 October 1997, and S/1997/953 of 4 December 1997; see also M. Bothe, “The Peace Process in Eastern Slavonia”, 3 *International Peacekeeping*, 1995-1996, 6.

20 General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, signed on 21 November 1995, (A/50/790-S/1995/999, of 30 November 1995, Attachment).

21 Agreement on Civilian Implementation of the Peace Settlement, Annex 10, Arts. II and V, *ibid.*, pp. 112 and 114, respectively. By resolution 1031 (1995), the Security Council endorsed “the establishment of a High Representative, following the request of the parties, who . . . will monitor the implementation of the Peace Agreement and mobilize and, as appropriate, give guidance to, and coordinate the activities of, the civilian organizations and agencies involved” (para. 26). In paragraph 27 of the resolution, the Security Council confirmed “that the High Representative is the final authority in the theatre regarding interpretation of Annex 10 on the Civilian Implementation of the Peace Agreement”.

constitute the basis for his legislative powers in a wide range of fields relating to constitutional and economic issues, judicial reform, property law, the return of displaced persons and refugees, and the removal or suspension of officials, among others.²²

The Office of the High Representative in Bosnia and Herzegovina is thus a unique example of foreign presence with no mandate to administer the territory, but with limited executive and legislative powers exercised with the consent of the Parties, and in implementation of the Peace Agreement. For the purpose of the analogy, therefore, Bosnia and Herzegovina cannot be considered a UN-administered territory.

5 THE UNITED NATIONS INTERIM ADMINISTRATION MISSION IN KOSOVO (UNMIK) AND THE UNITED NATIONS TRANSITIONAL ADMINISTRATION IN EAST TIMOR (UNTAET) – THE RELEVANCY OF THE ANALOGY

The UN Administrations for Kosovo and East Timor were established by Security Council resolutions 1244 (1999) and 1272 (1999) to administer, in circumstances of post-conflict societies, the province of Kosovo pending a determination of its final status, and the territory of East Timor in transition to independence. Unparalleled in the scope and complexity of their powers and competences, the twin-Administrations were entrusted with a comprehensive mandate of humanitarian, governance, economic reconstruction and sustainable development, and were endowed with all-inclusive legislative, administrative powers, including the administration of justice.²³

Although the laws of occupation have never been applicable to any of the UN Administrations explicitly or by implication, in the administration of Kosovo and East Timor principles analogous to those of the laws of occupation applied to questions of respect for the local law and international human rights standards, the administration of state and socially-owned property, the immunity of the UN Administration from local jurisdiction, and the limitations imposed on its overall administrative authority by the principle of non-alienability of sovereignty.

A. *Respect for the Applicable Law*

Security Council resolution 1244 – UNMIK’s founding resolution – did not explicitly endow it with legislative, administrative and judiciary powers,

22 For the Decisions of the High Representative, see <http://www.ohr.int/decisions>.

23 H. Strohmeyer, “Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor”, 95 *AJIL*, 2001, 35; M.J. Matheson, “United Nations Governance of Post Conflict Societies”, *ibid.*, 76.

although such powers were implied in its all-inclusive mandate to promote the establishment of a substantial autonomy and self-government in Kosovo.²⁴ By the time the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) was established, the power “to exercise all legislative and executive authority, including the administration of justice” was explicitly provided for in Resolution 1272.²⁵

The principle that the applicable law in the territory shall continue in effect to the extent of its consistency with international human rights standards and subsequent legislation, was the basic premise of the legislative authority of the UN Administrations in Kosovo and East Timor.²⁶ Drawn by analogy from Article 43 of the Hague Regulations, where the power to legislate when “absolutely necessary” is the exception to the rule of respect for the local law in force, it was also a recognition that the continuity of the existing legislation would ensure the stability of legal institutions and transactions in the territory and avoid a legal vacuum in the transitional period.²⁷

24 Regulation 1999/1 On the Authority of the Interim Administration in Kosovo, the first legislative act of the UN Administration, provides that:

All legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary, is vested in UNMIK and is exercised by the Special Representative of the Secretary-General.

25 Para. 1; Report of the Secretary-General, S/1999/1024 of 4 October 1999, para. 32. It was reflected also in UNTAET Regulation 1999/1 in terms identical to those of UNMIK Regulation No. 1. S. 1.1 of UNTAET Regulation 1999/1 On the Authority of the Transitional Administration in East Timor.

26 In the territories of Kosovo and East Timor, the determination of the “applicable law”, as the law prevailing at the time of the establishment of the UN Administration or at any earlier point of time, was controversial both politically and legally. Section 3 of UNMIK Regulation 1999/1 provided that the laws applicable in the territory of Kosovo prior to 24 March 1999 shall continue to apply in Kosovo insofar as they do not conflict with internationally recognized human rights standards, the fulfillment of UNMIK’s mandate, and any of its subsequent Regulations. The “applicable law”, as defined in Regulation 1999/1 was the law introduced in the province by FRY in 1989 in revocation of Kosovo’s autonomous status, and was perceived by Albanian Kosovars as an instrument of oppression. Faced with a threat of massive resignation of judges and prosecutors, if the 1989 law were not re-instated, the SRSG amended Regulation 1999/1. In Regulations 1999/24 and 1999/25 On the Law Applicable in Kosovo, the “applicable law” was defined to include: UNMIK Regulations, the law in force in Kosovo on 22 March 1989, and the FRY law where, in the circumstances, none of the above were applicable, provided that it was not inconsistent with internationally recognized human rights standards. (Regulation 1999/24 On the Law Applicable in Kosovo, s. 1; Report of the Secretary-General (S/1999/1250 of 23 December 1999, paras. 55-57). Like in Kosovo under the FRY, in East Timor under Indonesian rule, the “applicable law” was perceived to be an instrument of oppression. In consultation with the East Timorese representatives, however, it was agreed to maintain the law applicable in East Timor prior to 25 October 1999, the day Security Council resolution 1272 was adopted. (s. 3.1 of UNTAET Regulation 1999/1).

27 On the legislative powers of the Occupant under Article 43 of the Hague Regulations and Article 64 of the Fourth Geneva Convention in a perspective of time, von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory*, *supra* note 3, pp. 94-100; *id.*, *Law Among Nations. An Introduction to Public International Law*, 7th ed. (Boston, Allyn and Bacon, 1996), pp. 676-

B. *The Obligation to Respect and Ensure Respect for Internationally Recognized Human Rights Standards*

The obligation to respect and ensure respect for international human rights standards in the territories of their administration was the foremost principle of all UN-Administrations since the Temporary Executive Authority for West Irian.²⁸ In Kosovo and East Timor, international human rights standards, contained in core international and regional human rights conventions, were incorporated into the “applicable law” by UNMIK Regulation 1999/1 as amended by Regulation 1999/24, and by its UNTAET twin-Regulation 1999/1.

The principle that international human rights standards prevail in case of inconsistency over local law, applies in UN-administered and occupied territories alike. In both cases, the principle of respect for the core human rights principles is an obligation imposed upon the foreign Administration and a basis for its authority to legislate or to amend existing legislation. As an exception to the obligation to maintain “unless absolutely necessary” the existing law in force in the occupied territory, Article 64(2) of the Fourth Geneva Convention empowers the Occupant to legislate in application of the Convention, notably in the fields of child welfare, labour, food, hygiene and public health,²⁹ a power interpreted broadly to include legislation in implementation of international humanitarian law and international human rights law, more generally.³⁰

-
- 679; Y. Dinstein, “Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peace Building”, *HPCR Occasional Paper Series, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research* (Harvard University, Fall 2004) (see <http://www.hsph.harvard.edu/hpcr>); M. Sassòli, “Article 43 of the Hague Regulations and Peace Operations in the Twenty-First Century”, Background Paper prepared for Informal High-Level Expert Meeting, 25-27 June 2004 (see <http://www.hsph.harvard.edu/hpcr>); Benvenisti, *supra* (note 4), pp. 9-14.
- 28 In the 1962 Agreement between Indonesia and the Netherlands, UNTEA and Indonesia were “to guarantee fully the rights, including the rights of free speech, freedom of movement and of assembly of the inhabitants of the area”. The Agreement on a Comprehensive Political Settlement of the Cambodia Conflict entrusted UNTAC with the responsibility to foster an environment “in which respect for human rights shall be ensured”, and in the Basic Agreement on the Region of Eastern Slavonia, the Parties agreed that “[T]he highest levels of internationally recognized human rights and fundamental freedoms shall be respected in the region”.
- 29 Art. 64, para. 2 of the Fourth Geneva Convention; Pictet *supra*, note 2, p. 337.
- 30 Sassòli, *supra* (note 27), pp. 12-14; Benvenisti, *supra* (note 4), pp. 187-189. On the applicability of a core human rights law in situations of armed conflict, including in occupied territories, see Benvenisti, *ibid.*, pp. 209-210; E. Benvenisti, “The Security Council and the Law on Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective”, (see www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/work.html), pp. 14-15; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Advisory Opinion, 2004 (A/ES-10/273 of 13 July 2004), paras. 105-114; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 2005, paras. 216-220.

C. *The Administration of State and Socially-Owned Property*

In a language reminiscent of Articles 53 and 55 of the Hague Regulations,³¹ Section 6 of UNMIK Regulation 1999/1 provides that “UNMIK shall administer movable or immovable property, including monies, bank accounts, and other property of, or registered in the name of the Federal Republic of Yugoslavia or the Republic of Serbia or any of its organs”.³² While maintaining a clear distinction between private property and state property – a fundamental distinction under the laws of occupation – the status and disposition of “socially-owned property”, as a third category of “collectively-owned” property, has given rise to some debate.

Within UNMIK’s overall mandate under Resolution 1244 to support the reconstruction of key infrastructure and reconstruct the economy in Kosovo in the spirit of the Rambouillet Accord and free-market principles, UNMIK has undertaken the privatization of public and socially-owned enterprises through the Kosovo Trust Agency established to administer publicly and socially-owned Enterprises, as a Trustee for their owners.³³ Unlike the seizure and wholesale of the Soviet collective farms during World War II by the German occupation authorities in total disregard of the property rights of members of the collectivity,³⁴ the privatization process in Kosovo was carried out in full respect of the rights of owners and creditors, and without prejudice to “ownership titles in the Socially-owned Enterprise”.³⁵

31 Article 53 of the Hague Regulations provides in its relevant part that: “An army of occupation can only take possession of cash, funds, and realizable securities which are strictly the property of the State, . . . and generally, all movable property belonging to the State which may be used for military operations”. Article 55 provides, in part: “The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country”.

32 See also Section 7 of UNTAET Regulation 1999/1.

33 Regulation 2002/12 On the Establishment of the Kosovo Trust Agency.

34 The question of the Occupant’s power to seize or dispose of “socially” or “cooperative-owned” property was not foreseen in the Hague Regulations. It was for the first time raised during the Second World War in the Soviet occupied territories in respect of the “collective farms” (kolkhoz). The Soviet position that collective farms should be assimilated to State property was rejected by the German occupation authorities which officially “abolished” the farms, but practically allowed them to operate under German supervision and for the benefit of the Occupying authorities. The collective farms were eventually sold or turned over to German private citizens and companies, and their proceeds accrued to the Occupant. G. von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory*, *supra* (note 3), pp. 177-178; *id.*, *Law Among Nations*, *supra* (note 27), p. 687.

35 Regulation 2003/13 On the Transformation of the Right of Use to Socially-owned Immovable Property protects the rights of employees of Socially-owned Enterprises, and guarantees them 20% share of the proceeds from the privatization of subsidiary corporation of Socially-owned Enterprises (s. 10). Regulation 2002/13 On the Establishment of a Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo on Kosovo Trust Agency Matters ensures that the process of privatization as a whole is carried out under the supervision of a mixed-composition Court.

D. *Immunity of the UN Administration from Local Jurisdiction*

UNMIK Regulation 2000/47 On the Status, Privileges and Immunities of KFOR and UNMIK and Other Personnel in Kosovo grants UNMIK and its personnel a wide range of privileges and immunities, notably from local jurisdiction in respect of both civil and criminal acts. The broad immunity from local jurisdiction to which UNMIK is entitled – beyond what it would otherwise be entitled to as a UN subsidiary organ – was inspired by the laws of occupation, and the customary international law principle that the Occupying Power “is not subject to the courts or to the laws of the occupied enemy State, and indigenous courts do not have jurisdiction over members of occupying forces”.³⁶ A statement of the law recently re-affirmed by the Coalition Provisional Authority in Iraq in its Order No. 17 on the Status of the Coalition Foreign Liaison Missions, Their Personnel and Contractors; preambular paragraph 2 of which states that “under international law occupying powers, including their forces, personnel, property and equipment, funds and assets, are not subject to the laws or jurisdiction of the occupied territory”.³⁷

E. *‘Suspended Sovereignty’ and ‘Overall Administrative Authority’ – Defining the Fine Line*

The tension inherent in military occupations of all kinds between the notion of “suspended sovereignty” of the displaced sovereign and the overall administrative authority of the Occupant, has been a common feature also of the UN Administrations for Kosovo and East Timor. Under the laws of occupation, both the Occupant – to whom only “the authority of the legitimate power” is transferred – and the ousted sovereign – whose sovereignty, for the duration of the occupation, is suspended – are barred from exercising sovereignty in the occupied territory.³⁸

36 Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory*, *supra* (note 3), p. 112; *id.*, *Law Among Nations*, *supra* (note 27), p. 679. For a critical analysis of UNMIK’s scope of privileges and immunities, see the First Special Report of the Ombudsman Institution in Kosovo on the Compatibility with Recognized International Standards of UNMIK Regulation No. 2000/47; in which it was concluded that UNMIK Regulation 2000/47 On the Status, Privileges and Immunities of KFOR and UNMIK is incompatible with recognized international human rights standards and the European Convention on Human Rights.

37 Section 2 of the Order further grants immunity from Iraqi legal process to the CPA, Coalition Forces and Foreign Liaison Missions, their property, funds and assets, and Foreign Liaison Missions personnel, and all-inclusive immunity from local criminal, civil and administrative jurisdiction to all Coalition personnel.

38 The right of the ousted sovereign to exercise sovereign powers affecting a territory under UN Administration was questioned in connection to the 2001 Agreement between the FRY and the Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM) on Border Demarcation between the two

Similarly, in the cases of Kosovo and East Timor, the Security Council endowed the UN Administrations with overall administrative authority, while recognizing the sovereignty and territorial integrity of the State of which the UN-administered territory had previously been part.³⁹ In neither case, however, was it the intention of the Council to recognize or guarantee that the territory placed under the UN Administration would revert to the ousted sovereign at the expiration of the UN mandate, or revert to it in the manner it has been prior to the UN Administration.⁴⁰ In the practice of UNMIK and UNTAET, defining the fine line between ‘full administrative authority’ and ‘attributes of sovereignty’ was the single most important challenge for the duration of each Administration. It was most acutely manifested in connection with the international representation of the UN administered territory,⁴¹ and the treaty-making power of the UN Administration on behalf of the administered territory.⁴²

countries, affecting the Kosovo part of the border. Although the better legal view has been that the Kosovo border at the time Security Council resolution 1244 was adopted could not be changed for the duration of the UN Administration, and that while UNMIK had no sovereign title, FRY did not have a “sovereign power” either, the Security Council decided otherwise. In a Presidential Statement of 12 March 2001, it recalled the need to respect the sovereignty and territorial integrity of the Former Yugoslav Republic of Macedonia, and emphasized in this connection that the border demarcation agreement signed on 23 February 2001 “must be respected by all” (S/PRST/2001/7 of 12 March 2001).

- 39 In establishing the civil and security presences in Kosovo, Security Council resolution 1244 re-affirmed the commitment of all member States “to the *sovereignty and territorial integrity* of the Federal Republic of Yugoslavia”, and the “call . . . for substantial autonomy and meaningful self-administration for Kosovo”. In its resolution 1272 establishing the UN Transitional Administration in East Timor, the Council likewise re-affirmed the respect “for the *sovereignty and territorial integrity* of Indonesia”.
- 40 M. Bothe, T. Maruhn, “UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration”, in: C. Tomuschat (ed.), *Kosovo and the International Community. A Legal Assessment* (The Hague, Kluwer Law International, 2002), pp. 240-242; C. Stahn, “The United Nations Transitional Administrations in Kosovo and East Timor: A First Analysis”, *5 Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, 105 at pp. 119-121.
- 41 The UN Administrations participated on behalf of their respective territories in UN-convened conferences or conferences convened by other intergovernmental organizations where the subject-matter was of relevance to the administration of their territories. Elected representatives of either territory, however, were allowed to participate in UNMIK or UNTAET delegations, respectively.
- 42 The UN Interim Administration for Kosovo, unlike its twin-Administration for East Timor, was not explicitly endowed with treaty-making power. Its power to engage in international agreements on behalf of Kosovo, however, was implicit in its overall powers and competences under Security Council resolution 1244, and was interpreted as a limited treaty-making power to the extent necessary for the administration of the territory. International agreements were concluded between UNMIK, on behalf of Kosovo, and third States and international organizations on a range of issues relating to the return of refugees, cross-border cooperation, economic development assistance, road transport, police cooperation, and on the establishment of the Energy Community between the European Commission and a number of European countries. The power to conclude international agreements on behalf of East Timor was explicitly pro-

6 THE SPECIFICITIES OF THE UN ADMINISTRATIONS – THE LIMITATIONS OF THE ANALOGY

For all the similarities between military occupations and UN Administrations in the post-conflict circumstances of their establishment, their effective control over the territory and exclusive authority over its inhabitants, and more importantly perhaps, in the limitations imposed on their administrative, executive and legislative authority by the principle of non-alienability of sovereignty, the UN Administrations are fundamentally different from military occupations in their purpose, founding instruments, and their relationship to the local population.

A. *The Purpose of the UN Administration*

Unlike a military or belligerent occupation, whose sole purpose is to advance the political ends of the occupying State and in the process administer the territory, all UN Administrations had a defined mandate in time, purpose and scope of authority. Unlike a military occupation also which is bound to maintain the *status quo*, to respect the local law “unless absolutely prevented” and not to interfere with the political institutions, constitutional structure or economic system in the occupied territory, the UN Administration is established for the very purpose of effectuating, facilitating or overseeing political and constitutional changes in the status of the territory or the country as a whole.

The UN Temporary Executive Authority in West Irian was thus tasked with ensuring undisrupted transition from Dutch colonial administration to Indonesian rule; the UN Transitional Administration for Eastern Slavonia was entrusted with a mandate to ensure a peaceful re-integration of the Serb renegade province into Croatia; in Cambodia, the UN Transitional Authority was mandated to oversee all governmental and administrative agencies in preparation for election; in East Timor the UN Administration was established to support state capacity-building in transition to independence, and

vided for in the Secretary-General’s report on the Situation in East Timor (S/1999/1024 of 4 October 1999), para. 35. Throughout its two-year administration, UNTAET concluded a host of bilateral agreements, for the most part, with Indonesia on Cooperation in Legal, Judicial and Human Rights Related Matters, Payment of Pensions to Indonesian Former Civil Servants, Cooperation in Postal Services, and Cross Border issues. On 10 February 2000, UNTAET, on behalf of East Timor, concluded an Exchange of Notes with Australia on the Practical Arrangements for the Continuity of the Terms of the Treaty between Australia and the Republic of Indonesia on the Zone of Cooperation in an Area between the Indonesian Province of East Timor and Northern Australia (The “Timor Gap Treaty”), in which, for the duration of the UN Administration, UNTAET, on behalf of East Timor, had assumed all rights and obligations previously exercised by Indonesia. On the treaty-making power of UNMIK and UNTAET, see Stahn, *supra* (note 37), pp. 176-179.

in Kosovo, the Interim Administration Mission was designed to prepare the territory for self-government, pending a determination of its final status.

B. The Founding Instrument of the UN Administration – An Agreement of the Parties or a UN Mandate

While in the practice of UN Administrations, an Agreement between the Parties on the presence of the Administration and its powers and responsibilities, had almost always preceded its deployment in their territory, the Agreement itself was not the constitutive instrument of the UN operation, nor was it, as such, binding upon the UN Organization. Like a peacekeeping operation, the UN Administration is a subsidiary organ of the United Nations established by resolution of its parent organ. The mandate of the Security Council or the General Assembly is thus the legal basis for the establishment of the UN Administration and the source of its executive and legislative authority in the administered territory. When the mandate or the founding resolution incorporates the Agreement, the Agreement constitutes the source of authority of the UN Administration by reference, and to the extent of its incorporation in the founding instrument.

The theoretical debate on whether an agreement, as an expression of consent to the deployment of the UN Administration, precludes the application of the laws of occupation had little practical effect on the applicable regime of the UN Administrations in Kosovo and East Timor.⁴³ As it is generally accepted that the laws of occupation can, in principle, apply to consensual occupation, the fact of the Agreement or the “volition” of the sovereign – whether the ousted or the incumbent – would not, as such, bar the application of the laws of occupation. In the circumstances of Kosovo and East Timor, the ‘agreement’ of the FRY and Indonesia, respectively,

43 The Federal Republic of Yugoslavia is presumed to have consented to the deployment of the civil presence in the Military-Technical Agreement concluded between the Governments of the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Serbia and the Military Authorities of the Northern Treaty Organization (NATO) on the procedures and modalities for the withdrawal from Kosovo of security forces of the Federal Republic of Yugoslavia, signed on 1 June 1999 (Military-Technical Agreement between the International Security Force (KFOR) and the Governments of the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Serbia, S/1999/682 of 15 June 1999, Enclosure, Article I). In the case of Indonesia, the agreement to place the territory of East Timor under UN Transitional Administration was contained in Article 6 of the Agreement between the Republic of Indonesia and the Portuguese Republic on the Question of East Timor (Report of the Secretary-General, A/53/951-S/1999/513 of 5 May 1999, Annex I), and Security Council resolution 1272, preambular paragraph 13 of which notes “the expressed intention of the Indonesian authorities to cooperate with the multinational force deployed pursuant to resolution 1264 (1999) and with the United Nations Transitional Administration in East Timor”. On the implications of the FRY and Indonesian consent, see M. Ruffert, “The Administration of Kosovo and East Timor by the International Community”, 50 *ICLQ*, 2001, 613 at 616-620.

was immaterial. In both, it was induced by the military intervention or the threat thereof and was thus tainted as a free expression of consent. In both cases also, the legal basis for the deployment of the UN Administration was a chapter-VII based resolution which is binding regardless of the State consent. In the final analysis, however, the laws of occupation did not apply to UNMIK or UNTAET not for the consent or lack thereof, but rather because, unlike the belligerent Occupant whose source of authority derives from the fact of the successful military invasion and the laws of occupation, the legal basis of the UN Administration and the source of its authority, notably legislative, derives from the UN mandate.

Unlike the Occupant, therefore, whose legislative powers are limited by Article 43 of the Hague Regulations and Article 64 of the Fourth Geneva Convention, the legislative authority of the UN Administration is limited by its mandate or the Agreement of the Parties or both, and the purpose for which it was established. Guided by what is necessary for the fulfillment of its mandate, the UN Administration in West Irian legislated very little for purposes other than appointing UNTEA and Indonesian personnel to replace the departing Dutch personnel; the UN Administration in Cambodia established to oversee the elections, promulgated a single legislative act in 1992 – the United Nations Electoral Law for Cambodia. In Eastern Slavonia where the purpose of the UN Administration was to ensure the re-integration of “Serbia Krajina” into the constitutional order of Croatia, the legislative acts of the UN Administration were the means by which Croatian legislation was gradually re-introduced and replaced existing Serbian laws.⁴⁴ In Bosnia and Herzegovina where the High Representative had no mandate “to administer” but to implement the Peace Agreement, his legislative powers were implied in the broadly interpreted provisions of the Dayton Peace Agreement and were exercised with the consent or acquiescence of the Parties. By contrast to the limited, purpose-oriented legislative powers of the UN Administrations in West Irian, Cambodia, Eastern Slavonia, and the High Representative in Bosnia and Herzegovina, the legislative powers of the UN Administrations in Kosovo and East Timor – having an all-embracing mandate to administer the territory pending a determination of the final status of the territory or its independence – were all-inclusive.

C. *Ensuring the Welfare of the Local Population – A Balance of Interests or the Sole Raison-d'être of the Foreign Presence*

The conflict of interests which lies at the heart of all military occupations between the Occupant and occupied was completely absent in the relation-

44 Secretary-General's Report, S/1995/1028 of 13 December 1995, para. 17.

ship between the UN Administrations and the inhabitants of the administered territory. Unlike the Occupant which replaces the legitimate sovereign, to whom the local population had previously sworn allegiance, all UN Administrations, with the exception of UNTAC, replaced a sovereign which in the eyes of the local population had either lost, or never had legitimacy. Predicated, therefore, on the assumption that occupation is imposed on the local population, which owes the Occupant obedience but not allegiance, the laws of occupation strike a balance between the rights of the inhabitants to protection and humane treatment and the security needs of the Occupying forces. The UN Administration, on the other hand, has no interest of its own other than to facilitate a transition to another administration or form of governance, and in so doing act solely for and on behalf of the population of the administered territory.

7 THE APPLICABILITY OF THE LAWS OF OCCUPATION IN CIRCUMSTANCES OF ARTICLE 42 OF THE HAGUE REGULATIONS

While the laws of occupation have never been applicable *de jure* to any of the UN operations or Administrations in control of a territory and population, they were on two occasions made applicable *de facto* to UN-authorized operations conducted under national command and control in circumstances of Article 42 of the Hague Regulations. The laws of occupation were, in principle, applicable also “by association” to UN operations conducting their activities in an occupied area in support of the occupying power.

In the early stages of the UN-authorized operations in Somalia and East Timor conducted under US and Australian command, the conditions for the application of Article 42 of the Hague Regulations, for a while at least, seemed to have been met. In the circumstances, where the territory and its inhabitants were actually placed under the effective control of the multilateral Force, and where in the absence of the local sovereign state institutions had collapsed and law and order completely broken down, the Australian contingent in both UNITAF and INTERFET applied the laws of occupation to the conduct of its mandated activities.⁴⁵

45 In Operation “Restore Hope” in Somalia in 1993, the Australian contingent of UNITAF considered itself bound by the Fourth Geneva Convention – a position rejected by other troop-contributing States, notably the U.S., Belgium and Canada who agreed to be bound only by common Article 3 of the Geneva conventions. For the Statement by the Australian Government in the Meeting of Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Geneva, 27-29 October 1988, see, 2 *YIHL*, 1999, 450 at 451; M.J. Kelly, “Responsibility for Public Security in Peace Operations”, in: H. Durham, T.L.H. McCormack (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law* (Great Britain, Kluwer Law

The application of the laws of occupation in the cases of Somalia and East Timor, however, was limited in time, space and subject-matter. They applied *de-facto* to the UN-authorized operations UNITAF and INTERFET and not to the UN-mandated operation or Transitional Administration which succeeded them; and within UNITAF or INTERFET, they applied to the activities of the Australian contingent only. In Somalia, the laws of occupation applied selectively in the area of deployment of the Australian contingent (the “Bay Province”), and in East Timor, they applied as an emergency justice system until the establishment of the UN Transitional Administration (UNTAET), a month later. In both cases their territorial and temporal scope of application was limited to the conduct of the mandated law and order functions of the Force. In the UN-authorized operations in Somalia and East Timor, the laws of occupation filled the gap left by the absence of a clear mandate, a readily applicable legal system governing the law and order functions of the Force, and a total breakdown in the local justice system.

The laws of occupation can also apply to UN operations indirectly or “by association”, when the UN operation cooperates or carries out activities in an occupied territory under the authority and in support of an Occupying Power – a fundamental distinction between the UN activities in the Palestinian Occupied Territories and its presence in occupied Iraq. While there was no denial that in occupied Iraq the overall responsibility for the administration of the territory was vested uniquely in the Coalition of Occupying Powers, the United Nations presence under Security Council resolution 1483(2003) operated nonetheless within the general legal framework of the laws of occupation. To the extent, therefore, that the mandate of the UN presence did not provide otherwise, it would have been bound to carry out its activities within the limits of international customary laws of occupation.⁴⁶

The possibility, however theoretical, that the laws of occupation will apply to UN enforcement actions conducted under UN command and control in circumstances of Article 42, should not be discarded. Where the

International, 1999), p. 141; Kelly, *supra* (note 11), pp. 33-63. In rejecting the applicability *de jure* of the laws of occupation to the UN-authorized operation in East Timor (INTERFET) on the grounds that there was no armed conflict at the time of its deployment between INTERFET and Indonesia and the militia, respectively, or between the militia and the people of East Timor, the Australian Defence Force drew upon the laws of occupation for the establishment of an interim justice system including a Detention Management Unit, and the promulgation of the Detainee Ordinance of 21 October 1999. M.J. Kelly, T.J.H. McCormack, P. Muggleton, B.M. Oswald, “Legal Aspects of Australia’s Involvement in the International Force for East Timor”, 83 *IRRC*, No. 841, 2001, 101; B.M. Oswald, “The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor”, 3 *YIHL*, 2000, 347.

46 A. Roberts, “The End of Occupation in Iraq (2004)”, in *Monitoring IHL in Iraq, International Humanitarian Law Research Initiative* (www.ihlresearch.org/iraq/feature.php?a=51).

“occupation” of a territory is neither mandated nor agreed, the humanitarian principles of the laws of occupation will apply in the gap between the displaced sovereign and the foreign presence until such time as they are modified by a subsequent Security Council resolution, and to the extent of such modification.

8 CONCLUSION

The analogy between military occupation and UN Administrations based on the similarities in their effective control over a territory and its population is imperfect at best. While UN operations with a mandate “to assist” or “to administer” have, on occasion, exercised effective control in their areas of operation in circumstances ostensibly analogous to those of military occupation, they did so on the basis of a UN mandate and not of the laws of occupation. The mandate of such UN presences was thus the legal basis for their establishment and the sole and unique source of their authority in the territories under their administration. Different in their purpose, founding instruments and their relationship to the local population, UN Administrations constitute a different legal institution. Like military occupation, they strive to strike a balance between the principles of overall administrative authority and non alienability of sovereignty; unlike military occupation, however, they are endowed with a mandate to restructure the political, social and economic institutions of the administered territory in transition to independence or the return of the legitimate sovereign. For all their differences, however, the laws of occupation will continue to inspire the laws of UN Administrations within the limitations of the analogy, whose relevancy will be determined in the specificities of every future UN Administration.

HUMAN RIGHTS IN THE SOCIAL DOCTRINE OF THE CATHOLIC CHURCH

*Krzysztof Skubiszewski**

In 2004, the Pontifical Council for Justice and Peace published a *Compendium of the Social Doctrine of the Church*.¹ Chapter Three of the *Compendium*, entitled “The human person and human rights”, contains a subchapter devoted especially to human rights. The *Compendium* deals at length and in several chapters with issues concerning family, work and other economic questions, politics and democracy – all matters highly relevant to the Church’s doctrine on human rights. This paper presents and briefly discusses some issues of human rights addressed by the *Compendium*, in particular those arising in connection with certain questions of international law.

1 HUMAN DIGNITY

The preamble to the Universal Declaration of Human Rights² starts by recognising “the inherent dignity” and “the equal and inalienable rights of all members of the human family”. Article 1 of the Declaration states that “[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights”. Treaties on human rights, both those which embrace all such rights or some of their categories, are usually less explicit, yet there can be no doubt that several

* Honorary Professor at the Institute of Law of the Polish Academy of Sciences.

1 Libreria Editrice Vaticana, pp. XXXII, 525. References to paragraphs in the text of the present contribution are to those of the *Compendium*. For a general view on the fundamental rights in the teaching of the Church prior to the publication of the *Compendium*, see H. Schambeck, “Grundrechte in der Lehre der katholischen Kirche”, in: Merten und Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (Heidelberg, C.F. Müller, 2004), p. 349.

2 Proclaimed by the General Assembly of the United Nations by resolution 217 (III) on 10 December 1948 “as a common standard of achievement for all peoples and all nations”.

human rights they list serve human dignity. Some writers even specify dignity of the person as a fundamental human right.³

In the social doctrine of the Church, human dignity together with the commandment to love one another is central and, therefore, more than a specific human right, no matter how important. The Second Vatican Ecumenical Council⁴ emphasized the intrinsic and inherent link between human rights and human dignity. According to its social doctrine, the “Church sees in these rights the extraordinary opportunity that our modern times offer, through the affirmation of these rights, for more effectively recognizing human dignity and universally promoting it as a characteristic inscribed by God the Creator in his creature”. (para. 152). For “all people have the same dignity as creatures made in [God’s] image and likeness”.⁵ “In fact, the roots of human rights are to be found in the dignity that belongs to each human being” (para. 153); “the inalienable dignity of the human person” is one of the “foundations of Christian anthropology” (para. 36).

2 NATURAL LAW: GENERAL

There is no need here to recall the significance of the concept of natural law for the origins of modern international law and for its operation today. That concept is part and parcel of the Church’s social doctrine. According to Saint Thomas Aquinas, natural law “is nothing other than the light of intellect infused within us by God. Thanks to this, we know what must be done and what must be avoided” (quoted in para. 140). The Church’s social doctrine points out that reason that promulgates natural law “is proper to human nature”; “it extends to all people insofar as it is established by reason. In its principal precepts, the divine and natural law is presented in the Decalogue and indicates the primary and essential norms regulating moral life”. “[N]atural moral law, of a universal character, [. . .] precedes and unites all rights and duties”. The essential point for human rights is that “natural law expresses the dignity of the person” (para. 140). And that this dignity “is perceived and understood first of all by reason” (para. 153).

Positive law must conform to natural law (para. 224) – a basic principle accepted by the founding fathers of the science of international law in

3 For instance, Sir G. Fitzmaurice, ‘Some Reflections on the European Convention on Human Rights – and on Human Rights’ in: *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte. Festschrift für Herman Mosler* (Berlin/Heidelberg/New York, Springer-Verlag, 1983), pp. 205 and 207.

4 Declaration *Dignitatis Humanae*; Pastoral Constitution *Gaudium et Spes*, para. 41.

5 Catechism of the Catholic Church, Art. 1934.

Europe between XVI and XVIII centuries, not to speak of earlier Church writers like Saint Augustine, Saint Isidor of Sevilla and Saint Thomas Aquinas. The consequences of that principle for human rights are clear: one of them is that any political authority “must recognize, respect and promote essential human and moral values” (para. 397). It “must enact just laws, that is, laws that correspond to the dignity of the human person and to what is required by right reason” (para. 398). Human rights which meet these criteria partake in the unchangeable character of natural law; they are not subject to any derogation.⁶

3 NATURAL LAW AND *JUS COGENS*

Here, one may consider Article 53 of the two Vienna Conventions of 1969 and 1986 on the law of treaties.⁷ That provision, which figures in each of them in the sections dealing with the invalidity of treaties, is entitled “Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)” and is couched in the following terms:

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

The foregoing text was elaborated during the work on the 1969 Convention. Sir Humphrey Waldock, Rapporteur of the International Law Commission and, subsequently, Expert Consultant of the Vienna Conference, explained that the Commission “had based its approach to the question of *jus cogens* on positive law much more than on natural law”.⁸ Yet the latter was not absent from the discussion of the matter by States during the sessions of the Vienna Conference of 1968 and 1969. It was said, *inter alia*, that *jus cogens* “derived its origin in part from the concepts of natural law”.⁹

6 The ‘principles of natural law’ are ‘unchangeable’, para. 53. Cf. also para. 37.

7 The first applies to treaties between States, the second to (a) treaties between one or more States and one or more international organizations, and (b) treaties between international organizations, 8 *ILM*, 1969, 679 and 25 *ILM*, 1986, 543, respectively.

8 United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First Session, Vienna, 26 March -24 May 1968 (hereafter cited as Conference I), p. 327, para. 77.

9 *Ibid.*, Second Session Vienna 9 April-2 May 1969 (hereafter cited as Conference II), p. 104, para. 37 (Italy). Cf., also Conference I, p. 298, para. 48 (Nigeria).

“The subject-matter of the rules of *jus cogens* reflected the legal achievements of mankind which together formed a rational body of law, in a sense comparable to *jus naturalis* [sic]. There was, however, a fundamental difference between the two, in that *jus naturalis* [sic] was the point of departure, whereas the rational and universal rules of law were the point of arrival. Every legal order must respect those legal achievements of mankind, which placed certain negative limitations on its provisions.”¹⁰

It is to be noted that the last sentence of the above quotation speaks of “legal order” generally, and not only of limits to the freedom of contract. Nonetheless, the Vienna Conventions apply the concept of *jus cogens* to the law of treaties only. However, this (narrower) issue is not the subject of this contribution.

In the course of the discussion in Vienna, one State explicitly qualified the command to protect the human person as having an “absolute character” and belonging to the category of *jus cogens*, and, thus, an “example” of natural law.¹¹ According to another State this category gave “legal expression to a moral principle”.¹² There were also references to the classics of international law like the Spanish writers, Hugo Grotius, Christian Wolff and Emer de Vattel.¹³

Some States, while not pronouncing themselves on the relevance of natural law, explicitly admitted that the notion of *jus cogens* amounts to the existence of a higher law: “in any ordered international society there must be some basic rules from which States could not derogate by treaty”.¹⁴ Certain rules of international law had an “absolute character”.¹⁵ Article 53 of the Vienna Convention of 1969 “was intended to deduce the consequences, in a system of positive law, from the existence of a supreme law which in no circumstances could be violated by the will of States”.¹⁶ States spoke of “higher” or “superior” norms, “rules of international law that were of a higher order” or “rules occupying a higher level”.¹⁷

10 Conference I, p. 320, para. 43 (Ecuador).

11 *Ibid.*, p. 311, para. 42 (Italy).

12 *Ibid.*, p. 319, para. 37 (Sri Lanka).

13 *Ibid.*, p. 294, para. 7 (Mexico), p. 305, para. 67 (Cyprus) and p. 315, para. 5 (Spain). The Spanish writers were Francisco de Vitoria and Francisco Suarez.

14 Conference II, p. 97, para. 53 (Great Britain).

15 Conference I, p. 311, para. 42 (Italy).

16 *Ibid.*, p. 309, para. 27 (France). This view, like other relevant opinions, referred to above or below, applies also *mutatis mutandis*, to Article 53 in the 1986 Convention.

17 *Ibid.*, p. 296, para. 23 (Iraq), p. 301, para. 21 (Madagascar), p. 304, para. 53 (Great Britain) and Conference II, p. 99, para. 67 (Poland; see also that country in Conference I, p. 302, para. 33: ‘superior rules’).

At the Vienna Conference of 1969, an overwhelming majority of participating States voted in favour of the adoption of Article 53 thus agreeing to the existence of *jus cogens* as part of international law.¹⁸

Neither the UN International Law Commission nor the two Vienna Conferences identified the peremptory norms of international law. It was often said, by both States and writers, that there was no unequivocal guidance with regard to the content of *jus cogens*.¹⁹ Nevertheless some examples were given; among them human rights and their protection.

In particular, France's position should be noted. Although France voted against the adoption of the provision on *jus cogens*, it did not deny the existence of peremptory norms of international law. France declared:²⁰

The substance of *jus cogens* was what represented the undeniable expression of the universal conscience, the common denominator of what men of all nationalities regarded as sacrosanct, namely, respect for and protection of the rights of the human person.

Other States pointed out that “rules intended to safeguard the fundamental rights of the human person” constituted the first category of rules of *jus cogens*;²¹ violations of these rights were in conflict with the peremptory norms of international law.²² There were indeed “many similar statements concerning the priority which should be given to rules to safeguard respect for human rights”.²³ Some States concentrated on specific rights, namely those that were protected by the prohibition of slavery, racial discrimination, forced labour or genocide.²⁴ However, that somewhat selective approach does not amount to the exclusion of other human rights from the ambit of *jus cogens*.²⁵

18 By 87 votes to 8, with 12 abstentions, Conference II, pp. 106-107, para. 65.

19 For States, see e.g., Conference II, p. 97, paras. 54 and 55 (Great Britain). The reference to certain rules that ‘had a deeper content’, Conference I, p. 311, para. 42 (Italy), concerned their place in the hierarchy of norms rather than their subject.

20 *Ibid.*, p. 309, para. 32.

21 Conference II, p. 104, para. 39 (Italy).

22 Conference II, p. 303, para. 48 (Uruguay) and p. 323, para. 22 (Canada).

23 Conference II, p. 103, para. 30 (Switzerland).

24 Conference I, p. 300, para. 9 (Sierra Leone), p. 301, para. 16 (Ghana), p. 302, para. 35 (Poland) and Conference II, p. 103, para. 32 (Iraq).

25 In its work on the law of State responsibility the UN ILC discussed international crimes in the context of, *inter alia*, the peremptory norms. According to one of its earlier drafts, an international crime may result from various serious breaches of international obligations including “a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid”, Art. 19, para. 3(c), (1980), Vol. II, Part two, *Yearbook of the ILC*, p. 32; see also “Report of the ILC on the work of its forty-eighth session”, 1996, UN Doc. A/51/10, p. 131. Both the

In his Dissenting Opinion in the *South West Africa Cases, Second Phase*, Judge Tanaka linked human rights to natural law and “the concept of man as a *person*”:²⁶

In short, human rights which require protection are the same: they are not the product of a particular juridical system in the hierarchy of the legal order, but the same human rights must be recognized, respected and protected everywhere man goes. The uniformity of national laws on the protection of human rights is not derived, as in the cases of the law of contracts and commercial and maritime transactions, from considerations of expediency by the legislative organs or from the creative power of the custom of a community, but it already exists in spite of its more-or-less vague form. This is of nature *jus naturale* in [R]oman law.

[. . .]

A State or States are not capable of creating human rights by law or by convention; they can only confirm their existence and give them protection. The role of the State is no more than declaratory.

[. . .]

Human rights have always existed with the human being. They existed independently of, and before, the State.

Judge Tanaka’s Opinion was written before the 1969 Convention on the Law of Treaties was adopted. He commented on the work in progress:²⁷

If we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens*, recently examined by the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *jus dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*.

To most writers *jus cogens* does not constitute a set of rules of natural law. It evolves in accordance with the social and historical situation of the society of States and the changes which take place in “the political, ethical and

qualification concerning the scale of the breach and the examples given narrow down the scope of this type of provision. On the other hand, the notion of ‘essential importance for safeguarding the human being’ is broader than these examples and could, therefore, be linked to the concept of human dignity.

26 *ICJ Reports 1966*, pp. 296 and 297-298. He also saw ‘some natural law elements’ in the “general principles of law recognized by civilized nations” (Art. 38, para. 1(c) of the Statute of the ICJ); they were an independent ground for the justification of the norm of non-discrimination and non-separation, see *ibid.*, p. 250.

27 *Ibid.*, p. 298.

ideological conceptions” of that society.²⁸ In the law of treaties, it fulfils the function defined in Article 53 of the Vienna Conventions,²⁹ yet reaches beyond that law. The doctrine of the Church recognizes that though natural law “remains *immutable*”, “its application may require adaptations to the many different conditions of life according to place, time and circumstances” (para. 141).³⁰ However, these adaptations cannot be automatically identified with those of positive law. Positive law must always be tested against natural law. Many rules cannot be modified, also in positive law, for instance the principle of good faith which is basic for the functioning of international law.³¹

Natural law lies at the origin of at least some of the rules of *jus cogens*. The case in point is human rights: in its essential part, positive law on human rights is dictated by natural law. However, there is interaction between these two types of laws. More often than not, the Church’s social doctrine needs positive law to fulfil its tenets. Without it, it is or rather may be incomplete in many ways. For the peremptory character of rules on fundamental human rights in positive law enhances human dignity as a common value of States and other communities, both in their international relations and their individual internal spheres.

4 VARIETY OF HUMAN RIGHTS

Experience that followed from annihilation, subjugation and exploitation of individuals, groups and peoples, from disregard and contempt for them, and from the catastrophe of wars, especially in the twentieth century, has led to the inclusion among the provisions of the United Nations Charter of generally formulated rules on the promotion of and respect for human rights for all without distinction as to race, sex, language or religion. In the framework of the Charter, strengthened by the Universal Declaration of Human Rights, an intensive and systematic process developed, aiming at standard

28 M. Virally, “Reflexions sur le *jus cogens*”, 12 *AFDI*, 1966, 15-16. See also para. (4) of the commentary of the ILC on Article 50 of its final draft and Conference I, p. 294, para. 9 (Mexico). The writings on *jus cogens* are numerous, see, in particular, lectures by A. Gómez Robledo, L.A. Alexidze, G. Gaja, *RCADI*, 1981-III, 172; and A. Cassese, *International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2001), subchapter on ‘The Introduction of *jus cogens* in the 1960’s’, p. 138.

29 Cf. the arbitral award of 31 July 1989, *Guinea Bissau/Senegal*, 94 *RGDIP*, 1990, 234.

30 *Compendium* refers here to the Catechism of the Catholic Church, Art. 1957.

31 This example was given during the first session of the Vienna Conference, p. 297, para. 43 (Lebanon).

setting on human rights. It materialized by way of adopting detailed instruments, *viz.*, treaties and resolutions with a universal vocation. That process was effectively supplemented on the regional level, in particular, Europe (originally only Western Europe) and Latin America.

This rich law-making activity was so broad that some parts of it became known as having given birth to “new” human rights or even to their “new generations”. Does the Church’s social doctrine take this evolution into account when admitting some categorization of human rights, especially by virtue of their link with human dignity and natural law?

The issue of such categorization is familiar to the doctrine of international law. Writing on the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms,³² Sir Gerald Fitzmaurice distinguishes between “what are truly matters of human rights in the proper historical sense of the term” and “what are mere matters of socio-economics”. As an instance of the former, Fitzmaurice mentions interdiction of torture (which “is unquestionably a matter of human rights *stricto sensu*”); as an instance of the latter, he mentions the “registration of births of illegitimate or legitimate children [. . .] – it is a matter of civic rights”.³³ He adds another example: “there is no intrinsic right to [. . .] social security benefits, – only the legislature can confer these”.³⁴

The last example is significant. It shows the vitality of natural law in the doctrinal approach of a writer who as legal adviser to his Government and subsequently as judge at international courts treaded on the ground of positive law. There, rights created by legislature are contrasted with “concepts that [. . .] derive essentially from the natural law postulate of what is ‘inalienable’ from the notion of man”.³⁵ There are rights that have an “immanence in the notion of Man” and are not “man-made”; there is the “quality of inherency” which attaches to them and which “cannot come to attach to what was in origin a deliberate creation”.³⁶ Fitzmaurice thus distinguishes rights that are:

fundamental to the concept of a human being in the sense that without them he would be as it were, dehumanised, or lead an existence that would be, for him, futile – such things as the reasonable expectation of life not arbitrarily or artificially cut short, liberty without licence, freedom of thought and conscience, dig-

32 Signed in Rome on 4 November 1950, 213 *UNTS*, 221.

33 Fitzmaurice, *supra* (note 3), pp. 203-204.

34 *Ibid.*, p. 208.

35 *Ibid.*, p. 205, note 2.

36 *Ibid.*, p. 208.

nity of the person and equality before the law, humane treatment, etc. These are things that are in some sort inherent to the idea of Man, whether the law grants them or not – and even if it does not – and even if it purports to deny them.³⁷

The notion of “fundamental rights inherent in the nature of the human person”³⁸ is present in the social doctrine of the Church. This clearly follows from the role of human dignity and natural law (see sections 1 and 2 above). The “essential human and moral values [. . .] are innate” and, therefore, political authority “must recognize, respect and promote” them (para. 397). However, the Church’s response to the great social and economic problems, beginning with the Encyclical *Rerum Novarum* of 1891 by Pope Leo XIII, does not always allow for a qualitative division of human rights proper on the one hand, and on the other, human rights which concentrate on economic and social needs and are exclusively founded in positive law.

Incidentally, it cannot be otherwise in view of the function of social justice in the teaching of the Church. In this sense, “man-made” human rights are also essential: they respond to a call for the improvement and reform of human relations in political, economic and social fields and, where necessary, for the establishment of new relations in these fields. For human rights “are to be defended not only individually, but also as a whole.” Corresponding to “the demands of human dignity” they “entail, in the first place, the fulfilment of the essential needs of the person in the material and spiritual spheres” (para. 154). Human rights “apply to every stage of life and to every political, social, economic and cultural situation. Together they form a single whole directed unambiguously at the promotion of every aspect of the good of both the person and society.”³⁹

The Encyclical *Pacem in Terris* by Pope John XXIII (1963), the Pastoral Constitution *Gaudium et Spes* of the Second Vatican Ecumenical Council, the teachings of Popes Paul VI and John Paul II, in particular the Encyclical *Centesimus Annus* (1991) by the latter, have specified various human rights. They include the right to life; the right to establish a family and to live in a united family; “the right to develop one’s intelligence and freedom in seeking and knowing the truth”; the right to work; and the right to religious freedom (para. 155). The Church’s Magisterium emphasizes that economic rights aim at satisfying man’s material needs and thereby promote their dignity.⁴⁰ In particular, “[t]he right to the common use of goods is the “first

37 *Ibid.*, p. 207.

38 Para. 22.

39 John Paul II, “Message for the 1999 World Day of Peace”, para. 3, *Compendium*, para. 154.

40 Cf. “The Encyclical *Mater et Magistra* by Pope John XXIII” (1961) and *Compendium*, para. 94.

principle of the whole ethical and social order” and “the characteristic principle of Christian social doctrine.” “It is first of all a *natural* right” and it is an “inherent” right (para. 172).⁴¹

In light of these statements, there is room for recognizing the integrity of regulation by both United Nations Covenants on Human Rights of 1966, *i.e.*, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.⁴²

5 UNIVERSALITY AND INDIVISIBILITY OF HUMAN RIGHTS

The Vienna Declaration and Programme of Action adopted in 1993 by the United Nations World Conference on Human Rights⁴³ states that the “universal nature” of human rights and fundamental freedoms “is beyond question” (part I, para. 1). In another passage (part I, para. 5) the Declaration affirms:

All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.

The social doctrine of the Church follows along the same lines: “[u]niversality and indivisibility are distinctive characteristics of human rights” (para. 154). Pope John Paul II described them as “two guiding principles which at the same time demand that human rights be rooted in each culture and that their juridical profile be strengthened so as to ensure that they are fully observed.”⁴⁴

The Church takes “different cultural and social contexts” into consideration (para. 173). It does not close its eyes to various traditions in the historical evolution of countries and regions. But diversity in the backgrounds of nations and peoples cannot justify a selective approach to the promotion

41 The quotations (in double quotes) are from the Encyclicals by John Paul II, *Laborem Exercens* (1981), para. 19, and *Sollicitudo Rei Socialis* (1988), para. 42, respectively.

42 On the other hand, to Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 206, though he makes his point flexibly and with some reservations, each Covenant reflects a different conception and category of human rights.

43 32 *ILM*, 1993, 1661.

44 Message for the 1998 World Day of Peace, para. 2.

of and respect for human rights. Human rights have their economic dimensions also in the sense that poverty is their enemy. Yet economic and social development cannot have priority over human rights.

6 CONCLUSION

Human rights are an integral part of the Church's social doctrine. "In Christ the Lord, the Church indicates and strives to be the first to embark upon the path of the human person" (para. 105). In the Encyclical *Pacem in Terris* Pope John XXIII inaugurated a long series of contemporaneous papal pronouncements on human rights. In his teachings, John Paul II, not only indefatigably spoke up for human rights and strove for their implementation but also promoted them particularly systematically. In this respect, the Church's efforts were and remain especially important as humanity and the Church continue to be aware of the fact that on the international and internal planes "[t]he solemn proclamation of human rights is contradicted by a painful reality of violations" (para. 158).

Very soon after His election, John Paul II was called "the Pope of human rights". He, indeed, expressed himself already in 1979 on the importance of the human person in His first Encyclical *Redemptor Hominis*. While the relevant secular conceptual *instrumentarium*, including that of positive law, is not absent from the numerous statements, addresses and messages on human rights by the Popes, it is the theological anthropology that constitutes the foundation of human rights in the social doctrine of the Church: they belong to an objective order created by God.

VERS UNE LIMITATION DE L' « IRRESPONSABILITÉ
SOUVERAINE » DES ETATS ET CHEFS D'ETAT EN CAS
DE CRIME DE DROIT INTERNATIONAL ?

*Brigitte Stern**

Au commencement, l'immunité était absolue¹, qu'il s'agisse de celle de l'Etat ou de celle du chef de l'Etat. Le développement de l'Etat de droit a conduit, selon diverses évolutions plus ou moins parallèles ou totalement indépendantes, à la limitation de l'immunité de l'un et de l'autre². Ce sont certains contours de cette immunité restreinte que la présente contribution aimerait cerner.

* Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, professeur associé à l'Institut de hautes études internationales, Genève. Cet article a bénéficié d'un méticuleux travail d'édition et de finalisation effectué par Isabelle Fouchard, doctorante en droit et ingénieur d'études au CER-DIN Paris 1 (Centre d'étude et de recherche en droit international de Paris 1). Par ailleurs, par ses questionnements et ses remarques pertinentes sur le fond, elle m'a permis de préciser et d'approfondir mes analyses. Je tiens à la remercier pour son aide précieuse sous ses différents aspects.

- 1 Qu'il s'agisse des immunités de l'Etat, immunités de juridiction devant les tribunaux étrangers ou immunités d'exécution sur ses biens, ou des immunités civile et pénale du chef d'Etat.
- 2 Voir, p. ex., la remarque de Lord Millet dans son opinion du 24 mars 1999, dans l'affaire *Pinochet*, House of Lords, 24 mars 1999, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet*, 38 *ILM*, 1999, 581-663 : « *The adoption by most major jurisdictions of the restrictive theory of state immunity, enacted into English law by Part I of the State Immunity Act of 1978, has made major inroads into the doctrine as a bar to the jurisdiction of national courts to entertain civil proceedings against foreign states. The question before your Lordships is whether a parallel, though in some respects opposite, development has taken place so as to restrict the availability of state immunity as a bar to the criminal jurisdiction of national courts* ». C'est nous qui soulignons.

1 MISE EN PERSPECTIVE INTRODUCTIVE : LE RECUL DE
L'IRRESPONSABILITÉ PAR LE DÉVELOPPEMENT DE LA JUSTICE
PÉNALE INTERNATIONALE ET LA RESTRICTION DES IMMUNITÉS
DEVANT LES TRIBUNAUX INTERNES

A. *Le développement des juridictions pénales internationales*

La théorie des immunités s'est développée sur le plan international afin de protéger un Etat et ses représentants et agents de poursuites devant les juridictions d'un autre Etat. Les immunités de juridiction ou d'exécution sont fondées sur l'égalité souveraine entre Etats, qui exclut qu'un Etat ou un chef d'Etat soit jugé devant les juridictions d'un Etat étranger. Mais naturellement, cette égalité souveraine n'empêche pas le représentant d'un Etat d'être poursuivi devant une juridiction internationale, si cette juridiction s'est vue conférer la compétence de le poursuivre, qu'il s'agisse d'un ancien chef d'Etat ou d'un chef d'Etat en exercice. Aussi, à strictement parler, on ne devrait pas parler ici d'absence d'immunité mais plutôt de non-impunité. En d'autres termes, *stricto sensu*, la question de l'immunité ne se pose pas devant les juridictions internationales devant lesquelles l'irresponsabilité a été clairement écartée.

Nous ne parlerons qu'en introduction des limites à l'impunité des chefs d'Etat et autres agents publics apportées par le développement des juridictions pénales internationales, dont la fonction est de poursuivre les crimes de droit international. La responsabilité pénale du chef d'Etat a été affirmée par l'article 227 du Traité de Versailles qui a posé le principe de poursuites contre l'empereur Guillaume de Hohenzollern, puis, plus explicitement encore, par les deux Statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo. L'article 7 de la Charte du Tribunal de Nuremberg³ prévoit en effet que « (1) a situation officielle des accusés, soit comme chef d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine ».

Certes, les débats ne sont pas clos sur la nature juridique du Tribunal de Nuremberg, véritable tribunal international ou tribunal national créé en commun par les quatre puissances alliées après la seconde guerre mondiale⁴.

3 L'article 6 du Statut du Tribunal de Tokyo dispose quant à lui : « *Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires* ».

4 Cette seconde analyse est par exemple celle de Hersch Lauterpacht, selon qui le Tribunal de Nuremberg « *was the joint exercise by the four states which established the Tribunal, of a right which each of them was entitled to exercise separately on its own responsibility in accordance*

S'il s'agit d'un tribunal international, on ne devrait pas parler d'immunité ; s'il s'agit d'un tribunal national commun à plusieurs Etats, on peut parler d'immunité. Toujours est-il que dans son jugement le Tribunal de Nuremberg a clairement exclu « l'immunité » :

(. . .) the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state. He who violates the rules of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state if the state in authorising action moves outside its competence under international law (. . .) The principle of international law, which under certain circumstances protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law⁵.

Est déjà présente ici l'idée, qui sera reprise par les Lords anglais dans l'affaire *Pinochet*, selon laquelle les auteurs d'actes qui sont outrageusement en dehors des compétences que le droit international reconnaît aux représentants des Etats ne peuvent bénéficier de la protection qui leur est traditionnellement accordée.

Ces principes de droit international pénal furent réaffirmés dans les sept Principes de Nuremberg adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU en 1950. Le principe III établit ainsi que « (l)e fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international ».

Lors de l'adoption du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission du droit international (CDI) adopta la même position et expliqua pourquoi une telle solution s'imposait :

(. . .) les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité supposent souvent l'intervention de personnes occupant des postes d'autorité gouvernementale, qui sont à même d'élaborer des plans ou des politiques impliquant des actes d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles. Ces crimes nécessitent le pouvoir d'employer ou d'autoriser l'emploi d'importants moyens de destruction et de mobiliser des agents pour les perpétrer. Un haut fonctionnaire qui organise, autorise ou ordonne de tels crimes ou en est l'instigateur ne fait pas que fournir les moyens et agents nécessaires pour commettre le crime, il abuse aussi de l'autorité et du pouvoir qui lui ont été confiés. On peut donc le considérer

with international law », *Oppenheim's International Law*, vol. II, 7^e édition, (Londres, Longman, 1952), pp. 580-581.

5 C'est nous qui soulignons. On peut noter aussi qu'il est affirmé dans la loi n° 10 du 31 janvier 1946 du Conseil des Alliés que toute amnistie, grâce ou immunité ne sera pas acceptée comme un obstacle aux poursuites des criminels nazis devant les juridictions nationales.

comme encore plus coupable que le subordonné qui commet effectivement l'acte criminel. Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes (. . .) puissent invoquer la souveraineté de l'Etat et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions⁶.

Les articles 7 § 2 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et 6 § 2 de celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) réitèrent également que les chefs d'Etat ne bénéficient d'aucune impunité. Chacun établit en effet que « (l)a qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale ».

Enfin, l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) adopté le 18 juillet 1998, intitulé « Défaut de pertinence de la qualité officielle », est également explicite et traite le chef d'Etat comme tout autre individu. Il est cependant nécessaire ici de dire un mot de l'article 98 du Statut qui peut, de prime abord, sembler en contradiction avec cette disposition :

La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un Etat tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet Etat tiers en vue de la levée de l'immunité.

Il semble que le seul objet de cet article soit de ne pas écarter les immunités pouvant exister dans les Etats n'ayant pas ratifié le Statut de la CPI, qu'il s'agisse des immunités en matière pénale ou en matière civile, par le biais de l'action d'un Etat partie au Statut⁷. Cet article permet ainsi de garantir, par exemple, qu'un chef d'Etat d'un pays non partie au Statut et qui, de ce fait, n'a pas accepté la compétence de la Cour, ne soit pas arrêté lors d'un voyage dans un Etat partie au Statut et transféré à la Cour. De la même façon, on sait qu'en vertu de l'article 77 du Statut, il est prévu que la Cour peut prononcer « la confiscation des profits, biens et avoirs tirés directement ou indirectement du crime » et qu'en vertu de l'article 79, il est précisé que « (l)a Cour peut ordonner que le produit des amendes ou tout

6 *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session*, 6 mai au 26 juillet 1996, Assemblée générale, Doc. off., 51^{ème} session, Supp. N° 10, Doc. A/51/10, p. 57.

7 C'est cet article qui a été utilisé par les Etats-Unis pour exiger de nombreux Etats qu'ils signent avec eux un traité bilatéral, par lequel ils acceptent explicitement de maintenir l'immunité d'exécution à l'égard des Américains pouvant se trouver sur leur territoire, c'est-à-dire s'engagent à ne pas les arrêter et à ne pas les remettre à la Cour.

autre bien confisqué soient versés au fonds » ; l'article 98 a pour conséquence que si les biens confisqués par la Cour sont situés dans un Etat non partie au Statut, celui-ci pourra opposer à la demande de leur saisie et de transfert dans le fonds créé au profit des victimes les traditionnelles immunités. Ce que ne peuvent évidemment pas faire les Etats parties au Statut, qui en ont accepté toutes les obligations et en particulier celles résultant de l'article 27 § 2 selon lequel « (l)es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

Ces règles établissant que les chefs d'Etat doivent assumer leurs responsabilités et ne disposent d'aucune impunité devant les juridictions internationales s'appliquent naturellement tant aux anciens chefs d'Etat qu'aux chefs d'Etat en exercice. C'est ainsi que l'acte d'accusation de Slobodan Milošević par le TPIY pour ses actions au Kosovo constitue la première poursuite d'un chef d'Etat en exercice⁸ devant une juridiction pénale internationale. Ce développement des juridictions internationales, dont l'objectif ultime est le recul de l'impunité, s'inscrit dans les mêmes vagues de fond que celles qui ont présidé aux évolutions en matière d'immunité devant les juridictions internes.

B. *De l'immunité absolue à l'immunité restreinte devant les juridictions internes*

Cette question de l'étendue des immunités est devenue d'une actualité d'autant plus brûlante que se sont multipliées les requêtes contre des chefs d'Etat ou des Etats devant les juridictions étrangères, en raison d'une part du développement de la compétence universelle en matière pénale pour certains crimes de droit international et d'autre part de l'existence d'une compétence universelle des juridictions américaines en matière civile fondée sur l'*Alien Tort Claims Act* de 1789⁹.

Nul ne contestera que l'on voit aujourd'hui se dessiner un schéma général de restriction des immunités et des autres protections dont bénéficient les actes de l'Etat et de ses représentants, en particulier du chef de l'Etat : limitation bien établie et incontestée des immunités de juridiction et d'exécution de l'Etat, dans les matières civile et administrative, aux actes de souveraineté – actes *jure imperii* – et donc exclusion des actes de gestion – actes *jure*

8 Si l'on exclut l'amiral Dönitz, qui avait brièvement remplacé Hitler à la tête de l'Etat allemand avant d'être traduit à ce titre devant le Tribunal de Nuremberg.

9 *Alien Tort Claims Act* (ATCA), 28 U.S.C. § 1350.

gestionis – du bénéfice des immunités ; exception délictuelle (*tort exception*) adoptée par un certain nombre d'Etats¹⁰, excluant de l'immunité les dommages aux biens et aux personnes résultant d'un acte délictuel imputable à un Etat étranger commis sur le territoire de l'Etat du for¹¹ ; restriction, qui fait l'objet de contestation, en matière pénale, des immunités des anciens agents et chefs d'Etat, de sorte que ne soient pas couverts les actes qui sont tellement contraires aux normes fondamentales des droits de l'homme qu'ils ne peuvent être considérés comme entrant dans les fonctions d'un chef d'Etat ; condamnations encore partielles et isolées des lois d'amnistie assurant l'impunité aux anciens dirigeants qui ont commis des crimes de droit international ; restriction, qui fait également l'objet d'intenses conflits d'intérêts, de l'immunité accordée en matière civile à l'Etat, lorsque lui sont demandés des dommages et intérêts pour actes de torture commis par ses agents ; enfin, rejet de la protection accordée par la doctrine de l'*Act of State* en cas de violation grave de normes du droit international relatives notamment, mais pas exclusivement, à la protection de la propriété ou aux droits de l'homme¹².

Toutes ces restrictions répondent à la même idée, selon laquelle les immunités ou autres doctrines de protection de l'Etat et de ses représentants ont été développées pour *protéger la fonction souveraine*, et rien d'autre : doit donc être exclu de leur bénéfice tout ce qui ne relève pas de cette fonction souveraine.

Un premier mouvement, dont on peut faire remonter les origines au début du siècle mais qui s'est amplifié à la fin des années 1970, a été conditionné par la définition donnée de la souveraineté, qui a été considérée comme étant une souveraineté politique plus qu'une souveraineté économique. Ont ainsi d'abord été exclus un certain nombre d'actes, parfaitement

10 En particulier, ceux qui ont ratifié la Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972, Bâle, S.T.E. n° 074.

11 Certains soutiennent que cette exception est aujourd'hui une norme coutumière internationale, voir J. Gaudreau qui écrit qu'« il semble bien que cette règle (de l'exception délictuelle) ait acquis une valeur coutumière, vu la concordance des dispositions pertinentes de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, des divers projets internationaux de codification – au premier rang desquels le projet de Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens qui a toutes les chances d'évoluer prochainement en un instrument contraignant – et des lois nationales avec l'ensemble des décisions judiciaires à s'être penchées sur la question », *Immunités de l'Etat et violations des droits de la personne. Une approche jurisprudentielle*, Mémoire de DEA de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 2004, document miméographié, publié sur le site <http://hei.unige.ch/Publ/workingpapers/05/workingpaper1.pdf>, p. 16 et aussi pp. 19-25.

12 Les questions soulevées par les amnisties et la doctrine de l'*Act of State*, bien que relevant de la même problématique que celle abordée dans cette contribution, ne seront pas développées ici, mais dans B. Stern, « Immunités et doctrine de l'Act of State. Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection de chefs d'Etats devant des juridictions étrangères », *JDI*, 2006, No 1, pp. 63-87.

légaux, mais qui n'entraient pas dans ce que l'on considérait comme les fonctions centrales d'un Etat, à savoir les actes de gestion, qui ne sont pas *par nature* des actes que seul un Etat souverain peut effectuer. Cette évolution ne s'est pas faite totalement sans heurts dans la mesure où de nombreux pays en développement soutenaient que les actes de gestion entraient dans les fonctions d'un Etat souverain soucieux du développement économique de son peuple et mettant en œuvre dans ce but sa souveraineté économique. Cette évolution semble cependant largement acceptée aujourd'hui, comme le reconnaît notamment Lucius Cafilisch lorsqu'il écrit que « l'immunité juridictionnelle des Etats, absolue à l'origine, s'est rétrécie comme une peau de chagrin, notamment en raison de l'introduction, à partir du début de ce siècle, de l'exception relative aux transactions commerciales »¹³.

Un second mouvement s'est fait jour plus récemment, à la fin des années 1990, et est surtout porté par le développement des droits de l'homme considéré comme un frein à la souveraineté absolue des Etats. L'évolution a donc pris aujourd'hui un autre chemin et une tendance se manifeste pour exclure des immunités et des autres formes de protection tout ce qui ne peut se rattacher qu'à *une fonction dénaturée* de l'Etat souverain ou de ses serviteurs, y compris le chef de l'Etat, c'est-à-dire pour exclure de l'immunité les actes indignes d'un souverain parce qu'ils sont qualifiés de crimes de droit international. Il y a derrière cette nouvelle évolution une évidence, bien mise en lumière par un de mes collègues, Andrea Bianchi, lorsqu'il écrit « qu'il serait contraire à toute logique de penser que l'ordre juridique international admette qu'un sujet puisse bénéficier d'un privilège alors qu'il agit à l'encontre des règles impératives qui constituent le fondement de ce même ordre juridique »¹⁴.

Le passage de l'immunité absolue à l'immunité restreinte par la distinction entre les actes de souveraineté et les actes de gestion est bien connu et ne fait plus guère l'objet de débats théoriques, même si des divergences d'interprétation peuvent exister sur la catégorisation de tel ou tel acte comme acte *jure imperii* ou *jure gestionis*. Cette distinction ne sera donc pas abordée ici¹⁵.

13 « Immunités de juridiction et respect des droits de l'homme », in : L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debas (éd.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/ L'ordre juridique international en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi Saab* (La Haye/Londres/Boston, Kluwer, 2001), p. 652.

14 A. Bianchi, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, n° 1, 2004, p. 98.

15 Même si dans certains cas les victimes de violations des droits de l'homme ont tenté de rattacher celles-ci à des activités commerciales, dans le but d'écarter l'immunité. Cette analyse retenue par la Cour d'appel du 9^{ème} district a été rejetée par la Cour suprême des Etats-Unis,

Par contre, l'évolution résultant de l'affrontement entre la souveraineté de l'Etat telle qu'entendue classiquement et les droits de l'homme tels qu'ils se sont développés depuis la seconde guerre mondiale est moins connue et surtout plus chaotique, dans la mesure où l'on se trouve dans une période de transition, alors que des forces opposées sont encore à l'œuvre. Il est significatif que les forces de progrès qui font reculer l'immunité se trouvent plus certainement dans les ordres internes, alors que les coups de freins sont donnés par les juridictions internationales ancrées dans l'ordre juridique international, fait par et pour les Etats et, de ce fait, construit autour de la notion de souveraineté¹⁶. C'est sur les différents aspects de cette évolution – à laquelle Lucius Calfisch est partie prenante, en particulier à travers son opinion dissidente dans l'affaire *Al-Adsani* – que se centrera cette contribution.

2 UNE AVANCÉE CONSIDÉRABLE – FREINÉE PAR LA CIJ – VERS UNE LIMITATION DES IMMUNITÉS DES ANCIENS CHEFS D'ETAT EN MATIÈRE PÉNALE

Les décisions de novembre 1998¹⁷ et mars 1999¹⁸ rendues au Royaume-Uni par la Chambre des Lords, aux termes desquelles l'ancien dictateur du Chili, Augusto Pinochet, ne pouvait se prévaloir d'aucune immunité pour les actes de torture dont il était accusé, apparaissent comme une étape capitale dans l'histoire du droit pénal international. Ombre au tableau¹⁹, la décision de la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique)²⁰ semble cependant marquer un certain retour en arrière.

le 23 mars 1993, dans l'affaire *Saudi Arabia v. Nelson* (91-522), 507 U.S. 349 (1993) ; de la même façon, cette analyse a été rejetée dans l'affaire *Bouzari v. Iran* [2002] O.J. No. 1624, par la Cour d'appel de l'Ontario.

16 O. de Frouville parle, à propos de la décision de la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani*, d'« un certain respect effarouché pour l'idée de souveraineté des Etats et pour les privilèges qui en résultent », in : « Droit à un tribunal et immunités de juridiction », *RGDIP*, n° 1, 2002, p. 277.

17 House of Lords, 25 novembre 1998, *Regina c / Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet*, 37 *ILM*, 1998, 1302-1339.

18 *Op. cit.* (note 2).

19 Certains ne partagent pas ce point de vue et ont accueilli avec satisfaction la décision de la CIJ : voir par exemple J. Verhoven, « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », *Actualité et Droit international*, <http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200205ver.htm>, 12 août 2002, et J.-P. Quéneudec, « Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002, *ibid.*

20 C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002. La Cour européenne des droits de l'homme a opéré un recul similaire dans l'affaire *Al-Adsani*, (CEDH, jugement du 21 novembre 2001, n° 35763/97) bien qu'en l'espèce il s'agissait d'une procédure au civil et non d'une affaire criminelle, comme cela sera indiqué plus loin.

Afin de faire le point sur la situation actuelle en matière d'immunité pénale des anciens chefs d'Etat et pour évaluer ces évolutions, l'ensemble de ces décisions doit être analysé en se focalisant sur leurs aspects positifs mais également sur certaines des questions critiques qu'elles soulèvent²¹.

A. *Vers une limitation des immunités des anciens chefs d'Etat en matière pénale : l'affaire Pinochet*

Plusieurs précédents fondés sur une interprétation spécifique du droit international estiment que les immunités des agents publics ou des chefs d'Etat doivent être écartées lorsqu'il est question de crimes de droit international. En matière criminelle, l'affaire de référence a longtemps été l'affaire *Procureur général du gouvernement d'Israël c. Eichmann*²². Mais le cas récent le plus significatif de la limitation par le droit international des

-
- 21 Parmi la doctrine abondante sur le sujet des immunités, voir quelques contributions récentes : H. Ascensio, « Retour sur l'immunité internationale des chefs d'Etat », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 1, 2004, 123-138 ; L. Caffisch, « Immunités de juridiction et respect des droits de l'homme », in : L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas, (éd.), *op. cit.* (note 13), pp. 299-324 ; L.M. Caplan, « State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *AJIL*, n° 4, 2003, 741-781 ; J.-F. Flauss, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'Homme », *RSDIE*, 2000, 299-324 ; M. Karagiannakis, « State Immunity and Fundamental Human Rights », 11 *LJIL*, 1998, 9-43 ; A. Bianchi, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *op. cit.* (note 14), 63-101 ; A. Bianchi, « Serious Violations of Human Rights and Foreign States' Accountability Before Municipal Courts », in : L.C. Vohrah (éd.), *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Judge A. Cassese* (La Haye, Kluwer Law International, 2002), pp. 149-181 ; A. Bianchi, « Immunity v. Human Rights: the Pinochet Case », 10 *EJIL*, 1999, 237-277 ; A. Bianchi, « Individual Accountability for Crimes Against Humanity. Reckoning With the Past, Thinking of the Future », 19 *SAIS Review*, 1999, 97-131 ; A. Bianchi, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », 46 *Austrian Journal of Public and International Law*, 1994, 195-229 ; M. Cosnard, « Les immunités du chef d'Etat », in : SFDI, *Le chef d'Etat et le droit international* (Paris, Pedone, 2002), pp. 189-269 ; C. Dominicé, « Quelques observations sur l'immunité pénale de l'ancien chef d'Etat », *RGDIP*, n° 2, 1999, 297-308 ; M. Henzelin, « Corruption, pillage des ressources et détournements de fonds étatiques : la fin des immunités pénales pour les chefs d'Etat ? Situation en droit suisse », 12 *RSDIE*, 2002, 179-212 ; M.M. Penrose, « It's Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law », 39 *Columbia J. Int'l L.*, 2000, 193-220 ; J.M. Sears, « Confronting the 'Culture of Impunity': Immunity of Heads of State from Nuremberg to ex parte Pinochet », 42 *GYIL*, 1999, 125-146 ; M. Panezi, « Sovereign immunity and violations of *ius cogens* norms », 56 *RHDI*, 2003, 199-214 ; et rappelons également une contribution ancienne mais importante : Sir A. Watts, « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », 247 *RCADI*, 1994-III, 9-130.
- 22 36 *ILR*. 1961, 5, par. 30 ; voir également *Trial of nine military commanders who had ruled Argentina between 1976 and 1982*, Arg. Fed. Court of Appeals, 9 décembre 1985 et Arg. Supreme Court of Justice, 30 décembre 1986.

immunités d'un ancien chef d'Etat lorsque est en cause un crime de droit international est évidemment l'affaire *Pinochet*²³.

Pour traiter la question de l'immunité du général Pinochet, les Lords anglais se sont référés au droit britannique et plus précisément au *State Immunity Act* de 1978 qui renvoie lui-même au droit international.

La première partie du *State Immunity Act* aborde les immunités d'Etat et prévoit ainsi qu'un Etat étranger « *is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom* » (art. 1) excepté dans certains cas précisés dans le texte, principalement des cas où les actes de l'Etat ne sont pas des actes *jure imperii* mais des actes *jure gestionis*, en d'autres termes lorsque l'Etat n'a pas agi en qualité de souverain mais de commerçant. L'article 14 spécifie que « *references to a state include references to (a) the sovereign or other head of that state in his public capacity; (b) the government of that state; (c) any department of that government, but not to any entity (hereafter referred to as "separate entity") which is distinct from the executive organs of the government and capable of suing and being sued* ». L'article 16 (4) dispose que la première partie du texte relatif à l'immunité d'Etat « *does not apply to criminal matters* ».

La troisième partie du *State Immunity Act* traite d'un autre type d'immunités, les immunités diplomatiques, et fait référence au *Diplomatic Privileges Act* de 1964 qui incorpore dans le système juridique anglais la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Deux points méritent d'être mentionnés. D'abord, il doit être souligné que les immunités diplomatiques telles que garanties par la convention internationale doivent s'appliquer à un souverain ou autre chef d'Etat, « *subject (. . .) to any necessary modifications* » (art. 20 (1)). En second lieu, cette immunité diplomatique doit être ajoutée à l'immunité de l'Etat et n'entre pas en conflit avec elle, comme cela est indiqué à deux reprises, dans deux articles différents, l'un dans la première partie et l'autre dans la troisième partie du *State Immunity Act* : l'article 16 (1) de la première partie énonce que « *(t)his Part of the Act does not affect any immunity or privilege conferred by the Diplomatic Privileges Act 1964 (. . .)* » et l'article 20 (5) de la partie III prévoit que « *(t)his sec-*

23 Pour de plus amples détails sur cette affaire, voir J.-Y. de Cara, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *AFDI*, 1999, 72-100 ; M. Cosnard, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *RGDIP*, n° 2, 1999, 309-328 ; I. Fichet, D. Boyle, « Le jugement de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet : un commentaire », <http://www.ridi.org/adi/1998> ; A. Muxart, « Immunités de l'ex-chef d'Etat et compétence universelle : quelques réflexions à propos de l'affaire Pinochet », <http://www.ridi.org/adi/1998> ; B. Stern, « International Decisions. *In re Pinochet* » *AJIL*, vol 93, 1999, pp. 696-700. B. Stern, « Pinochet face à la justice », *Etudes*, (janvier) 2001, 7-18 ; S. Villalpando, « L'affaire Pinochet : beaucoup de bruit pour rien ? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999 », *RGDIP*, n° 2, 2000, 394-427.

tion applies to the sovereign or other head of any state on which immunities and privileges are conferred by Part I of this Act and is without prejudice to the application of that Part to any such sovereign or head of state in his public capacity ». En d'autres termes, cela signifie que les différentes immunités sont cumulatives et ne doivent pas être considérées comme exclusives ou contradictoires.

On peut rappeler ici que si l'immunité du chef d'Etat en exercice est une immunité absolue, *ratione personae*, l'immunité ne continue à lui être accordée, lorsqu'il n'est plus en fonction, que pour les seuls actes « *commis dans l'exercice de ses fonctions* », c'est-à-dire que l'ancien chef d'Etat ne bénéficie que d'une immunité *ratione materiae*. La question posée aux Lords britanniques était précisément celle de l'étendue de l'immunité *ratione materiae* dont bénéficiait Pinochet en tant qu'ancien chef d'Etat.

Les divergences au sein de la Chambre des Lords sur le sujet des immunités ont révélé que trois Lords se sont exprimés en faveur de l'immunité alors que neuf s'y sont opposés, dans les deux décisions successivement adoptées.

► *La position des juges minoritaires*

Les premiers, Lord Slynn of Hadley, Lord Lloyd of Berwick et Lord Goff of Chieveley, en vertu d'une lecture stricte des textes pertinents, ont considéré que tous les actes commis dans le cadre des activités officielles du chef d'Etat étaient couverts par une immunité de juridiction devant les tribunaux nationaux.

A considérer les actes officiels couverts par l'immunité, on doit admettre que ce n'est pas parce qu'un acte officiel est illégal qu'il doit *ipso facto* être exclu de la catégorie des actes officiels. Si tel était le cas, l'institution des immunités n'aurait aucun sens, dans la mesure où c'est précisément pour protéger le chef d'Etat de poursuites qu'elles ont été instaurées. Comme le précise Lord Slynn of Hadley :

*the fact that (. . .) a head of state commits an illegal act does not mean that he is no longer to be regarded as carrying out one of his functions. If it did, the immunity in respect of criminal acts would be deprived of much of its content. I do not think it right to draw a distinction for this purpose between acts whose criminality and moral obliquity is more or less great*²⁴.

24 Dans le même sens, ce que dit Lord Millet : « *The immunity is available whether the acts in question are illegal or unconstitutional or otherwise unauthorized under the internal laws of the state, since the whole purpose of state immunity is to prevent the legality of such acts from being adjudicated upon in the municipal courts of a foreign state* ».

Lord Slynn of Hadley laisse cependant la porte ouverte à une évolution de cette position classique : il admet en fait la possibilité que l'immunité attachée à un ancien chef d'Etat puisse être affectée dans le futur, mais seulement à condition que cela soit clairement prévu par une convention internationale incorporée par une loi dans le système juridique anglais, ce qui n'est pas encore le cas, selon lui, avec la Convention contre la torture.

L'opinion de Lord Berwick suit un raisonnement en plusieurs étapes qui l'amène aussi à la conclusion selon laquelle l'immunité est maintenue même lorsqu'un crime de droit international a été commis. En vertu du droit international coutumier, il est entendu qu'un ancien chef d'Etat ne bénéficie d'une immunité que pour ses actes publics, c'est-à-dire commis dans l'exercice de ses fonctions. C'est donc par une stricte application de la dichotomie entre actes privés et actes publics que Lord Berwick refusa de considérer que les crimes dont le général Pinochet était accusé avaient pour effet de lever son immunité :

He was acting in a sovereign capacity. It has not been suggested that he was personally guilty of any of the crimes of torture or hostage taking in the sense that he carried them out with his own hands. What is alleged against him is that he organised the commission of such crimes, including the elimination of his political opponents, as head of the Chilean government, and that he did so in co-operation with other governments under Plan Condor, and in particular with the government of Argentina. I do not see how in these circumstances he can be treated as having acted in a private capacity.

Même si Lord Berwick s'en est tenu à une interprétation classique de l'acte public comme un acte commis dans le cadre des fonctions exercées, il est intéressant cependant de relever qu'il n'a pu s'empêcher de reconnaître que « *(o)f course it is strange to think of murder or torture as 'official' acts or as part of the head of state's 'public functions'* ». Etrange, en effet.

La seconde fois que la Chambre des Lords considéra la question, le seul juge en faveur de l'immunité, Lord Goff of Chieveley, estima quant à lui que « *the fact that the head of state performs an act, other than a private act, which is criminal does not deprive it of its governmental character* ».

Naturellement, la distinction entre les actes privés, d'une part, et les actes publics ou officiels commis en application ou sous couvert de l'autorité souveraine, d'autre part, est loin d'être aisée. A titre d'exemple, citons l'affaire *Noriega*, dans laquelle la *Court of Appeals* a conclu que le trafic de drogue reproché à Noriega ne pouvait raisonnablement pas constituer des actes publics commis au nom du Panama.

En réalité, cette dichotomie ne résout plus à elle seule le problème de l'étendue de l'immunité *ratione materiae*. Si les actes privés sont certes

ipso facto exclus des immunités, il convient d'analyser plus avant la catégorie des actes publics : parmi ceux-ci, certains, du fait de leur nature, devront eux aussi être exclus du jeu des immunités, même s'il est indéniable qu'ils ne constituent pas des actes privés, mais des actes publics dénaturés²⁵.

► *La position des juges majoritaires*

La majorité des Lords n'a pas accepté que les actes de torture puissent être qualifiés d'actes officiels et a considéré qu'ils devaient être exclus de cette catégorie *per se*. Dès la première décision, Lord Nicholls a introduit une interprétation des fonctions d'un chef d'Etat en vertu du droit international, selon laquelle « *it hardly needs saying that torture of his own subjects or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state* ». Et il a ajouté : « *International law has made it plain that certain types of conduct, including torture and hostage taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, and even more so, as it does to anyone else. The contrary would make a mockery of international law* ».

Dans la même logique, Lord Steyn, toujours dans la décision du 25 novembre 1998, déclara :

(. . .) *by the time of the 1973 coup d'état, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage-taking and crimes against humanity (. . .) as international crimes deserving of punishment. Given this state of international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of the functions of a head of state.*

Ces actes constituent nécessairement une « *conduct falling beyond the scope of his function as head of state* ». Et Lord Steyn ajouta, pour mettre en évidence l'absurdité de la lecture littérale : « *It follows inexorably from the reasoning of the High Court that when Hitler ordered the 'final solution' his act must be regarded as an official act deriving from the exercise of his functions as head of state* ».

25 Il nous semble qu'il arrive souvent que ne soit retenue que l'alternative actes privés/actes publics, même si c'est parfois pour en souligner les limites. Voir en ce sens, H. Ascensio, *op. cit.* (note 21), qui souligne que « le caractère d'actes privés » est par lui-même incertain, dans la mesure où il s'agit d'actes illicites qui n'ont pu être commis que parce que le gouvernant disposait de fonctions publiques (détournement de fonds publics) ou parce que le gouvernant pouvait utiliser l'appareil gouvernemental pour faire exécuter ses ordres, ce qui est à l'évidence le cas pour la torture dans l'affaire *Pinochet* », p. 131.

Les décisions de la Chambre des Lords ont indéniablement marqué un progrès dans le recul de l'impunité des anciens dictateurs. Mais certaines questions demeurent.

► *Les questions ouvertes*

La première question est celle de leur véritable portée. Plus précisément, on peut y voir soit l'affirmation implicite que tous les crimes de droit international ne peuvent faire partie *ipso facto* de la catégorie des actes commis dans l'exercice des fonctions d'un chef d'Etat, soit la constatation plus limitée qu'en raison de la définition donnée de la torture dans la Convention contre la torture comme acte commis par un agent public, la torture et seulement la torture ne peut donner lieu à immunité devant les juridictions d'un Etat lié par cette Convention. La décision *Pinochet* du 24 mars 1999 semble plutôt s'inscrire dans la seconde branche de l'alternative : seul Lord Millet a défendu l'idée selon laquelle l'immunité est toujours écartée par l'existence d'un crime de droit international. Tous les autres Lords se sont exclusivement fondés sur la Convention contre la torture et l'ont interprétée dans le sens où, dans cette affaire spécifique, aucune immunité ne pouvait être reconnue : ils ont en effet considéré que l'immunité serait incompatible avec la Convention, dans la mesure où ses dispositions renvoyaient explicitement au caractère officiel de la torture comme élément constitutif du crime de droit international ouvrant droit à la compétence universelle. Par exemple, Lord Millet a déclaré :

The definition of torture (. . .) is in my opinion entirely inconsistent with the existence of a plea of immunity ratione materiae. The offence can be committed only by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. The official or governmental nature of the act, which forms the basis of the immunity, is the essential ingredient of the offence. No rational system of criminal justice can allow an immunity which is co-extensive with the offence²⁶.

26 Voir également ce que déclare Lord Saville : « *So far as the parties to the Convention are concerned, I cannot see how, so far as torture is concerned, this immunity can exist consistently with the terms of the Convention. Each state party has agreed that the other states parties can exercise jurisdiction over alleged official torturers found within their territories (. . .) one can hardly simultaneously claim an immunity from extradition or prosecution that is necessarily based on the official nature of the alleged act* ». Bien qu'il ne fasse pas référence expressément à la Convention, Lord Hutton semble avoir adopté une approche similaire : « *The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state cannot employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime* ».

Pour conclure sur cette affaire, il semble que, quelles que soient les restrictions du raisonnement suivi par certains Lords, ce qui a malgré tout émergé est que les « *international crimes in the highest sense* » ne peuvent *per se* être considérés comme des actes officiels. De la même manière que les actes de commerce ont été distingués des actes souverains au vu de leur nature, les violations graves des droits de l'homme ne peuvent être qualifiées d'actes souverains, de par leur nature même.

Finalement, il me semble possible d'affirmer, à la suite d'une de mes collègues, que la position adoptée par la Chambre des Lords, malgré ses grandes ambiguïtés, peut être interprétée comme signifiant dans son esprit “*that the emerging notion of an international public order based on the primacy of certain values and common interests is making its way into the legal culture and common practice of municipal courts*”²⁷. Dans l'affaire *Pinochet*, il a été admis qu'un ancien chef d'Etat ne peut se dissimuler derrière ses immunités, quelles qu'elles soient, afin d'échapper à sa responsabilité, s'il a commis un crime de droit international – dans l'interprétation la plus favorable au recul de l'impunité – ou à tout le moins s'il a commis des actes de torture – dans l'interprétation la moins favorable. Quoi qu'il en soit, un grand pas a été effectué dans la lutte contre l'impunité. Comme l'a déclaré Christine Chinkin :

*Denial of the immunity ratione materiae claimed by a former head of state for official acts of torture represented a choice between two visions of international law: a horizontal system based upon the sovereign equality of states and a vertical system that upholds norms of jus cogens such as those guaranteeing fundamental human rights*²⁸.

Une autre interrogation concerne le statut du chef d'Etat en exercice, dont l'immunité absolue en matière pénale a été réaffirmée. Si la solution adoptée pour l'ancien chef d'Etat est fondée sur la nature de *jus cogens* de l'interdiction d'un crime qui prévaut sur toute règle accordant l'impunité pour un tel crime, il est difficile de comprendre pourquoi elle ne s'appliquerait pas également aux chefs d'Etat en exercice, à moins que leur immunité absolue soit également considérée comme une règle de *jus cogens*, ce qui est loin d'être évident. C'est pourtant la position adoptée par Lord Hope dans la deuxième décision, puisqu'il a invoqué « *the jus cogens character of the immunity enjoyed by serving heads of states* » précisément pour dire

27 A., « Immunity v. Human Rights : The Pinochet Case », *EJIL*, n° 2, 1999, 238.

28 Ch. Chinkin, « United Kingdom House of Lords: Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte », 93 *AJIL*, n° 3, 1999, p. 711.

qu'il n'est pas évident que l'immunité ayant cette place dans la hiérarchie des normes doive être facilement enlevée aux chefs d'Etats en fonction.

Mais le raisonnement inverse est aussi possible et déjà certains considèrent que puisque l'immunité a été levée pour certains actes commis par d'anciens chefs d'Etat, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas également pour les chefs d'Etat en exercice. Bien sûr, le recul de l'impunité doit être encouragé, mais pas à n'importe quel prix. Personnellement, je pense que la prochaine étape, demandée par certaines ONG, autorisant la poursuite de chefs d'Etat en exercice devant n'importe quelle juridiction nationale exerçant une compétence universelle ne devrait pas être franchie. L'exemple d'une cour de Belgrade condamnant, le 21 septembre 2000, 14 leaders occidentaux parmi lesquels Bill Clinton, Tony Blair et Jacques Chirac, à 20 ans d'emprisonnement pour les actions de l'OTAN en Yougoslavie, montre certains des possibles effets contre-productifs qu'il y aurait à ouvrir trop largement cette voie.

Il apparaît finalement que seule la distinction immunité *ratione personae*, qui ne tient pas compte de la nature de l'acte, et immunité *ratione materiae*, qui au contraire en tient compte, peut permettre de réconcilier les solutions différentes adoptées pour un ancien chef d'Etat et pour un chef d'Etat en exercice.

B. Le coup de frein de la CIJ à la limitation des immunités des représentants de l'Etat en matière pénale : l'affaire du Mandat d'arrêt

Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique)²⁹, la CIJ a estimé que non seulement les chefs d'Etat en exercice mais également les ministres des affaires étrangères en exercice bénéficient en vertu du droit international d'une immunité absolue de juridiction en matière pénale devant les tribunaux étrangers³⁰ et, dans le contexte de cette analyse, elle a également présenté sa vision des contours de l'immunité des anciens serviteurs de l'Etat.

Dans cette affaire, les positions des deux parties étaient radicalement opposées. Selon le Congo, il existe une inviolabilité et une immunité de juridiction pénale pour les représentants de l'Etat qui sont « absolues ou intégrales » : selon ses propres termes, « l'immunité ainsi reconnue aux ministres

²⁹ *Op. cit.* (note 20).

³⁰ Voir pour un rapide commentaire, B. Stern, « Les dits et les non-dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique », 4 *International Law FORUM du droit international*, 2002, 104-116.

des affaires étrangères en exercice couvre *tous* leurs actes, y compris ceux qui auraient été commis avant leur entrée en fonction, et (...) il importe peu que les actes commis durant l'exercice de leurs fonctions puissent être ou non qualifiés d'« actes de la fonction »³¹. La Belgique au contraire a adopté une position plus proche de celle des ONG actives dans la lutte contre l'impunité et a avancé « qu'alors que les ministres des affaires étrangères en exercice jouissent en général d'une immunité de juridiction devant les tribunaux d'un Etat étranger, cette immunité ne s'applique qu'aux actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions officielles, et qu'une telle immunité ne saurait protéger ces personnes dans leurs actions privées ou lorsqu'elles agissent autrement en dehors de l'exercice de leurs fonctions officielles »³².

La CIJ a tout d'abord implicitement considéré que les immunités d'un ministre des affaires étrangères en exercice étaient les mêmes que celles attachées à un chef d'Etat en exercice, en déclarant que « les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger »³³. Et pour clarifier encore l'étendue des immunités ainsi accordées au ministre des affaires étrangères en exercice, mais donc aussi au chef d'Etat en exercice, la Cour a ajouté :

A cet égard, il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre « officiel » et ceux qui l'auraient été à titre « privé », pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions³⁴.

Le résultat de cette décision de la Cour est donc l'assimilation pure et simple du ministre des affaires étrangères au chef d'Etat, les deux bénéficiant d'une immunité absolue, *ratione personae*, durant l'exercice de leurs fonctions. La CIJ cependant ne donne aucun élément permettant de fonder l'existence d'une telle règle coutumière en droit international. Le moins que l'on puisse dire est que cette assimilation aurait du être justifiée, car elle est loin d'être une évidence, comme cela résulte par exemple de ce qu'a écrit Lord Millet dans son opinion dans l'affaire *Pinochet* :

31 Par. 47 de la décision, c'est la Cour qui souligne.

32 Par. 49 de la décision.

33 Par. 54 de la décision.

34 Par. 55 de la décision.

*Immunity ratione personae (. . .) is only narrowly available. It is confined to serving heads of state and heads of diplomatic missions, their families and servants. It is not available to serving heads of government which are not also heads of state, military commanders and those in charge of security forces, or their subordinates*³⁵.

Après avoir affirmé ainsi l'existence d'une immunité absolue pour les ministres des affaires étrangères en fonction, la CIJ a poursuivi son raisonnement en distinguant l'octroi d'immunités et l'impunité :

La Cour souligne toutefois que l'*immunité* de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une *impunité* au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale (. . .) Les immunités dont bénéficie en droit international un ministre ou un ancien ministre des affaires étrangères ne font en effet pas obstacle à ce que leur responsabilité pénale soit recherchée dans certaines circonstances³⁶.

La Cour s'est ensuite efforcée d'énumérer quatre « exceptions » à l'immunité, qui font que celle-ci ne s'identifie pas à l'impunité. Evoquons d'abord la dernière exception mentionnée par la Cour, dans la mesure où il ne s'agit pas à strictement parler d'une exception à l'immunité, comme précédemment expliqué : « En quatrième lieu, un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales »³⁷. Si l'on s'attache ensuite aux deux premières exceptions concernant les ministres des affaires étrangères, elles ne semblent pas extrêmement pertinentes dans la réalité des relations internationales. La Cour établit d'abord qu'« (i)ls ne bénéficient, en premier lieu, en vertu du droit international d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays »³⁸ ; ceci est absolument vrai, mais il ne faut pas oublier que très souvent ils bénéficient d'immunités très larges dans leurs propres pays en vertu des lois nationales. Ensuite, la CIJ poursuit avec la seconde exception : « En deuxième lieu, ils ne bénéficient plus

35 Voir son opinion dans la décision du 24 mars 1999, *op. cit.* (note 2).

36 Par. 60 et 61 de la décision, c'est la Cour qui souligne.

37 Par. 61 de la décision.

38 *Ibid.*

de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'Etat qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité »³⁹. C'est en effet une hypothèse possible, mais certainement rare et qui ne pourra en tout état de cause se produire qu'à la suite d'un changement de pouvoir, ce qui implique que cette situation ne concerne en fait que les anciens ministres ou chefs d'Etat.

Mais c'est dans la position qu'elle a adoptée concernant la troisième exception que la Cour s'est révélée la plus décevante :

En troisième lieu, dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé⁴⁰.

Pas un mot sur les actes qui ne peuvent en aucun cas être considérés comme entrant dans le cadre des fonctions officielles d'un ministre des affaires étrangères, comme les crimes de droit international. La décision est naturellement aussi importante pour les chefs d'Etat, dans la mesure où il est clair que si l'existence d'un crime de droit international n'implique pas la suppression des immunités d'un ancien ministre des affaires étrangères, elle n'aura à plus forte raison pas cet effet sur les immunités d'un ancien chef d'Etat, généralement considéré comme la personne publique la plus protégée de l'Etat. Concernant la situation d'un ancien représentant de l'Etat, la CIJ a donc adopté une position « régressive », si on la compare à celle adoptée dans l'affaire *Pinochet*. C'est la raison pour laquelle je partage les regrets du juge *ad hoc* de la Belgique, Mme Van den Wyngaert, lorsqu'elle affirme :

La conclusion de la Cour ne tient aucun compte de la tendance générale à restreindre l'immunité des représentants de l'Etat (y compris les chefs d'Etat), non seulement dans la sphère du droit privé et du droit commercial – qui limitent de plus en plus le principe *par in parem*, autrefois sacro-saint – mais également en droit pénal, lorsque sont allégués des crimes graves au regard du droit international⁴¹.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 Opinion dissidente, par. 23.

Si cette décision de la Cour est en recul par rapport à la décision *Pinochet*, elle marque aussi une régression par rapport à la résolution de 2001 de l'Institut de Droit international (IDI), adoptée quelques mois auparavant, qui sur ce point semble décrire le droit international coutumier, selon laquelle :

Le chef d'Etat qui n'est plus en fonction (. . .) ne bénéficie sur le territoire d'un Etat étranger (. . .) d'aucune immunité de juridiction tant en matière pénale qu'en matière civile ou administrative, sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice. Il peut toutefois y être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international⁴².

Seule l'évolution ultérieure permettra de savoir si sont exclus des actes commis dans l'exercice des fonctions d'un chef d'Etat les seuls actes privés, ce qui est la position traditionnelle à laquelle s'accroche la CIJ ou si, comme l'ont estimé les Lords anglais, l'évolution des mentalités et la diffusion de l'Etat de droit ont conduit à ce que soient également exclus de la catégorie des actes commis dans l'exercice des fonctions d'un chef d'Etat, des actes tellement attentatoires à la dignité de l'homme et à l'idée que l'on se fait des fonctions d'un chef d'Etat, qu'ils ne peuvent raisonnablement pas être considérés comme entrant dans de telles fonctions mais doivent être analysés comme un abus des fonctions souveraines. Il est à souhaiter que le refus de l'immunité des anciens chefs d'Etat pour crimes de droit international devienne la règle incontestée. Rien ne semble s'y opposer dans la structure du droit international et compte tenu de la justification de l'immunité qui est de protéger la souveraineté de l'Etat. Mettre en cause un ancien chef d'Etat ne remet pas en cause la souveraineté de l'Etat ou du moins n'est qu'une interférence bien modeste avec cette souveraineté, largement justifiée par l'objectif à atteindre, à savoir une meilleure protection des droits de l'homme.

42 Résolution du 26 août 2001, « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international », (Treizième Commission, Rapporteur : M. Joe Verhoeven), Session de Vancouver – 2001, 69 *Ann. IDI*, 2000-2001, 742 s. et <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF>.

3 UNE TIMIDE TENDANCE – NON ENCOURAGÉE PAR LA CEDH – VERS LA LIMITATION DES IMMUNITÉS DE L'ETAT EN MATIÈRE CIVILE

A. *Quelques décisions nationales en faveur d'une restriction des immunités en matière civile*

Très généralement, l'immunité est maintenue même en cas de violation grave d'une norme impérative, sur la base de l'idée que l'interdiction de la torture, par exemple, même si elle a le statut de norme de *jus cogens*, n'implique pas nécessairement de ce seul fait une obligation à la charge de tous les Etats de permettre un recours civil contre un Etat étranger pour des actes qui lui sont imputables et qui ont été commis sur son propre territoire⁴³. Nous ne présenterons cependant pas l'ensemble des affaires qui reprennent cette position largement majoritaire, pour ne nous attacher qu'à recenser quelques décisions remettant en cause cette approche traditionnelle.

Une première remarque que l'on peut faire est qu'il n'existe, semble-il, qu'un *seul exemple législatif* de levée expresse de l'immunité en matière civile, en cas de violation des droits de l'homme : il faut en effet signaler, en tant qu'illustration de cette tendance à la limitation des immunités de l'Etat en matière civile dans le cas de certains actes, l'amendement apporté par les Etats-Unis au *Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)* de manière à y incorporer une nouvelle exception à l'immunité. Cette exception, fondée sur l'article 221 de l'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, prévoit que l'immunité ne pourra pas être retenue dans les cas où des indemnités pécuniaires sont demandées pour préjudices corporels ou mort causés par un acte de torture, une exécution extrajudiciaire, le sabotage d'un aéronef ou une prise d'otages, à l'encontre d'un Etat désigné par le *Secretary of State* comme Etat terroriste, si le requérant ou la victime étaient ressortissants des Etats-Unis au moment où le fait s'est produit. Cette exception comporte cependant des limites inhérentes, qui la rendent en partie contestable. Comme l'a souligné un auteur, « (l)a discrimination évidente réalisée dans la détermination des Etats bénéficiant ou non d'une immunité démontre très clairement le caractère politique de la législation américaine

43 Aux Etats-Unis : *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989) ; affaire *Prinz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22 (D.D.C. 1992), 103 *ILR*, 598-603 et 26 F.3d 1166 (D.C.C. 1994), 103 *ILR*, 604-621 ; en Grande-Bretagne, *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*, Court of Appeal (1994), 100 *ILR*, 465-474, Hight Court, Queen's Bench Division (1995), 103 *ILR*, 420-432 et Court of Appeal (1996), 107 *ILR*, 536-551 ; au Canada, *Bouzari v. Iran* [2002] O.J. No. 1624.

et de ses applications jurisprudentielles »⁴⁴, les cas les plus connus concernant la levée des immunités de Cuba⁴⁵, de l'Iran⁴⁶ et de l'Irak⁴⁷. En écho, un autre auteur écrit qu'« (i)l est déplorable que l'exception opère une telle discrimination entre Etats puisque les actes qu'elle vise sont prohibés à l'égard de tous sans exception (. . .) le rôle des tribunaux américains dans la protection des droits de la personne s'en trouve en quelque sorte subordonné et instrumentalisé au profit de la politique étrangère des Etats-Unis »⁴⁸, et pourrait-on ajouter au seul bénéfice des citoyens américains. Quelles que soient les critiques politiques que l'on peut adresser à cette loi, force est d'admettre que sa seule existence implique qu'en l'absence de levée expresse des immunités par la législation américaine, celles-ci continuent à être reconnues par l'ordre juridique américain⁴⁹. De plus, alors que cette loi a été appliquée dans l'affaire *Flatow*⁵⁰ pour condamner l'Iran à la suite d'actes terroristes qui lui ont été imputés, les cours américaines ont estimé que cette loi se limitait à supprimer l'immunité de juridiction, mais qu'elle laissait subsister l'immunité d'exécution ; devant cette situation quelque peu contradictoire, le FSIA a été amendé par l'article 177, qui assimile dans l'hypothèse d'actes terroristes attribués à des Etats nommément désignés par les Etats-Unis, immunité de juridiction et immunité d'exécution, laissant cependant au Président la possibilité de suspendre cette exclusion supplémentaire de l'immunité d'exécution. C'est ce qu'a fait le président Clinton le 21 octobre 1998, en expliquant que la saisie des biens des ambassades étrangères n'était pas compatible avec l'établissement de relations diplomatiques entre les Etats :

44 A. Bianchi, *op. cit.* (note 14), 76.

45 *Alejandro v. The Republic of Cuba*, 996 F. Supp. 1239 (S.D. Fla. 1997), 121 *ILR*603 s.

46 L'Iran est en général condamné pour son soutien aux activités de groupes terroristes tels que le Hezbollah ou le Hamas pour des attentats commis en Israël, *Flatow v. The Islamic Republic of Iran*, 999 F. Supp. (D.D.C. 1998), 121 *ILR*, 619 s. ; *Weinstein v. Islamic Republic of Iran*, 184 F. Supp. 2d 13 (D.D.C. 2002) ; *Hegna v. Islamic Republic of Iran*, (D.D.C. jan 22, 2001).

47 *Acree v. Iraq*, 271 F. Supp. 2d 179, 220-24 (D.D.C. 2003), où 17 Américains, qui avaient été faits prisonniers en Irak durant la première guerre du Golfe en 1991, ont poursuivi le gouvernement irakien et Saddam Hussein pour actes de torture et ont obtenu des dommages et intérêts compensatoires s'élevant à 635 millions de dollars et des dommages et intérêts punitifs de 306 millions de dollars ; voir également *Smith v. Afghanistan*, où les parents de deux victimes du 11 septembre 2001 ont obtenu un jugement contre l'Afghanistan, considéré comme ayant fourni un soutien matériel à Al Quaida, de 63,5 millions de dollars de dommages et intérêts.

48 J. Gaudreau, *op. cit.* (note 11), p. 19. La présentation de ce point III. 1. s'inspire largement du mémoire cité.

49 Voir dans le même sens, ce qu'a déclaré la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani*, *op. cit.* (note 20) : « En ce qui concerne l'amendement à la FSIA, le fait même qu'il était nécessaire semblerait confirmer la persistance de la règle générale du droit international selon laquelle l'immunité entre en jeu même en cas de plaintes pour actes de torture perpétrés par des agents de l'Etat » (par. 64).

50 *Op. cit.* (note 46).

Si l'article 177 était appliqué aux biens diplomatiques ou consulaires étrangers, les Etats-Unis manqueraient à leurs obligations conventionnelles internationales. Cet article mettrait en péril la protection dont nous jouissons à chaque ambassade et chaque consulat à travers le monde car il éroderait le principe voulant que les biens des missions diplomatiques soient protégés quelles que soient les relations bilatérales.

On peut citer également un certain nombre de décisions de tribunaux internes dans lesquelles l'*exception délictuelle* a été utilisée pour écarter l'immunité des Etats. Certains Etats ont en effet adopté une exception à l'immunité d'un Etat étranger pour certains actes criminels commis par un de ses agents à une double condition : pour que l'immunité soit levée, il faut à la fois que les faits reprochés et imputables à l'Etat étranger et leurs conséquences se soient produits sur le territoire de l'Etat saisi du litige et que ceux-ci aient été particulièrement graves⁵¹. Ne seront rappelés ici que quelques exemples bien connus. L'affaire *Letelier c. République du Chili* concernait l'assassinat de M. Letelier, ancien ambassadeur et ministre des affaires étrangères du Chili, par des agents chiliens sur le territoire américain : la *Federal District Court* de Colombia a dans ce cas exclu l'immunité dont se réclamait le Chili⁵². La même solution a prévalu dans l'affaire *Liu c. Chine*, mettant en cause l'assassinat de M. Liu, un dissident taiwanais, par les services secrets chinois en Californie⁵³.

De même, dans l'affaire *Schreiber c. République fédérale d'Allemagne*⁵⁴, la Cour suprême du Canada, tout en estimant que les dommages invoqués n'étaient pas suffisants pour justifier l'application de l'exception délictuelle, a-t-elle rejeté l'interprétation proposée par les Etats-Unis, intervenus à titre d'*amicus curiae*, tendant à maintenir l'immunité, en indiquant clairement quelles étaient les tendances actuelles :

En outre, l'interprétation avancée par les Etats-Unis priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation

51 L'article 1605 du *FSIA* prévoit cette exception délictuelle qui aboutit à l'absence d'immunité de juridiction en cas d'action « *in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment* ». De même, elle est énoncée à l'article 11 de la Convention européenne de Bâle de 1972 sur l'immunité des Etats : « Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant, lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu ».

52 11 mars 1980, 488 F. Supp. 665.

53 Court of Appeals of the 9th District, 29 décembre 1989, 892 F. 2d 1419.

54 12 septembre 2002, 2 *Recueil de la Cour suprême*, 2001, ix.

devant les tribunaux nationaux. Vu l'évolution récente du droit humanitaire international qui étend la possibilité de redressement dans les cas de crimes internationaux, comme le montre l'arrêt de la Chambre des Lords Pinochet (No. 3), un tel résultat mettrait en péril, du moins au Canada, un progrès potentiellement important en matière de protection des droits de la personne⁵⁵.

C'est à l'inverse parce que les faits ne s'étaient pas produits sur le territoire de l'Etat du for que les juridictions anglaises ont refusé de lever l'immunité du Koweït dans l'affaire *Al-Adsani*⁵⁶.

Plus rares sont les décisions ayant écarté l'immunité sur le seul fondement de la *gravité des actes* reprochés, en particulier leur qualification de violation du *jus cogens*. On peut cependant relever quelques solutions jurisprudentielles qui selon certains auteurs souligneraient que « certaines violations des droits de l'homme et du droit humanitaire ne peuvent désormais plus être qualifiées d'actes souverains, que le droit international vise à protéger par l'immunité »⁵⁷.

Pour ce qui est de la mise en cause des représentants de l'Etat, il semble que le même raisonnement que celui qui a été utilisé par les Lords dans l'affaire *Pinochet* en matière pénale a également, et même antérieurement, été utilisé en matière civile. Comme l'explique Isabelle Moulier :

(l)a difficulté d'insérer des actes tels que des violations graves des droits de l'homme au sein de la séparation traditionnelle entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* a en outre conduit les tribunaux américains à dépasser cette distinction classique pour s'attacher à la nature des actes en cause. Les tribunaux distinguent ainsi les actes officiels – soit ceux qui participent à l'exercice de la souveraineté de l'Etat et pour lesquels l'immunité de juridiction s'applique – des actes qui, à l'instar des violations graves des droits humains fondamentaux ou du droit humanitaire, sont manifestement constitutifs d'un abus de pouvoir et pour lesquels le bénéfice de l'immunité de juridiction se trouve exclu⁵⁸.

Il a donc été considéré, dans des affaires civiles, bien avant les décisions *Pinochet* qui relevaient elles de la matière pénale, que certains actes, de par leur nature, ne pouvaient être considérés comme relevant des fonctions d'un chef d'Etat.

55 *Ibid.*, § 37.

56 *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*, Court of Appeal, Judgment of 21 January 1994, 100 *ILR* 465 (1995) et *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*, High Court, Queen's Bench Division, Judgment of 15 March 1995, 103 *ILR*, 1996, 420.

57 A. Bianchi, *op. cit.* (note 14), p. 82.

58 I. Moulier, « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », *AFDI*, 2003, 151.

Des précédents jurisprudentiels américains vont en ce sens. En particulier, la décision d'une cour d'appel américaine dans l'affaire *Marcos* illustre cette approche, puisqu'elle a refusé d'accorder l'immunité de juridiction à l'ancien dictateur philippin, en considérant que les actes de torture, les disparitions forcées et les exécutions extrajudiciaires ne pouvaient, en raison de leur « *very illegal nature* », être considérés comme constitutifs d'« *official acts pursuant to his authority as President of the Philippines* »⁵⁹ et que, par conséquent, ils ne correspondaient pas à des « *acts of an agency or instrumentality of a foreign state within the meaning of the FSIA* »⁶⁰. De la même façon, une juridiction américaine affirma que M. H. Gramajo, ancien ministre de la défense du Guatemala, poursuivi pour des actes de torture, des détentions arbitraires, des exécutions sommaires et des disparitions, ne pouvait bénéficier de l'immunité parce que ses actes « *exceed anything that might be considered to have been lawfully within the scope of Gramajo's official authority* »⁶¹.

Mais, il existe également des précédents dans d'autres ordres juridiques internes. Dans l'affaire *Préfecture de Voiotia c. Allemagne*⁶², qui mettait en cause des crimes de guerre reprochés à l'Allemagne nazie, au cours de l'occupation du village grec de Distimo, la Cour de cassation grecque a écarté l'immunité en fondant en partie son raisonnement sur la nature impérative des règles violées. On sait que cette décision cependant n'a pas pu être exécutée en Allemagne, la Cour suprême allemande en ayant refusé l'exécution au motif que les tribunaux grecs auraient dû reconnaître l'immunité de l'Allemagne pour les actes de ses forces armées⁶³. La même optique que celle adoptée par la Cour de cassation grecque a été retenue par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Ferrini*, qui concernait l'arrestation en Italie d'un ressortissant italien par les forces d'occupation nazies, sa déportation et sa soumission à des travaux forcés⁶⁴.

Reste à mentionner quelques cas où l'immunité a été écartée *sur la base de conventions internationales*. Un exemple d'une telle approche se trouve dans la décision *Von Dardel c. URSS*, rendue par la *Federal District Court*

59 *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation*, 25 F.3d 1467 (9th Cir 1994), 1471.

60 *Ibid.*, p. 1472.

61 *Xuncax and others v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), 12 avril 1995, 104 *ILR*, 175.

62 Cour suprême grecque (*Areios Pagos*), décision du 4 mai 2000, n° 11/2000.

63 *Affaire du massacre de Distimo (Citoyens grecs c. République fédérale d'Allemagne)*, Bundesgerichtshof, 26 juin 2003, 42 *ILM*, 2003, 1030-1042.

64 Suprema Corte di Cassazione, SS.UU. Civili, décision du 11 mars 2004, n° 5044. Pour un commentaire de ce cas, voir A. Bianchi, « International Decisions », « *State immunity – deportation and forced labor claim – international crimes – jus cogens – tort exception – universality of jurisdiction in civil cases* », 99 *AJIL*, 2005, 242-248.

de Columbia en 1985, jugement renversé cinq ans plus tard. Dans cette affaire, des proches de Raoul Wallenberg, le diplomate suédois qui avait œuvré pendant la seconde guerre mondiale pour essayer de sauver de la déportation la population juive des ghettos de Budapest, et qui avait été arrêté et vraisemblablement assassiné par les forces soviétiques, réclamaient réparation à l'URSS. L'immunité a été refusée à l'URSS, au motif que cela irait à l'encontre des conventions internationales protégeant les diplomates, en particulier la Convention de Vienne de 1961 sur les immunités diplomatiques et la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique. Selon la Cour de district⁶⁵ :

In order for the convention to operate effectively, the perpetrators of such offences must be subject for liability for their acts. To the extent that the FSIA would shield the Soviet Union from such liability, it is in conflict with the terms of the conventions and thwarts their effective operation. Under § 1604⁶⁶, the immunity granted by the FSIA must be limited so as to avoid such a result; in the present case, the Soviet Union must be denied immunity⁶⁷.

C'est cette même idée consistant à recourir à des règles internationales conventionnelles qui a conduit certains à invoquer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, prévoyant un droit à un recours effectif devant un tribunal, pour écarter les immunités si celles-ci ont pour effet de priver les victimes de tout recours. On sait que les juridictions anglaises n'ont pas accueilli cet argument dans l'affaire *Al-Adsani*, suivies en cela par la CEDH.

B. Le coup de frein de la CEDH à la limitation des immunités de l'Etat en matière civile : l'affaire Al-Adsani

Cette question des limites aux immunités accordées à un Etat poursuivi en dommages et intérêts pour faits de torture a été largement débattue devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 2001 à l'occasion de l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. La question soulevée en l'espèce était celle de savoir si un gouvernement pouvait invoquer l'immunité dans le cadre d'une procédure engagée au civil à son encontre, pour torture⁶⁸. Dans

65 A la suite d'une réouverture de l'instance initiée par l'Etat défendeur, qui avait initialement fait défaut, *Von Dardel c. URSS*, Cour d'appel du 9^{ème} circuit, 9 mars 1990, 736 F. Supp. 1.

66 Il est indiqué dans ce paragraphe que l'immunité est « (s)ubject to existing international treaties to which the United States is a party at the time of the enactment ».

67 15 octobre 1985, 623 F. Supp. 246.

68 Voir les commentaires de : O. de Frouville, « Droit à un tribunal et immunités de juridiction »,

un communiqué de presse du greffier de la CEDH en date du 15 novembre 2000, l'annonce des audiences débutait ainsi par la question centrale posée dans cette affaire : « *Can a Government claim state immunity for torture?* »⁶⁹. La réponse positive de la CEDH a été adoptée par une courte majorité de 9 voix contre 8⁷⁰.

► *Les décisions des juridictions anglaises*

M. Al-Adsani, qui avait la double nationalité britannique et koweïtienne, et qui avait été torturé au Koweït, a saisi les tribunaux britanniques pour obtenir des dommages et intérêts de l'Etat du Koweït.

La Haute Cour, dans une décision du 15 mai 1995, a conclu que le *State Immunity Act* de 1978 impliquait qu'elle ne pouvait instruire une plainte contre le gouvernement du Koweït :

*It was prepared provisionally to accept that the Government were vicariously responsible for conduct that would qualify as torture under international law. However, international law could be used only to assist in interpreting lacunae or ambiguities in a statute, and when the terms of a statute were clear, the statute had to prevail over international law*⁷¹. *The clear language of the 1978 Act bestowed immunity upon sovereign States for acts committed outside the jurisdiction and, by making express provision for exceptions, it excluded as a matter of construction implied exceptions. As a result, there was no room for an implied exception for acts of torture*⁷².

La Cour d'appel ayant confirmé cette décision⁷³, le demandeur s'est tourné vers la Cour européenne des droits de l'homme, où, parmi d'autres griefs, il s'est plaint d'une violation de son droit d'accès à un tribunal conféré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

RGDIP, n° 1, 2002, 273-279 ; I. Pingel-Lenuzza, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *RGDIP*, n° 4, 2002, 893-918 ; H. Tigroudja, « La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles d'Etats. Observations sous les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani contre Royaume Uni* du 21 novembre 2001 », *RBDI*, n° 2, 2001, 526-548 ; K. Reece Thomas et J. Small, « Human Rights and State Immunity: Is There Immunity from Civil Liability for Torture? », *NILR*, n° 1, 2003, 1-30 ; F. Zarbiev, « Quelques observations sur le traitement de l'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, 621-644.

69 Communiqué annonçant les audiences et n'étant donc pas conservé dans la liste *on-line* de la CEDH, mais disponible, seulement en anglais, sur le site <http://www.newsquatchambers.co.uk/al-adsani.htm>.

70 Outre les huit juges qui ont émis, seuls ou à plusieurs, une opinion dissidente, trois juges ont estimé nécessaire d'exprimer leur point de vue dans une opinion concordante.

71 Soulignons que cette position est une illustration de la réticence des juridictions nationales à appliquer le droit international lorsque la loi est en contradiction avec lui.

72 Position réitérée dans la décision de la CEDH, par. 17.

73 Le 27 novembre 1996, la Chambre des Lords a refusé au requérant l'autorisation de la saisir.

► *La décision de la CEDH*

Comme point de départ de son raisonnement, la CEDH est partie de l'idée selon laquelle l'interdiction de la torture était désormais une règle de *jus cogens*, en citant de manière extensive la décision *Procureur c. Furundzija* du TPIY⁷⁴ :

Il est à noter que l'interdiction de la torture édictée par les traités relatifs aux droits de l'homme consacre un droit absolu auquel il ne peut être dérogé, même en situation de crise (. . .) Cela tient au fait, (. . .) que l'interdiction de la torture est une norme impérative ou *jus cogens* (. . .) En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire'⁷⁵.

La CEDH a ensuite suggéré une distinction comparable à celle de Lord Millet dans l'affaire *Pinochet* entre l'immunité des anciens chefs d'Etats *ratione materiae* en matière pénale et l'immunité de l'Etat au civil pour actes de torture⁷⁶, en d'autres termes entre les conséquences civiles et pénales d'une violation du *jus cogens*. Ce dernier avait en effet déclaré : « *I see nothing illogical or contrary to public policy in denying the victims of state sponsored torture the right to sue the offending state in a foreign court while at the same time permitting (and indeed requiring) other states to convict and punish the individuals responsible if the offending state declines to take action* ».

Se fondant sur cette distinction, la CEDH a considéré que « l'octroi de l'immunité souveraine à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat »⁷⁷.

La question que se pose ensuite la Cour est celle de savoir si la restriction de l'accès au tribunal garanti par la Convention européenne des droits de l'homme est proportionnée au but poursuivi : elle va donc mettre en balance les intérêts protégés par les règles relatives aux immunités et ceux que protègent les droits de l'homme, rappelant au passage la formule

74 Voir TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, aff. n° IT-95-17/1.

75 Par. 144 et 155. Des positions similaires ont été adoptées dans les affaires *Procureur c. Delasic et autres*, 16 novembre 1998, aff. n° IT-96-21-T, par. 454, et *Procureur c. Kunarac*, 22 février 2001, aff. n° IT-96-23-T.

76 Selon la formulation de Lord Millet : « *In my opinion, acts which attract state immunity in civil proceedings because they are characterised as acts of sovereign power may, for the very same reason, attract individual criminal liability* », *op. cit.* (note 2).

77 Jugement CEDH, *Al-Adsani*, par. 54.

de l'arrêt *Loizidou* : « La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats »⁷⁸. Formule générale parfaitement acceptable, que la Cour met ensuite en application dans l'affaire en cause, puisqu'elle poursuit son raisonnement ainsi :

On ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes ; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des Etats⁷⁹.

L'évolution du droit – à laquelle elle ne participe guère, comme l'a souligné le juge Ferrari Bravo dans son opinion dissidente⁸⁰ – n'est pas telle, selon la CEDH, que l'immunité doive être écartée en cas de violation d'une règle de *jus cogens* :

Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un Etat ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture⁸¹.

La conclusion dès lors s'impose d'elle-même :

En conséquence, même si elle note que l'importance primordiale de la prohibition de la torture est de plus en plus reconnue, la Cour ne juge pas établi qu'il soit *déjà* admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for⁸².

78 *Ibid.*, par. 55.

79 *Ibid.*, par. 56.

80 Dans laquelle il déclare que « la Cour a, malheureusement, raté une très bonne occasion de sortir une jurisprudence courageuse ».

81 Jugement CEDH, *Al-Adsani*, par. 61.

82 *Ibid.*, par. 66. C'est nous qui soulignons.

La décision à laquelle aboutit ainsi la CEDH contredit en partie une affirmation qu'elle-même a énoncée dans son jugement, selon laquelle le fait « qu'un Etat puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique »⁸³.

Dans une opinion concordante, le juge Pellonpää, auquel s'est rallié le juge Bratza, a suggéré que cette décision avait été adoptée également pour des raisons pratiques⁸⁴ :

Si le point de vue de la minorité l'avait emporté, on serait parvenu à ce résultat quelque peu paradoxal que ce serait précisément les Etats qui se sont montrés les plus libéraux dans l'accueil des réfugiés et demandeurs d'asile, qui se seraient vu imposer la charge supplémentaire de garantir l'accès aux tribunaux à peut-être des centaines des réfugiés afin qu'ils obtiennent une décision sur leurs actions civiles en réparation des tortures qu'ils allégueraient.

Peu après la décision *Al-Adsani*, la CEDH a réitéré la même position, tout en laissant la porte – entrouverte dans l'affaire *Al-Adsani* par l'utilisation du mot « déjà » – encore plus explicitement ouverte sur l'avenir :

(. . .) la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages et intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat (. . .) Cela est au moins vrai dans la situation actuelle, telle que constatée dans l'affaire *Al-Adsani* (. . .), ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur⁸⁵.

► *Les opinions dissidentes de huit juges dont le juge Lucius Caflisch*
Une opinion dissidente exprimée par les juges Rozakis et Caflisch, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic,

83 *Ibid.*, par. 47.

84 Cet argument avait aussi été soulevé par Lord Justice Stuart Smith, un des membres de la Cour d'appel qui en Angleterre a débouté le requérant *Al-Adsani* en ces termes : « Il suffit d'un moment de réflexion pour voir que la thèse du demandeur aurait dans la pratique des conséquences extrêmes. Les cours et tribunaux britanniques sont ouverts à tous ceux, citoyens britanniques ou non, qui demandent leur aide. Un grand nombre de personnes arrivent dans notre pays chaque année pour y chercher refuge et asile, et maintes d'entre elles allèguent avoir été torturées dans le pays d'où elles viennent ». On trouve également la mention du « fardeau très lourd qui pèserait sur tous les pays d'accueil » chez Ch. Tomuschat, « L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP*, n° 1, 2005, p. 66.

85 *Aikaterini Kalegeropoulou & autres c. Grèce et Allemagne*, requête n° 59021/00, décision sur la recevabilité du 12 décembre 2002 (première section).

critique la distinction opérée par la majorité, en ce qui concerne l'octroi d'immunités, entre une action pénale intentée contre un ancien chef d'Etat et une action civile contre l'Etat résultant du même acte criminel. L'opinion dissidente présente à première vue un raisonnement très rigoureux en trois propositions simples.

L'opinion dissidente commune va d'abord qualifier l'interdiction de la torture, puis les règles relatives à l'immunité avant de rapprocher les deux qualifications pour en tirer une conclusion diamétralement opposée à celle de la majorité.

La première affirmation ne fait que rappeler la prémisse dont était partie la majorité de la Cour, selon laquelle « (e)n admettant que la règle prohibant la torture est une règle de *jus cogens*, la majorité reconnaît que cette règle est hiérarchiquement supérieure à toute autre règle du droit international, générale ou particulière, coutumière ou conventionnelle, sauf bien sûr les autres normes de *jus cogens* »⁸⁶. Les juges dissidents ont donc pris le même point de départ que la Cour et ont énoncé ainsi les conséquences de l'existence d'une règle de *jus cogens* : « Une règle de *jus cogens* a (...) cette caractéristique essentielle que, en tant que source du droit dans l'ordre juridique international vu sous l'angle vertical, elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première l'emporte ».

La seconde constatation faite par les juges qui ont rédigé l'opinion dissidente commune est que « les règles sur l'immunité des Etats n'ont pas le rang de normes de *jus cogens*, car celles-ci, qui protègent l'ordre public, c'est-à-dire les valeurs fondamentales de la communauté internationale, ne souffrent aucune dérogation unilatérale ou contractuelle à leur caractère impératif »⁸⁷ : or, il n'est pas contesté que les Etats peuvent renoncer à leurs immunités, ce qui est antinomique avec le caractère impératif des normes de *jus cogens*.

Aussi, en troisième lieu, de la confrontation de ces deux constatations, à la lumière de la hiérarchie normative rappelée, découlerait de toute évidence que « (l)a norme de *jus cogens* prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des Etats étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des Etats se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique »⁸⁸.

On sait que pour justifier la solution adoptée, la Cour a fait une subtile distinction entre le jeu des immunités face à une règle de *jus cogens* selon

86 Opinion dissidente commune, § 1.

87 *Ibid.*, § 2.

88 *Ibid.*, § 3.

que l'on est en matière pénale, où l'immunité a été écartée dans l'affaire *Pinochet*, ou en matière civile, où la CEDH estime que ce n'est pas la même hiérarchie qui l'emporte, puisque selon elle c'est l'immunité qui prime sur la norme de *jus cogens*. Les juges dissidents souhaitent souligner l'absurdité de cette distinction qui ne repose sur rien. Selon eux,

(...) la distinction faite par la majorité entre procédure civile et procédure pénale pour déterminer l'effet de l'interdiction de la torture ne s'accorde pas à la finalité même des règles de *jus cogens*. Ce n'est pas la nature de la procédure, mais la valeur de norme impérative de la règle et son interaction avec une règle de rang inférieur qui déterminent les effets d'une règle de *jus cogens* sur une autre règle du droit international. Règle de *jus cogens*, la prohibition de la torture s'applique sur le plan international, sur celui-ci prive de tous ses effets juridiques la règle sur l'immunité des Etats étrangers, peu importe le caractère pénal ou civil de la procédure interne⁸⁹.

Le juge Loucaides, quant à lui, exprime son accord avec le résultat auquel est parvenu l'opinion dissidente commune, en insistant sur le fait que « (1) la prohibition de la torture revêtant un caractère absolu, ce serait une parodie de justice que d'autoriser des exceptions en matière de responsabilité civile en permettant à un Etat d'exciper avec succès de son immunité pour défendre à une action en réparation engagée par une victime d'actes de torture »⁹⁰. Mais ce juge a même été « plus loin », puisqu'il considère que les immunités ne devraient pas seulement reculer en présence de violations de normes de *jus cogens*, mais dans tous les cas où les immunités, en raison des actes en cause, constituent un privilège injustifié mettant un obstacle à l'accès au juge qui doit être garanti dans toute société démocratique :

Toute forme d'immunité générale, qu'elle repose sur le droit international ou le droit national, qu'un tribunal applique afin de faire totalement barrage à une décision judiciaire sur un droit de caractère civil sans mettre en balance les intérêts concurrents, à savoir ceux que protège l'immunité dont il s'agit et ceux tenant à la nature de la demande spécifique qui est l'objet de la procédure pertinente, s'analyse en une limitation disproportionnée à l'article 6 § 1 de la Convention que, par ce motif, elle enfreint.

► *Quelques interrogations sur le débat qui a eu lieu devant la CEDH*
L'importante division au sein de la CEDH – la décision, rappelons-le, fut adoptée par une majorité de 9 voix contre 8 – illustre le débat encore ouvert

89 *Ibid.*, § 4.

90 Opinion dissidente, p. 34.

sur la question de la restriction des immunités protégeant les Etats, leurs chefs et agents.

Nombreux ont été les auteurs très critiques de la décision de la Cour, regrettant que ce ne soit pas le raisonnement de l'opinion dissidente qui l'ait emporté. Pour illustrer cette appréciation négative de la décision *Al-Adsani*, on peut reprendre les remarques d'Olivier de Frouville, selon lequel « la Cour a produit une jurisprudence pour le moins décevante, qui donne par ailleurs l'impression d'aller à contre-courant du mouvement général de mise en conformité du droit des immunités au regard des exigences des droits de l'homme »⁹¹. Même commentaire négatif de la part d'Isabelle Pingel-Lenuzza, pour qui « la Cour se place (. . .) à contre-courant de l'évolution générale et manque une nouvelle occasion de faire progresser le droit sur ce point. (. . .) Rendue à l'occasion de faits particulièrement graves, l'affaire *Al-Adsani* est révélatrice de l'extrême prudence dont fait preuve la Cour européenne lorsqu'elle est confrontée à la question de l'immunité des Etats »⁹².

Andrea Bianchi se montre lui aussi particulièrement sévère à l'égard de la décision de la Cour, suggérant que cette décision est même contraire au droit international coutumier tel que codifié par la Commission du droit international. On sait, en effet, qu'aux conséquences attachées à la violation d'une règle de droit international s'ajoutent, en cas de violation d'obligations découlant de normes impératives du droit international général, des conséquences supplémentaires prévues à l'article 41 de la déclaration sur la responsabilité des Etats, selon lesquelles « (l)es Etats doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave » des normes de *jus cogens* et ne doivent ni reconnaître comme licite la situation née de cette violation, ni prêter assistance au maintien de celle-ci.

Ainsi, selon Andrea Bianchi, les articles rédigés par la CDI sur la responsabilité des États :

consacrent expressément l'obligation de ne pas reconnaître les situations issues d'une violation grave de normes impératives du droit international. Chaque violation grave implique un devoir de non-reconnaissance des effets juridiques qui en découlent. La reconnaissance de l'immunité d'un Etat étranger ayant violé une norme impérative constituerait également une telle violation⁹³.

91 O. de Frouville, « Droit à un tribunal et immunités de juridiction », n° 1, *RGDIP*, 2002, p. 278.

92 I. Pingel-Lenuzza, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *RGDIP*, n° 4, 2002, p. 898 et p. 903. Voir également les auteurs cités par Ch. Tomuschat, *op. cit.* (note 84), p. 51, note 3.

93 A. Bianchi, *op. cit.* (note 14), p. 92.

Cette analyse, à première vue séduisante, ne résiste cependant pas à un examen plus approfondi et me semble pouvoir être réfutée en acceptant les prémisses posées mais en s'interrogeant sur leur mise en œuvre concrète. Il est exact qu'il résulte du droit international qu'un Etat doit en cas de violation grave d'une norme impérative d'une part coopérer pour mettre fin à la violation, d'autre part ne pas reconnaître la situation créée comme licite, soit par une action sur le plan international, soit par une action sur le plan interne. En d'autres termes, un Etat a l'obligation de coopérer avec les autres pour supprimer l'illicéité et de ne pas reconnaître la situation de violation du *jus cogens* par le biais d'une décision de ses tribunaux internes. Or, que constatons-nous dans l'affaire *Al-Adsani* ? Les tribunaux anglais ont refusé de juger. Mais est-ce là une violation de l'obligation de coopérer pour mettre fin à la violation ? Il ne le semble pas, car même en admettant qu'une façon de coopérer pour un Etat serait de mettre à la disposition des victimes ses tribunaux pour qu'elles puissent obtenir réparation, il n'y a pas là une coopération en vue de mettre fin à la violation. De même, le refus de juger peut-il être considéré comme violant l'obligation de ne pas reconnaître la situation comme licite ? Autrement dit, peut-on considérer que l'absence de réparation du dommage causé à la victime, résultant du refus de juger en raison de l'immunité, est une reconnaissance de la licéité de l'action ? Il ne le semble pas non plus, car il y a plutôt là une simple fin de non-recevoir fondée sur une règle importante du droit international qui empêche précisément l'Etat de porter un jugement positif ou négatif sur la licéité de l'acte commis par l'Etat étranger : rappelons ici ce qu'a énoncé la CEDH, selon qui « (i)l faut considérer l'octroi de l'immunité non pas comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence des cours et tribunaux nationaux pour statuer sur ce droit »⁹⁴.

Mais un certain nombre de critiques ont également été avancées contre le raisonnement suivi dans l'opinion dissidente. Ainsi, Pierre D'Argent lui oppose l'argument selon lequel :

la question de la primauté hiérarchique des règles n'existe (. . .) que pour autant que leur contradiction se pose quant à l'objet qu'elles entendent chacune régir : dès l'instant où les règles en question sont étrangères l'une à l'autre quant à leur objet, aucune contradiction entre elles ne saurait exister qui devrait être réglée à l'intermédiaire d'un principe de primauté hiérarchique⁹⁵.

94 Jugement CEDH, *Al-Adsani*, par. 48.

95 P. D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des Etats face à l'épreuve de la guerre* (Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002), p. 801. Pour d'autres auteurs critiques, voir également les auteurs cités par Ch. Tomuschat, *op. cit.* (note 84), note 4.

En d'autres termes, cet auteur considère que l'argument des juges minoritaires dans l'affaire *Al-Adsani* « paraît en effet exagérément prêter à l'immunité un effet qu'elle n'a pas »⁹⁶. Pierre d'Argent considère en effet que si l'immunité souveraine est susceptible de porter atteinte au droit au juge, elle ne contrevient pas à l'interdiction de la torture⁹⁷, ce qui exclut que l'on puisse invoquer l'argument tiré de la hiérarchie des normes. Ainsi pour que l'argument hiérarchique soit opérant, il s'agirait de démontrer que le droit au juge relève du *jus cogens*, ce que personne ne prétend pour l'heure.

Il est indéniable qu'en stricte théorie juridique, il existe une différence entre la norme primaire et les normes secondaires qui énoncent les conséquences tirées de la violation de la norme primaire. Même Andrea Bianchi, pourtant très favorable à la position défendue par l'opinion dissidente, reconnaît que « (i)t has to be conceded that there is a problem in arguing that human rights norms having a peremptory status automatically prevail against any other conflicting norms. The human rights norms are substantive in character, whereas jurisdictional immunities are procedural; consequently, there is technically no direct conflict »⁹⁸. Or, il semble bien que c'est à une confusion entre ces deux types de normes que procède l'opinion dissidente, lorsqu'elle considère implicitement que si la norme primaire est une norme de *jus cogens*, il en résulte nécessairement que l'obligation secondaire est elle aussi une norme de *jus cogens*. Certes, certains auteurs appellent à un alignement explicite entre les deux types de normes. Ainsi, si la distinction est bien rappelée par José Caicedo dans sa thèse, lorsqu'il souligne qu'« il ne faut pas confondre la « violation grave » et les obligations secondaires qui naissent de cette règle »⁹⁹, il estime cependant que la logique impose qu'elles soient considérées comme ayant la même valeur normative :

Les règles secondaires relatives à la responsabilité internationale sont du *jus dispositivum*. Si ce statut n'engendre pas de problèmes majeurs s'agissant des simples délits internationaux, il n'en va pas de même pour les violations des normes impératives. On arrive ainsi à la situation très contradictoire dans

96 P. D'Argent, « Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés) ? La question des réparations en cas de violation massive des droits de l'homme », 5 *International Law Forum du droit international*, n° 1, 2003, p. 21.

97 L'auteur avance que l'immunité « n'efface aucune illicéité et ne rend pas conforme au droit ce qui le contredit (...) Elle empêche seulement à un acteur étatique (un juge) de constater l'éventuelle contrariété au droit du comportement d'un Etat étranger. On ne saurait y voir le signe que l'ordre juridique international viendrait à tolérer la commission d'illicéités (graves). Il faut plutôt comprendre que les immunités témoignent de ce que ce même système entend confier leur sanction à d'autres autorités, selon d'autres mécanismes », *ibid.* p. 22.

98 *Op. cit.* (note 64), p. 247.

99 *La répartition de la responsabilité internationale entre les organisations internationales et leurs Etats membres*, thèse soutenue en 2005, document miméographié, p. 578.

laquelle le contenu de la règle primaire de *jus cogens* est intouchable et son respect impératif, mais les effets, eux, sont modulables (. . .) La seule solution logique pour éviter cette contradiction est de couvrir les règles secondaires relatives aux « violations de normes impératives du droit international général » du même poids normatif que le *jus cogens*¹⁰⁰.

Il semble cependant qu'une telle inférence relève plus de la pétition de principe qu'elle n'est le résultat d'un véritable raisonnement juridique et, en ce sens, les critiques de Pierre d'Argent apparaissent pertinentes.

Elles le sont d'autant plus que le raisonnement de l'opinion dissidente porte peut-être en lui des dangers insoupçonnés pour la structure de l'ordre juridique international. Celle-ci a en effet déclaré dans une formule très englobante que la norme de *jus cogens* annule toute norme contraire, sans se préoccuper de l'objet de la norme contraire. Il semble ainsi que dans l'esprit des juges dissidents, dès lors qu'une norme s'oppose au but poursuivi par la norme primaire, elle pourrait être considérée comme nulle.

C'est en tout cas le résultat du raisonnement suivi. Quelles étaient en effet les normes en conflit ? Il y avait d'un côté une norme de *jus cogens*, l'interdiction de la torture, de l'autre le droit au juge. Ce qui était considéré comme contraire à cette norme de *jus cogens* était le refus d'accès à un tribunal étranger pour obtenir des dommages et intérêts en réparation d'actes de torture imputés à un Etat en raison de l'immunité dont il bénéficiait en droit international. La norme interdisant la torture relevant du *jus cogens*, il faudrait donc considérer comme nulle toute règle constituant un obstacle à la réparation du dommage.

Toute la question est de savoir si l'on peut vraiment, en toute rigueur juridique, et non du point de vue des préférences politiques, tenir un tel raisonnement qui pourrait avoir des conséquences « bouleversantes » pour l'ordre juridique international. Supposons ainsi qu'un Etat souhaite mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat pour acte de torture devant la CIJ, alors que ce dernier n'a pas accepté la juridiction obligatoire de la Cour. Ne devrait-on pas soutenir, en application du raisonnement de l'opinion dissidente, que la règle de *jus cogens* d'interdiction de la torture doit l'emporter sur la règle exigeant un consentement de l'Etat pour que celui-ci puisse être poursuivi sur le plan international devant la juridiction de La Haye pour actes de torture ?¹⁰¹ Il est vrai que la CIJ a par avance réfuté une telle

100 *Idem*.

101 Christian Tomuschat rejette également une telle conséquence : selon lui, « (l) le consentement des Etats reste le principe de base du règlement des différends internationaux. Si la CIJ voulait passer outre à ce principe sacré en déclarant qu'en cas de violations graves du droit international l'Etat responsable est automatiquement soumis à sa compétence, les Etats concernés

conclusion, qui me semble nécessairement découler de l'opinion dissidente, dans l'affaire du *Timor oriental*. Après avoir reconnu que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes était une norme de *jus cogens*, elle a indiqué qu'il n'en résultait pas pour autant un bouleversement de toutes les règles de procédure régissant les recours internationaux. Comme elle l'a expliqué :

la Cour estime que l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance¹⁰².

Est-ce alors à dire qu'il convient de se rallier à la décision de la CEDH, en raison de certaines généralisations trop hâtives de l'opinion dissidente commune ? Il n'en est rien. Il me semble en effet que ce n'est pas en termes généraux de hiérarchie des normes qu'il aurait fallu raisonner, mais, à l'instar de ce qui a été fait dans l'affaire *Pinochet*, en termes de qualification des actes pouvant bénéficier ou non des immunités accordées au souverain : les actes de torture imputables à l'Etat du Koweït auraient dû être considérés comme des actes publics n'entrant pas dans les fonctions d'un Etat souverain, et en tant que tels comme ne bénéficiant pas d'immunités. Une telle approche permettrait que ne soit pas opérée de distinction¹⁰³ entre la responsabilité civile d'un Etat ou d'un agent de l'Etat et la responsabilité pénale d'un représentant de l'Etat, une telle distinction apparaissant parfaitement illogique ainsi que cela a été souligné dans l'opinion dissidente.

Comme il est apparu au cours de ces quelques développements, les interrogations ne manquent pas. Il est indéniable que cela traduit le fait, clairement mis en évidence par un de mes collègues de l'Institut universitaire de hautes études internationales (HEI) de Genève, où a enseigné de nombreuses années le dédicataire de ces lignes, que « (l)e régime des immunités est plus que jamais déchiré entre une conception traditionnelle du droit international et des développements récents attachés à la répression des violations des droits de l'homme »¹⁰⁴. En conclusion, pour alimenter cet intense conflit d'intérêts toujours en cours, on peut souligner que, de la même façon

ne respecteraient tout simplement pas les arrêts résultant de telles entorses à leurs prérogatives souveraines », *op. cit.* (note 84), p. 61.

102 Affaire relative au *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*), *CIJ Rec.* 1995, par. 29, p. 102.

103 En ce qui concerne la responsabilité d'un ancien chef d'Etat, l'absence de distinction entre ses responsabilités pénale et civile explique que les analyses de l'affaire *Marcos* au civil et de l'affaire *Pinochet* au pénal se rejoignent.

104 A. Bianchi, *op. cit.* (note 14), p. 64.

qu'il a peu à peu été admis, pour être aujourd'hui généralement accepté, que l'immunité ne s'applique pas pour un acte de gestion, il ne paraît en rien choquant que se développe, sur une base juridique solide, une nouvelle exception à l'immunité, à savoir que l'immunité ne s'applique pas lorsque est en cause un acte qualifié de crime de droit international, et ceci aussi bien dans le domaine pénal que dans le domaine civil.

IN AND AROUND THE BALLOT BOX: RECENT
DEVELOPMENTS IN DEMOCRATIC GOVERNANCE AND
INTERNATIONAL LAW PUT INTO CONTEXT

*Daniel Thürer & Malcolm MacLaren**

1 INTRODUCTION

The *Financial Times* aptly dubbed 2004 the “Year of the Ballot”.¹ A recent series of national elections has brought balloting as a procedure and the formula “periodic, fair and free elections” (PFF) into sharp relief. Beyond these elections, novel fact patterns and shifts in international opinion concerning democracy are discernable. These developments are significant for the design and function of national political systems around the world. Accordingly, they call for renewed discussion of the prevalent values and rules that define democracy.² The following essay is intended to offer a conceptual framework for such a discussion. While there are no ‘hard and fast’

* Daniel Thürer, Dr. iur., LL.M., Dr. rer. publ. h.c., is Professor of Law and Head of the Institute for Public International and Comparative Constitutional Law at the University of Zürich. Malcolm MacLaren, M.A., LL.M., is a Research Fellow at the Institute. An earlier version of the following, entitled “Periodic, Fair and Free Elections: Important Elements for the promotion and protection of human rights”, was delivered at an expert seminar on democracy and the rule of law convened by the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) in Geneva, 28 February–2 March 2005. (References to events and internet websites are up to date as of October 2005.)

1 B. Groom, “A billion votes and counting: Ukraine’s rerun election caps a ‘year of the ballot’”, *Financial Times*, 27 December 2004, p. 8.

2 For a critical review of the leading positions taken by scholars on democracy and international law in an earlier iteration of the discussion, see E. Macdonald, “International Law, Democratic Governance and September the 11th”, 3 *GLJ*, No. 9, 2002. Available at <http://www.german-lawjournal.com/print.php?id=184>. For an anthology of the so-called democratic entitlement debate and an account of the legal and policy issues involved, see G. Fox, B. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000).

rules as to how a democracy is to appear, its quality may be assessed according to certain criteria. The latest developments in democratic practice and thinking worldwide will here be situated in the broader context of international law, constitutionalism and political theory.

Our starting point is an examination of how the developments relate to international law. To this end, the contemporary meaning of the single elements of the PFF formula will be analysed as international constraints on the design and function of national political processes and institutions. Focus on the conduct of elections should not, however, be to the exclusion of other considerations. As will be explained, this risks neglecting the constitutional conditions that optimize representative democracy, namely fundamental rights and freedoms, rule of law and federalism. Representative democracy is for its part but one form of democracy and, though dominant today, is not necessarily to be preferred as a model; the possibilities that direct democratic mechanisms may offer governments and citizens are also to be considered. Lastly, to ensure that a discussion of democracy's values and rules remains grounded, attention must be given to the role of inter-governmental organizations (IGOs) in constructing the legal framework of democracy in national political systems. We will describe this role as we conceive it in particular in the concluding outlook.

2 THE DEVELOPMENTS IN QUESTION

Democracy as a form of government and as a concern of the international community has undeniably spread. Almost daily, news reports confirm the spread of democracy as a form of government. Free and fair elections were attempted with real success in several countries where no such elections had (ever or recently) been held and more, where they once seemed unimaginable. One thinks of Ukraine, the Palestinian Territories and Georgia in particular, where millions enjoyed the experience of voting in legitimate elections for the first time. The number of democracies in the world seems to be rising,³ resuming the trend that defined international politics in the late 1980s and early 1990s. Admittedly not all these countries are full-fledged democracies, and democratization has experienced some setbacks of late.⁴ None-

3 "Freedom House Survey", 2005. Available at <http://www.freedomhouse.org/research/survey2005.htm>.

4 E.g. in the suspension in February 2005 of democratic institutions in Nepal and arguably in the self-proclaimed 'CEO-style' of government of Thailand's Prime Minister, Thaksin Shinawatra.

theless, the observation of Boutros Boutros-Ghali, then United Nations (UN) Secretary-General, has been newly revalidated: “[t]he basic idea of democracy is today gaining adherents across cultural, social and economic lines.”⁵

Hand in hand with this trend, democracy as a concern of the international community is spreading. This concern expressed itself in human rights agreements in the postwar period. Recently, it has taken the more interventionist forms of observing national elections and assisting in national constitution-making (undertaken by IGOs, individual countries, as well as NGOs). Each of the aforementioned elections were monitored and assessed by foreign observers, whose opinion played a large role in determining the legitimacy of the results. Likewise, the constitution of post-conflict Kosovo was issued as a regulation of the Special Representative of the UN Secretary-General on the basis of a Security Council mandate to administer the territory.

Democracy as a form of government and as a concern of the international community has spread in conjunction with the political upheavals that many States have undergone in the last few decades.⁶ Over half of the national constitutions in force today were drafted within the last 25 years, most in the developing world: we seem, in short, to be living “in an era of constitution-making.”⁷ These transformations have been accompanied by a remarkable development in the nature of constitution-making / -revision, namely the provision of a central role for citizens in their new national political systems. Every single national constitution drawn up in the last three decades has established a citizen’s entitlement to vote.⁸ The concomitant electoral laws foresee meaningful participation by the governed in the formal political decisions that shape their lives and societies.

The transformations in Afghanistan and South Africa exemplify the trend to popular political empowerment. The open, inclusive nature of the constitution-making and the subsequent elections in the two countries recognized the citizens as the *authors* and *owners*, respectively, of their national

5 B. Boutros-Ghali, *An Agenda for Democratization*, Supplement to Reports A/50/332 and A/51/512 on Democratization, 17 December 1996, para. 3. Available at <http://www.library.yale.edu/un/un3d3.htm#VI>.

6 Military dictatorships have fallen: Portugal 1974, Spain 1978, Argentina 1983, Chile 1991. ‘Velvet Revolutions’ brought communist regimes in Central and Eastern Europe to an end. In South Africa, the apartheid regime condemned by the international community as being in violation of international human rights law was succeeded by the highly progressive constitution of 1996. Failing or failed States such as Haiti, Somalia and East Timor have been or are being reconstructed through multinational efforts.

7 V. Hart, “Democratic Constitution Making, Special Report, United States Institute of Peace”, July 2003, p. 1. Available at <http://www.usip.org>.

8 A. Kirshner, “The International Status of the Right to Vote, Democracy Coalition Project”, November 2003, p. 1. Available at <http://www.fairvote.org/media/rtv/kirshner.pdf>.

political system.⁹ Provisions in the Afghani and South African basic laws for subsequent revision serve as a reminder of the people's role as the basis for any authority in the State. The political process has thereby come to possess as much importance in legitimizing governance as the outcome of governance itself: without a general sense of authorship and ownership, the public today will apparently not agree to and participate in constitutional government.¹⁰

3 THE SINGLE ELEMENTS OF 'PERIODIC, FAIR AND FREE ELECTIONS'

What is the content of the PFF formula? How might its single elements be defined in the context of voting for national representatives, and how might constitutional and electoral provisions be translated into reality? Although the formula is frequently used in the literature and in practice, it is not a universal term of art, being found in only one regional agreement.¹¹ The meaning of PFF can instead be derived from a variety of universal and regional human rights instruments that range from hard to soft law. The formula finds its basis in two analogous provisions from the *Universal Declaration of Human Rights* of 1948 (*UDHR*) and the *International Convention on Civil and Political Rights* of 1966 (*ICCPR*). Art. 21 *UDHR* provides:

- (1) Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives [. . .]
- (3) The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections, which shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.

Art. 25 *ICCPR* provides:

9 To be more precise: by helping to draft their basic law, the Afghani and South African peoples were recognized as a collective entity with sovereign power in their respective States; the resultant constitutions express in concrete form their collective judgments. By voting in subsequent presidential and parliamentary elections, they are expressing their individual preferences as to the future of their State.

10 D. Thürer, "Vom paradigmatischen Einfluss des Völkerrechts auf das Staatsrecht", in: K. Weber, N. Wimmer (eds.), *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg* (Wien/New York, Springer, 2005), p. 407 et seq.

11 The term "periodic, fair and free elections" is found in the *Inter-American Democratic Charter*, adopted by the General Assembly of the Organization of American States on 11 September 2001.

Every citizen shall have the right and the opportunity, without [. . .] unreasonable restrictions:

- (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;
- (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors [. . .].

What these and other human rights instruments¹² have in common is that they seek to promote democratic governance and respect for the political rights of the individual. Specifically, the alternative wordings of PFF provisions and the difficulty in distinguishing the formula's elements precisely¹³ suggest that what is determinative is that elections are *effective* in fulfilling their purpose. National political systems should be constructed not according to fixed, exact criteria¹⁴ but according to guidelines that ensure that the poll results adequately reflect popular preferences under the particular circumstances.¹⁵ For its part, the purpose behind bestowing a right to PFF may be characterized variously. We consider periodic, fair and free elections to be more than merely an instrument by which the national collective may control political power generally and government policies in particular. They also embody an inherent value, above all that of self-government and self-realization as distinct individuals, and they serve to recognize human

12 Comprehensive sets of election standards and other texts aimed at advancing democracy adopted by international governmental and non-governmental organizations are available at the websites of the OHCHR (<http://www.ohchr.org>) and Forced Migration Online (<http://www.forcedmigration.org/guides/fmo020/fmo020-5.htm>).

13 The elements “fair” and “free” are, for example, often combined in international provisions under the term “genuine”.

14 The ‘lacunae’ in the definitions are, however, problematic from a practical standpoint. To evaluate whether given elections are “free and fair”, the standards must be clearly defined and distinguished from other prerequisites for democracy, broken down into operable parts, put into the context of the electoral process as a whole and weighted against one another. An IGO concluded its review of the criteria in human rights conventions so: “[f]rom the perspective of an election administrator, knowing whether or not specific procedures conform to basic principles of free and fair elections can be a difficult task.” (International Organization for Migration, *Refugee and IDP Voting: Issues, Standards, and Best Practices*, April 2003, p. 5. Available at <http://www.iom.int/pep>.)

15 Elections may appropriately be characterized as PFF, even if they are not perfect. Adopting a broader view is especially called for during elections that are held as part of a democratic transition process. The elements in such situations must be understood as ideals to be approximated and not necessarily to be achieved. The elections’ contribution to democratization itself must also be taken into consideration. (For more detail, see J. Elklit, P. Svensson, “What Makes Elections Free and Fair?”, 8 *Journal of Democracy*, No. 3, 1997, 39.)

dignity.¹⁶ In turn, if the holding of periodic, fair and free elections constitutes an objective right of the people and a subjective right of the natural person, a right to PFF includes a right to universal and equal suffrage (and to run for public office).¹⁷

The single elements of PFF (and more generally the concept of democracy) should be defined with these realizations in mind. We will therefore seek to identify the guiding principles that may be derived from the following usages and opinions rather than parse the universal and regional provisions as positive law.¹⁸ According to these principles, the proper conduct of elections and, more broadly, the quality of particular government structures may be judged.¹⁹

A. “Periodic”

The requirement that elections be “periodic” means that it is not enough for the people to decide once or at prolonged intervals; they must have the opportunity to do so intermittently. As with “free” and “fair”, the rationale for the requirement that elections be “periodic” can be explained variously, according to how the purpose behind the bestowal of rights to political participation more generally are characterized – i.e. as an element of public control or of self-determination.

16 The desire for self-expression comes particularly to the fore where individuals have been / can be oppressed subjects and not citizens. This desire is attested to by the fact that voters in new democracies typically go to the ballot boxes in larger numbers than in established ones (see Eastern European elections since fall of Wall) and that voters in unstable democracies often brave intimidation and risk danger to their personal security to cast their ballot (see Iraqi elections for the drafting of a national constitution in January 2005).

17 This means that in principle, everyone should have the right to take part in the government of his / her country (universality) and each vote should have the same weight (equality). The right to vote and voting rights are corollaries of one another in a full-fledged democratic system, as the conjunctive formulation of Article 25(b) *ICCPR* implies and the European Court of Human Rights’s interpretation in *Matthews v. the United Kingdom* (Application no. 24833/94) (18 February 1999) of Article 3 of Additional Protocol I of the European Convention on Human Rights confirms.

18 Instead, see the Human Rights Committee’s findings on state compliance and its general comments regarding Article 25 *ICCPR*. More generally, see A. Eide, G. Alfredsson, *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement* (The Hague, M. Nijhoff, 1999); G.S. Goodwin-Gill, *Free and Fair Elections – International Law and Practice* (Geneva, Inter-Parliamentary Union, 1994).

19 The present focus is not meant to obscure the fact that proper institutions for ongoing popular consultation must also be provided for in a full-fledged democracy. Democracy is “as much about what happens between elections as it is about what happens during them.” (S. Vieira de Mello, “Holistic Democracy: The Human Rights Content of Legitimate Governance”, Opening Statement to the Seminar on the Interdependence between Democracy and Human Rights, Geneva, 25 November 2002. Available at <http://www.unhcr.ch/>.)

The concern with periodicity follows ultimately from the conception of democracy as a political system based on the will of the people of a country: elections at intervals are necessary to ensure that democratic governments continue to reflect the people's will and the changeable political and social circumstances informing it. Holding elections from time to time shows that political power actually belongs to the people not to a group or an individual and that the people exercise it themselves and not the leaders. As a corollary, requiring elections at intervals is intended to ensure political accountability of officeholders to the people. Periodic elections serve to check official abuse of power (at its most extreme the absolute power that comes from not having to face the electorate and risking being thrown out of office). It hinders the untransparent accumulation of power and privileges as well as the corruption and repression that accompany it.

Periodic elections do *not* mean that government must then be changed, merely renewed. People must enjoy the right to recall, if they wish, the ruling parties and elected officials. The idea behind this requirement was well explained by *Karl Popper*, who argued that the crucial question is not who will rule, but whether people have the ability to vote a bad government out of office.²⁰ Next, periodic elections cannot mean merely soliciting a popular stamp of approval for a pre-selected candidate (or an already decided government policy) in plebiscites. Such consultation (e.g. as practiced in Egyptian presidential elections until 2005) does not offer voters the opportunity of passing full – and possibly final – judgment on the incumbent government. Instead, it merely secures the people's consent to others' rule. Lastly, the regularity at which elections are held should be considered. While the power to call an election is ultimately a matter for national law or convention to regulate, it should in principle be controlled. The power is otherwise open to abuse by the government to ensure that it remains in office. It is better for the health of democracy “for political leaders to be jittery about the verdict of the electorate than to take voters for granted.”²¹

Today, all western presidential and most parliamentary systems have fixed terms. Those that do not, like the British,²² offer the incumbents a potentially great electoral advantage. Recent German political history offers a case study in the control of this discretionary power. Art. 39(1) of the German Basic Law provides for legislative terms of four years. Under Art. 68,

20 K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, 5th ed. (Princeton NJ, Princeton University Press, 1966), Chap. 7.

21 P. Riddell, “Cut and run: a review of Alastair Smith, Election Timing”, *Times Literary Supplement*, 8 April 2005, p. 8.

22 The Parliamentary Act 1911 does, however, limit the maximum length of a Parliament to five years from seven as previously.

the Chancellor cannot dissolve the *Bundestag* voluntarily and call for new elections; the power is accorded the Federal President alone. In 1982 and 2005, Chancellors Kohl and Schröder deliberately put and lost non-confidence votes with the intention of seeking premature national elections. As their governments formally held majorities in the *Bundestag* (Federal Parliament) at the time, the German Federal Constitutional Court had to decide whether the action was constitutional. The Constitutional Court held in both cases that the Chancellor's discretion to put the non-confidence vote cannot be abused for political advantage; a mere desire for premature elections is not sufficient justification for a dissolution. The *Bundestag* is only to be dissolved when the Chancellor due to a politically instable situation can no longer be certain of its support and continuous governance is threatened. The prevailing situation is essentially for the Chancellor to assess, as it is a political question; in reviewing his / her request for a dissolution, the President is only allowed to prefer a different assessment if it is obviously more adequate, and the Court if the Chancellor's assessment is obviously wrong.²³

B. "Fair"

What does the requirement of "fairness" mean? It means that electoral rules are fixed and that the result of the electoral campaign is open – and not *vice versa*. The election cannot be structured in such a way that the outcome is preordained; all contestants must have a real opportunity to gain power. A fair election proceeds on a 'level-playing field', where the rules of the game (e.g. the electoral law) are applied impartially and the means to play it (e.g. public party funding) are not distributed unreasonably.

If state authority is to emanate from the people, forming the popular will must start with the people. In order to ensure the free and open formation of the popular will, participants in political life are in turn bound by certain constraints. State organs must be prohibited from becoming active in this process and influencing its outcome. An application of this requirement may be found in the decision of the Ukrainian Supreme Court of 3 December

23 *BVerfGE* 62, 1 (16 February 1983); *BVerfGE*, 2 BvE 4/05 (25 August 2005), available at http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20050825_2bve000405.html. Initial reactions to the reasoning of the majority of the Constitutional Court in the later judgment have focussed on its significance for the power of the Chancellor relative to the Parliament. Critics argue that with the judgment, democracy has been weakened, as the former can threaten to dissolve the latter rather than to seek its approval of controversial legislation. To our mind, a more differentiated understanding is appropriate: democracy *as such* has not been weakened, rather *representative* democracy, while *plebiscitarian* democracy has actually been strengthened.

2004. The Court held that the campaign in the mass media before the second round of the national presidential elections violated the principle of equality of chance. The Court annulled the results and ordered a third round.

Democracy must be ensured in the conduct of political parties as well as state organs. As the German Basic Law formally recognizes, political parties are agents of democracy and integral units of the constitutional state, mediating the concerns and preferences of the citizenry to the State. Accordingly, Art. 21(1) of the Basic Law declares that the “internal organization [of parties] must conform to democratic principles” and political parties “shall publicly account for the sources and use of their funds.” In a series of decisions limiting undue influence on and promoting transparency in political parties, the Federal Constitutional Court has sought to ensure that parties play their prescribed role in a way in itself compatible with a representative parliamentary democracy.

A common but much more serious violation of the fairness requirement is the use of legal or physical pressure by political groups to influence the outcome by distorting the vote’s representativeness. The intimidators may be any group having an interest in the outcome, including an occupying power (such as possibly Israel in the Palestinian Territories), terrorists (e.g. in Iraq in January 2005) as well as incumbents.

The work of electoral commissions against inappropriate attempts to influence the outcome of voting (especially through inciting caste and communal feeling) should be noted. In particular, the Model Code of Conduct for the Guidance of Political Parties and Candidates of the Electoral Commission of India²⁴ constitutes a practical and sensible scheme to realize the principle of fairness. It has been implemented with considerable success in Indian campaigns over the past four decades. The Code might indeed serve as a model as to how to ensure the integrity of the electoral process in trying circumstances.

The idea of fairness takes its most concrete and final form in the secret ballot, which guarantees voters the freedom to exercise their franchise as they wish without concern that their choice will be revealed and that they may suffer negative personal consequences. The secret ballot means that political actors are unable – inside the polling station at least – to influence the electorate to vote for particular candidates or parties and to bring about a particular outcome.

24 Available at <http://www.eci.gov.in>.

C. “Free”

What does the formula’s third element “free” mean? Freedom implies choice. “Free” requires that it be possible for all popular opinions to be voiced and all popular preferences to be represented in the course of the campaign as long as they are compatible with the democratic structure of the State. It makes explicit, from a liberal democratic perspective at least,²⁵ that competition among candidates, plural political parties and contested elections must be permitted in the State.

The Canadian Supreme Court decision in *Figueroa* regarding registered party status is a case in point.²⁶ The Canada Elections Act, which provided that political parties must nominate candidates in at least 50 electoral districts to qualify for certain benefits, was held by the Supreme Court to infringe unjustifiably the constitutionally protected right to vote and to run for office. As the court majority observed, the participation foreseen by this right of individuals as candidates and as voters is intended to ensure respect for diverse ideas and opinions as well as the capacity of individuals to enhance democracy: “[f]ull political debate ensures an open society benefiting from diverse opinions and a social policy sensitive to the needs and interests of a broad range of citizens.”²⁷

A system in which the government picks the electoral slate (e.g. in Castro’s Cuba) violates the requirement. (The resultant decision without a real choice may, at the risk of seeming flippant, be called the ‘Henry Ford approach’. The automaker famously told his customers that they could have a Model-T in any colour they wished, as long as it was black.) Pre-selection of candidates or representatives limits, if not deprives, citizens of a role in the electoral process and of an opportunity to take part in their country’s governance.

4 THE CONSTITUTIONAL SETTING OF ‘PERIODIC, FAIR AND FREE ELECTIONS’

Periodic, fair and free elections must be considered in the larger context of constitutionalism as well as in its single elements; ensuring that voters are able to choose without coercion among candidates in equitable competition

25 The right to form political parties is not expressly recognized in either the *ICCPR* or the *UDHR*. Other international instruments and many national constitutions do stipulate that there should be political parties.

26 *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 SCR 912 et seq.

27 *Ibid.*, case headnotes.

is to our mind a necessary but not sufficient condition for full-fledged democracy. It is not merely that the aforementioned UN instruments speak of human rights more generally as well as of periodic, fair and free elections and help thereby to define the meaning of democracy. The rights to political participation are part of a larger legal order providing for a just and stable society. Specifically, the relationships – and possible tensions – between them and the concepts of fundamental rights and freedoms, rule of law and federalism should be examined closely.²⁸

A. *Fundamental Rights and Freedoms*

The PFF requirement is open to abuse: ostensibly democratic processes may be used to justify and enhance authoritarian governments' power, as contemporary Russia shows.²⁹ To prevent abuse, certain civil liberties like freedom of speech, conscience, assembly and association are also necessary under self-rule. Every citizen should be free to put forward his / her beliefs and interests alone or in conjunction with others without fear of intimidation, coercion and other forms of pressure from the government or other groups, whether or not an election campaign is underway. A vibrant civil society and a free press enable the State's actions to be monitored and different views to be tested in order to make collective judgments. The will of the people cannot be said to have been expressed without at least a minimum of political discussion.

The interdependence of human rights and democracy holds in the opposite direction as well; the full exercise of the one set of rights requires the existence of the other. Human rights are more completely realized through democracy. Not only do PFF elections respect the freedom of the person and individual dignity; democracy also encourages respect for human rights, civil and political as well as economic, social and cultural. Democratic processes by themselves do not, however, guarantee such respect,³⁰ as formally democratic apartheid South Africa illustrated.

28 Although it is not possible to do so here, the role of prevailing social and economic circumstances in hindering or facilitating the realization of rights of political participation should be considered in a comprehensive treatment of the subject. (Democracy is very difficult to realize, for example, where the majority of people are illiterate.) One should think in terms of "holistic democracy", a political system that goes beyond rights and formal processes. Vieira de Mello, *supra* (note 19).

29 Freedom House changed its classification of Russia from "partly free" to "not free", the only country to be so downgraded this year, in light of the deterioration in the political rights and civil liberties experienced by its citizens. *Supra* (note 3).

30 The late German Chancellor *Willy Brandt* allegedly went so far as to define democracy as existing where there is no torture: no properly consulted electorate would tolerate a government that severely abuses its own citizens' human rights.

B. *Rule of law*

The rule of law is another *sine qua non* for the existence of democracy and human rights. The term ‘rule of law’ has many substantive and procedural components, foremost among them a judiciary independent of any influence other than that of the law. It must serve as an additional, objective check on the political power of the legislative and executive branches of government. Crucial for a free and fair election is also a professional, impartial and apolitical body that administers the entire process (e.g. the choice of leaders, equality at the ballot box, apportioning of voting districts, fairness of campaigns, management of conflicts).³¹ An independent judiciary is, however, the ultimate guardian of electoral procedures; it must be empowered to review the work of the electoral commission and to enforce constitutional provisions concerning political participation. (The aforementioned Ukrainian Supreme Court decision demonstrated the indispensability of such a guardian for the proper functioning of democracy.)

An engaged Ukrainian citizenry also played an essential role in delegitimizing the election results and bringing about the ‘Orange Revolution’. Democracy should not, however, be understood as merely as majoritarian rule, just as the rule of law should not be reduced to the principle of legality and juridical positivism. Majoritarian rule can degenerate into an instrument of oppression through the denial or infringement of individual and minority rights. Abuse may be hindered by requiring substantial majorities for important decisions and by according human rights the status of higher norms. Above all, courts must be allowed to judge (and if necessary overrule) the people’s decisions in referenda, assemblies etc. in order to protect against arbitrary or disproportionate judgments. In this regard, established democracies should not be smug; they, like emerging democracies, can diverge markedly from the democratic ideal. The history of slavery and racial discrimination in the United States, the ‘world’s greatest democracy’, is a salutary lesson. More recently, some western States have experienced an upsurge of illiberal tendencies, motivated by crude populism.³² Such tendencies in policymaking can pose a serious threat to the rights of politically less powerful members of society (especially immigrants and minorities) or to disfavoured opinions. Constant vigilance is required everywhere.

31 For a discussion of the role an independent electoral commission can play, see the Zimbabwe Electoral Reform Project of the Zimbabwe Election Support Network, a NGO coalition critically examining the present electoral system in that southern African land. Available at http://www.zesn.org.zw/cd/reform_project.htm.

32 E.g. see “One critical assessment of current state of democracy in Austria”, *Neue Zürcher Zeitung*, 4 January 2005.

The rule of law sets another limit on the exercise of democracy in that it proscribes the use of elections to establish an illiberal regime. Political pluralism is essential for a functional democracy, but it cannot be allowed to be used to attack democracy's own basic values. Such attacks may come full-frontal, from would-be autocrats and theocrats, whose aim is to end real elections; they may also be insidious, from criminals, the wealthy and even bureaucrats, who diminish liberty and democratic rights by manipulating the political system in their self-interest.

This truth has been painfully learned in different countries. The Nazis came to power in 1933 via democratic procedures, including free and fair elections.³³ As a consequence, the drafters of the German Basic Law sought measures to defend their new democracy against its enemies. These measures include banning political parties opposed to the “free democratic basic order” as unconstitutional (Art. 21(2)). Since the implementation of a ban reduces the freedom of political debate and risks being abused by the established parties, it is subject to restrictive conditions at the exclusive discretion of the German Constitutional Court. The relevant test is whether the party in question seeks to overturn the highest values of the state order, such as human rights and the self-determination of the German people. If so, as a former President of the Court put it, the principle of tolerance regarding political viewpoints finds its limit and a ban its justification.³⁴ The lessons of history were also sensibly applied in the more recent decision of the ECtHR in *Refah Partisi*. The European Court held unanimously that the dissolution of a fundamentalist political party by the Turkish Constitutional Court did not violate the *ECHR*, even though the party was democratically elected and was part of the government. The Court observed that the Convention's freedoms of thought, expression and assembly “cannot deprive the authorities of a State in which an association, through its activities, jeopardises that State's institutions, of the right to protect those institutions.”³⁵

On this German and European view respectively, the activities of a non-democratic party in a democratic election pose no ‘paradox of tolerance’. A legal compromise can and must be struck between the requirements of

33 In the words of a contemporary observer: “Chose curieuse, cet appel sans pareil au peuple a fini par écarter le peuple de toute véritable influence sur les affaires publiques.” (“Ein Schweizer Staats- und Völkerrechtler der Krisen- und Kriegszeit”: D. Schindler (Sr.), *Vorlesung 1935 an der Internationalen Sommeruniversität in Santandèr, Spanien*, 3rd Lecture, unpublished.)

34 J. Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht* (München, C.H. Beck, 2001), p. 64. To date, the Court has banned two parties. (*BVerfGE* 2, 1; *BVerfGE* 5, 85.)

35 *Refah Partisi's* activities included speeches calling for the elimination of secularism and for its replacement with *Sharia* and alluding to the use of force for the achievement of such goals. (ECHR: *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (Applications No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98 (13 February 2003).)

defending individual rights and defending democratic society.³⁶ The future of nascent democracies in the Middle East will partly depend on how Muslim parties are handled. Here we note that Islamists are in principle entitled to the same basic rights to contend for office as other groups, but that a so-called ‘one man, one vote, one time’ situation must be avoided. The most likely means of ensuring these nascent democracies’ long-term viability is by integrating Islamists into the new political system.³⁷

C. *Federalism*

Federalism is not a necessary but is an appropriate means of ensuring minorities’ representation and participation in governance, of simultaneously encouraging unity and diversity in a common political system. An electoral system should always permit the transformation of political minorities into majorities. In a plural society, the additional attribute of decentralization can, we believe, optimize the working of democracy by encouraging the expression of the people’s will without ignoring the opinions of ethnic / religious / linguistic etc. minorities.

Pierre Trudeau, the great Canadian federalist, argued that federalism is above all a “product of reason in politics”.³⁸ It can be a pragmatic means of coping with the given diversity of a population and the resultant risk of political instability from divergent interests.³⁹ By limiting state power between governmental levels and institutions, federalism can recognize and support diversity, enable individual preferences to be better expressed and secure widespread cooperation in the exercise of political power. Specifically, federal structures can reduce the divisiveness inherent in the alternative ‘winner-takes-all’ model (*à la* Westminster) and promote the feeling among

36 For more detail as to how States may under international law exclude anti-democratic groups from electoral processes, see G. Fox, G. Nolte, “Intolerant Democracies”, 35 *HILJ*, 1995, 1, as well as the various responses and rejoinders in: various, 37 *HILJ*, 1996, 231.

37 Specifically, these activists should be brought together with their secular rivals in a national congress, in which the rules of the democratic game (such as periodic, fair and free elections) are agreed and enshrined in a national charter, which participants then sign on to. The highest courts of the land should stand ready to guarantee that all groups abide by the rules. (Further see S.E. Ibrahim, “Islam can vote, if we let it”, *International Herald Tribune*, 24 May 2005, p. 9.)

38 R. Graham (ed.), *The Essential Trudeau* (Toronto, 1998), p. 117 et seq.

39 The matter of prescribing political systems for deeply-divided societies is more complex, given the fundamental instability of the situation arising out of the competing groups, mutual suspicion and possibility of future violence etc. In such situations, institutions aimed at overcoming group identities and integrating communities into a single national identity may work better than consociational systems devolving significant autonomy. *Inter alia*, see B. Reilly, A. Reynolds, *Electoral Systems and Conflict in Divided Societies* (Washington DC, 1999).

citizens that ‘they are all winners’. Local / regional consensus expressing local / regional values may thereby be fostered together with the collective sense of sharing a common identity and political destiny.

While these prescriptions may seem self-evident, experience from several States suggests that federalism is often misunderstood and that ostensibly federal structures may be used by national rulers to enhance and expand their power. (For example, President Putin’s decision in 2004 to end the popular election of regional governors and to personally appoint them instead signifies a centralization and de-democratization in Russia.) The *raison d’être* of federalism is just the opposite: namely to distribute power vertically and to support a variety of fora for public expression and decision making.

5 BEYOND REPRESENTATIVE DEMOCRACY

In dealing with elections, we have thus far dealt with representative or indirect democracy. This is the realm of thought of Montesquieu and the US Founding Fathers,⁴⁰ following whom, representative democracy has become the world model for democracy. Rather than simply continuing along this train of thought and with this form of democracy, let us pause and ask the ultimate question. ‘Democracy’ may translate as rule by the people, but who are the people, and what should it mean for them to rule? Is representative democracy the ideal form, or is direct democracy, the original form, to be preferred? Put more pointedly: if the people really are the source of sovereignty and State legitimacy, why are they in the vast majority of democracies represented through parliament rather than allowed to make their own voice heard through initiatives and referenda? Moreover, the term ‘democracy’ implies an exchange of information in governance. Might not forms of direct democracy enable citizens to intervene actively in decision making and make governments more receptive of and public policy more reflective of social needs and aspirations? Similarly, it is widely acknowledged today that parliament has its own spirit, beliefs and dynamics, which do not always correspond to those of the people ‘represented’. Why then is not more trust and less suspicion placed in decision making by the people? Finally, if democracy is a political system in which the human rights of the people are respected and observed, as argued, which of the two models better guarantees such respect and observance should be examined.

40 Thomas Paine, the Enlightenment philosopher and U.S. political activist, even invented a mathematically perfect system of representation that was to reflect the will of the people exactly.

From a legal as well as theoretical perspective, posing this ultimate question seems appropriate. The UN instruments prescribing the right of citizens to take part in public governance provide for both forms and even prioritize direct participation in their structure: the *UDHR* and *ICCPR* state that the right may be realized “directly or through freely chosen representatives”. Indeed, one might argue that if these instruments are understood as prescribing a status for the individual as an active subject, then direct democracy in the form of unmediated participation in communal decision making is the sole political system compatible with human rights. Moreover, direct democracy seems to be gaining ground worldwide. A recent comprehensive study finds, for example, “a broad movement to redesign institutions in ways that give citizens more opportunities to exercise direct control over political decision making.”⁴¹ The trend has even manifested itself in hitherto alien governance structures beyond the nation-state, as exemplified by the right of citizens’ initiative in the Treaty for the Constitution for Europe.

Modern Swiss history offers some insights, if not a definitive answer, to this ultimate question. A very important practical and philosophical experiment in government took place in Geneva in the 18th century. There and then *Jean-Jacques Rousseau* developed his theory of democracy, in which direct democracy was held to be the ideal – indeed the sole – model of democracy. Sovereignty or the “general will”, he argued, cannot be represented just as it cannot be transferred: allowing people’s deputies to be their representatives rather than merely agents – i.e. to take definitive decisions for them – denies the people the exercise of their will. Representation is in effect not democracy, rather the basis of oligarchy and authoritarianism.

Perhaps Rousseau’s theory of direct democracy is too radical; it certainly was for the city’s leaders at that time, who burned his works and forced him into exile.⁴² Perhaps it is only realizable in Athenian-like small communities; people are not apt to draft legislative texts in a larger State. Theories of semi-direct democracy like that of the Philosophe *Marie-Jean Condorcet* might instead be applied.⁴³ From this perspective, political deci-

41 See S.E. Scarrow, “Direct Democracy and Institutional Change: A Comparative Investigation”, 34 *Comparative Political Studies*, No. 6, 2001, 651. For a regional evaluation of direct democratic procedures and practice, see B. Kaufmann, M. Dane Waters (eds.), *Direct Democracy in Europe* (Durham NC, Carolina Academic Press, 2004). Excerpts available at <http://www.iri-europe.org>.

42 The Geneva Prosecutor feared that chaos would break out if the General Assembly discussed politics and Rousseau’s beliefs in equality and freedom were disseminated widely. See C. Landgrebe, “Ich bin nicht käuflich”, in: *Das Leben des Jean-Jacques Rousseau* (Weinheim/Basel, Beltz, 2004), p. 238 et seq.

43 Regarding the influence of Condorcet on modern Swiss direct democracy, see A. Kölz, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte* (Bern, Stämpfli, 1992).

sion making should, wherever feasible, be participatory, with rights of initiative and referendum; representation on the basis of periodic, fair and free elections is otherwise appropriate.

Assessing in detail the various arguments for and against direct democracy would go far beyond the scope of this essay. We wish merely to make clear that the idea of direct democracy should be taken seriously. The arguments in favour are, from the perspective of theory, many;⁴⁴ and the arguments against have, from more recent Swiss experience with initiatives and referenda, not been realized.⁴⁵ At a minimum, it can be proposed that when a particular political system suffers from a ‘representational deficit’, institutional reforms encouraging participatory democracy should be seriously considered.⁴⁶ Anxieties about the workability or abuse of such mechanisms can be met by a careful selection of issues and procedures⁴⁷ and practical problems in the implementation presumably overcome through modern technology.

Whatever its virtues and popularity, direct democracy is merely one model within the wide spectrum of democratic regime design permissible under international law. In assessing the different models, two realities must be kept in mind. First, no national democracy is perfect when measured against these high standards: the actual implementation of any such rules in any given system will always fall short of the ideal. (The last two US presidential elections have provided dramatic proof of this reality.) The correct response is not to seek out a different political system; all countries should instead engage in ongoing democratization. Second, democracy and its constituent elements are contested: there is a wide variety of theories, ideologies and historical realizations of democracy today, even among western

44 From an instrumental perspective, direct democracy can enhance the legitimacy of laws, ensure the political *élite* concerns itself with the citizenry, encourages the citizenry to address the issue concerned, promotes general knowledge about the same and further societal integration. Understood as an end in itself, participation in the decision making process arguably recognizes the equal right of all individuals to codetermine decisions, it is the surest way of taking into account each individual’s choices and expresses the individual’s freedom.

45 The exercise of rights of initiative and referendum in Switzerland has not in general led to the problems that proponents of representative democracy predict, i.e. questions too complex for citizens – as opposed to experts – to handle, slow and awkward decision making, provincialism (dominance of regional / local concerns over national), provocation of demagoguery, misuse for expressions of (un-)happiness with the incumbent government.

46 For an assessment of one political system, see D.Thürer, “Direkte Demokratie für Deutschland? – Zu einem Projekt der Einfügung direkt-demokratischer Rechte ins Grundgesetz”, 98 *SJZ*, No. 24, 2002, 593.

47 The law – and the State’s basic law above all – cannot, of course, be wholly contingent on the protean expression of the people’s will; allowing it to be would afford no systemic stability and no security for rights. It would also be unrealistic to require that every citizen be preoccupied with public affairs every day and that there be a continuous dialogue between them and the government.

countries. Many alternatives are defensible as well as legal, from consensus democracy to élite competition.⁴⁸ In short, democracy should be understood as a process, an institution and a model to be constantly revised nationally and internationally, in keeping with social and political developments.⁴⁹

6 OUTLOOK

Among the UN's founders were 'federalists' in whose idealistic conception the UN of 1945 was a halfway house to a quasi-state organization of the world community. Today, we live – as Secretary-General *Kofi Annan* succinctly puts it – in “a different world”. The federalists' dreams and schemes for a world legislature, a world administrative power and a world compulsory jurisdiction have lost their appeal. A strong, stable international community must be built on strong, stable States; they are the basis of an effective ordering of cross-border relations through international and municipal law. The best means of protecting and more, of applying States' strength and stability for the general good is in turn a democratic political system.⁵⁰

Notwithstanding these – in our view – evident truths, much work remains to be done in building consensus regarding the significance and content of relevant international provisions and more, in building support among States for the provisions' enforcement. Each of the aforementioned recent national elections is cause for considerable satisfaction but not for complacency: the condition of emerging democracies – their nature and sustainability – warrants closer, critical attention. It must be ensured that the

48 Reports of the recent demise of the Swiss model of *Konkordanz* are greatly exaggerated; Swiss politics may have experienced a polarization of late but not a blockage. (Evidence of the model's continuing success may be seen in the recent federal measures concerning maternity insurance, financial equalization between the Cantons and the Confederation and the bilateral Schengen / Dublin Agreements, each of which was accepted despite hardline opposition at the ends of the party spectrum.) Furthermore, Switzerland's consensus democracy remains, in principle, exportable to Sri Lanka, Sudan, Cambodia etc. as a guarantor of political cooperation in plural societies.

49 If nothing more, see the well-chosen title of a leading collection of essays on the history of democracy, namely “The Unfinished Journey”. See J. Dunn (ed.), *Democracy: The Unfinished Journey, 508 BC to AD 1993* (Oxford, Oxford University Press, 1994).

50 From a functional perspective, it is also arguable that “it is only within identifiable territorial units of a manageable size that people can realistically form ties of identity and loyalty through which they can take part meaningfully in the democratic process.” See S. Tierney, “Reframing Sovereignty? Sub-State National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State”, 54 *ICLQ*, No. 1, 2005, 171.

PFF standard is not being abused and that a full-functioning democracy is maintained long term.⁵¹

Contemporary events also raise the tricky issue of the role of IGOs in constructing the legal framework of democracy. Demands for and the introduction of political reform in the Middle East,⁵² for example, present a particular challenge for external (as well as internal) actors regarding democratization. Governance in the region has traditionally been characterized by autocratic and theocratic regimes.⁵³ Are contemporary events a mirage or do they, in the words of an Egyptian democratic activist, bode an “Arab spring” of real, lasting democracy?⁵⁴ The answer will depend partly on the role that IGOs play in encouraging reform. In principle, we believe the *raison d’être* of IGOs in dealing with such events – be they in the Middle East or Central Asia – lies in helping to promote change, end complacency and reverse setbacks. IGOs’ existence and efforts are primarily justified in making law inside and outside States stronger and more just regarding democracy and similar concerns.

Within European institutions, the talk is of peaceful approaches, ‘soft power’ and ‘carrots and sticks’. The Iranian electoral commission’s decision to accept only a few reformers as candidates in 2005’s presidential elections was, for example, criticized by the EU. In this and other contexts, the EU has urged the introduction of democratic reforms in exchange for economic aid, favourable terms of trade, technology transfers and security guarantees. The legitimacy and mission of the OHCHR for its part may be found in stimulating dialogue and cooperation regarding human rights internationally. A chief task of the Office is to guard democracy as a principle of law and to contribute to the advancement of its core norms. Best (and worst) practices regarding democratic processes may be usefully identified among

51 The threat to democracy in the latter case lies not so much with the regime as with the people. The populations of some countries apparently put a “strong economy” before a “good democracy” and would prefer to rely on a “strong leader” to solve local problems rather than “democratic government”. See “What the World Thinks in 2002”, Pew Research Center. Available at <http://people-press.org/reports/display.php3?ReportID=165>.

52 E.g. in Saudi Arabia (holding of municipal elections in February 2005), Kuwait (enfranchising women as of May 2005), Iraq (*supra*), Egypt (introduction of pluralism in the presidential elections of September 2005).

53 This preference is reflected in the *Arab Charter on Human Rights*, which limits political rights to their mere expression. “[A] right to access to public office is granted, but there is no right to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives. Nor is there mentioned the right to vote and to be elected at genuine periodic elections.” See International Commission of Jurists, *Arab Charter on Human Rights Must Meet International Standards*, Press Release, 20 June 2003. Available at http://www.icj.org/news.php3?id_article=2948&lang=en.

54 Ibrahim, *supra* (note 37).

States for imitation (or avoidance) elsewhere. The OHCHR has already done much to advance a common understanding of the relationship between human rights and democracy as well as to assist in a practical way state and non-state actors and institutions in democratization. International observers such as the UN Fair Elections Commission can assist in ensuring that a given election meets the aforementioned standards; assuming that they themselves are politically and ideologically impartial, their approval can also contribute to the legitimization of the results. Taken as a whole, these international efforts enable and encourage a people to use their sovereignty wisely and well.

States retain a discretion in the domestic implementation of the international right to periodic, fair and free elections as long as their political system is consistent with their international obligations. States should continue to exercise this power: the form of democracy in a given State should be chosen according to its particular needs, desires, resources and traditions and not according to any universalized model. Two qualifying tendencies are at the same time discernable in contemporary international relations, namely a growing acceptance of a responsibility of States to respect democratic principles within their constitutional order and a corresponding affirmation of a legal entitlement for societies to be governed democratically.⁵⁵ These tendencies cannot be denied; indeed, we believe that they should be supported in international fora. National constitutional and electoral laws must be aligned with identified international best practices. As the late High Commissioner *Vieira de Mello* observed, “the combination of domestic democratic structures with universal democratic norms is a formidable tool in our quest to strengthen the roots of democracy.”⁵⁶

55 C. Pippan, “Book Review”, 15 *EJIL*, No. 1, 2004, 213.

56 *Vieira de Mello*, *supra* (note 19).

REPARATION IN FAVOUR OF INDIVIDUAL VICTIMS OF
GROSS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

*Christian Tomuschat**

1 INTRODUCTION

After nearly 16 years of drafting efforts, the UN Commission on Human Rights adopted the “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law” (BPG) on 19 April 2005.¹ This was one of the most ambitious projects the human rights bodies of the United Nations has ever handled and stands obviously in parallel to the “classic” Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts (ILC Articles) drawn up by the International Law Commission (ILC), which were taken note of by the UN General Assembly in resolution 56/83 of 12 December 2001. It should be pointed out that the ILC could, to a large extent, rely on a widely settled State practice in many respects. In contrast, notwithstanding the innovative elements, in particular concerning the right to respond to a breach of an international obligation, the Commission on Human Rights could not even be sure that the individual “rights” to a remedy and reparation dealt with in the BPG did actually exist. Thus, questions remain open as to the legal nature of the BPG, and it will be the principal objective of this study to examine what legal quality is attached to the propositions enunciated therein.

* Honorary Professor, Faculty of Law, Humboldt-University of Berlin; Member of the *Institut de Droit international*.

1 UN doc. E/CN.4/L.48.13 April 2005. Vote of 40 to none, with thirteen abstentions, among them Australia, Germany, United States, but also Sudan.

The concept took form in 1989 when the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities² entrusted Mr. Theo van Boven with the task of undertaking a study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms.³ The rapporteur submitted what he considered, his final report in 1993.⁴ In section IX, it contained “Proposed Basic Principles and Guidelines” on the topic. After an extensive exchange of views essentially within the Sub-Commission, the Rapporteur eventually submitted a revised version of the BPG in January 1997.⁵ The next year, on the basis of Commission on Human Rights resolution 1998/43,⁶ a new independent expert (Mr. M. Cherif Bassiouni) was appointed in order to review and complete the work carried out by Van Boven. The drafting process then evolved in two stages. In his first report,⁷ the new rapporteur gave an outline of the orientations and necessities of the project as visualized by him. He still refrained from presenting a body of rules, being under the impression that he needed substantial input from all the actors involved before being able to set out any proposals. His final report, containing a revised version of the Basic Principles and Guidelines (Bassiouni draft), was issued in January 2000.⁸ It was a far more comprehensive document than the drafts provided by Van Boven, above all, due to the fact that Bassiouni integrated large parts of the work done by Mr. Louis Joinet on the topic of “Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)”⁹ in his own text. The importance of this document was clearly recognized by the Commission on Human Rights. By two resolutions,¹⁰ it called for the holding of special consultative meetings in which all interested governments, intergovernmental organizations and non-governmental organizations in consultative status with ECOSOC could participate. The first of these meetings was held on 30 September and 1 October 2002,¹¹ the second one on 20, 21 and 23 October 2003¹² and the last one from 29 September to 1 October 2004,¹³ all of them in Geneva. These consultative meetings

2 Today: Sub-Commission for the Promotion and Protection of Human Rights.

3 Res. 1989/13, 31 August 1989.

4 UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 July 1993.

5 Note annexed to UN doc. E/CN.4/1997/104, 16 January 1997.

6 17 April 1998.

7 E/CN.4/1999/65, 8 February 1999.

8 UN doc. E/CN.4/2000/62, 18 January 2000.

9 Final report: UN doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997.

10 Res. 2000/41, 20 April 2000, para. 3; 2002/44, 23 April 2002, para. 3.

11 Report: E/CN.4/2003/63, 27 December 2002.

12 Report: E/CN.4/2004/57, 10 November 2003.

13 Report: E/CN.4/2005/59, 21 December 2004.

permitted an in-depth study of all the difficult issues related to the draft instrument. It was on the basis of these fertile antecedents that eventually the text, as it stood after the third consultative meeting,¹⁴ was adopted.

2 THE LEGAL SIGNIFICANCE OF THE TEXT

It is obvious at first glance that the adoption of the BPG could not, as such, produce binding international law. The Commission on Human Rights enjoys no decision-making power. But the legal significance of the text could be greatly increased by contending that all of the 27 Principles could be characterized as codifying positive international law; the source of which was to be found either in treaty stipulations or in rules of customary law. This was and is one of the controversial features of the BPG. The Preamble states (para. 7) that the BPG “do not entail new international or domestic legal obligations but identify mechanisms, modalities, procedures and methods for the implementation of existing legal obligations”. However, this affirmation is neither true and nor does it provide a conclusive answer to the question raised. It is not true because the BPG are not limited to procedural issues, setting forth, instead, propositions which, in their great majority, are of a genuinely substantive nature. On the other hand, an attempt had been made to make clear, through the choice of language, the Principles that were deemed to be mandatory and those, by contrast, that had to be characterized as being purely recommendatory.¹⁵ Progressively, in the course of the many rounds of the deliberation process, many formulations were changed from “shall” to “should” or other language formulations that replaced former pretorian-style assertions. In his two drafts, under the heading of “Forms of reparation”, Van Boven had generally suggested wording according to which restitution, compensation, rehabilitation as well as satisfaction and guarantees of non-satisfaction “shall be provided”; Bassiouni abandoned that position, preferring to use “should be provided”. This formulation found its consecration in the text as adopted on 18 April 2005. Principles 18 to 24, which deal with the four categories of reparation recognized in the BPG, consistently use the phrase: “should be provided”. On the other hand, in some other places, the former entitlement of the victim has been replaced by references to unspecified measures of care in favour of the victims. Thus, while Bassiouni spoke of “Victims’ right to access justice” (section VIII.) and “Victims’ right to reparation” (section IX.), the text

14 Of 1 October 2004, *ibid.*, Annex 1.

15 Report on the third consultative meeting, *supra* (note 12), para. 11.

now reads: “Access to justice” (section VIII.) and “Reparation for harm suffered” (section IX.). On the whole, only the general title has remained untouched, focusing on “the right to a remedy and reparation”. However, the many changes that the text suffered – or by which it has been improved – unequivocally convey the idea that the drafters, at the last stage the collective body of the Commission on Human Rights, were not guided by the aim of drawing up a comprehensive legal framework of the rules governing the commission of gross violations of human rights and serious breaches of IHL. Rather, they were aware of the fact that while from a systemic viewpoint, the BPG constituted a consistent whole, from a legal perspective, they were nothing more than a patchwork given the many political elements as accurately reflected in the title: Principles and Guidelines. It is, therefore, necessary to carefully handle the BPG. Principles and rules of positive international law stand side by side with propositions of a purely hortatory character. In the future, the dividing line between the two classes of norms may be easily blurred if the awareness of these juridical differences is lost or deliberately brushed aside by activists who could portray the entire set of the BPG as pertaining to the body of positive international law.

During the drafting process, the question of whether the future instrument was to cover any violations of human rights and international humanitarian law (IHL) was raised on many occasions).¹⁶ Wisely, however, the prevailing view withstood the temptation to proceed to an all-inclusive codification. In general, only the first two sections deal with human rights law and IHL regarding the (primary) obligation to ensure respect for and implement the relevant legal rules and principles. In respect of the legal consequences attached to wrongful conduct, the BPG are confined to “gross” or “serious” breaches. Indeed, minor violations of human rights standards occur inevitably on a daily basis. The modalities of their reparation can be left to the discretion of individual States. Guidance from international sources is required only where the relevant occurrences have had a disruptive influence on individual lives or even on the existence of an entire nation. To underline this limitation, the BPG have resorted to the terms “gross” violations of human rights and “serious” violations of IHL. Neither term is a specific term of art.¹⁷ However, most observers would easily be

16 Bassiouni was in favour of such a broad approach. For his draft, he chose the title: Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of international human rights and humanitarian law, confining the suggested propositions to crime under international law only with regard to penal sanctions. See also the report on the second consultative meeting, *supra* (note 11), para. 70.

17 We do not agree with the view to the contrary affirmed in the report on the third consultative meeting. *Supra* (note 12), para. 12.

able to agree on the scope *ratione materiae* of gross violations which include, as a minimum, all international crimes as well as any situation which “appear to reveal a consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights and fundamental freedoms” in accordance with ECSOC resolution 1503 (XLVIII).¹⁸ Under the Geneva Conventions on humanitarian law, the legal position is more difficult, in that the notion of “grave breaches” has been used to identify infringements of particular seriousness. Apparently, here the intention was to go beyond the realm delineated in those conventional clauses.

3 CRIMINAL AND CIVIL LAW TOGETHER – THE COMPREHENSIVE CHARACTER OF THE TEXT

The BPG attempt to regulate all the consequences that may flow from the commission of grave violations of human rights and IHL, without drawing any distinctions between criminal law aspects and other aspects which one might call “civil aspects” inasmuch as they affect the status of individuals victims of such violations. However, this was certainly not the starting point of where the journey began. Resolution 1989/13 of the Sub-Commission confined itself to referring to the rights that may accrue to an individual victim of gross injustices (right to restitution, compensation and rehabilitation). It was a limitation which was perfectly in line with the general scope of competence of the Sub-Commission, which is not a specialized body for dealing with criminal law matters. Consequently, Van Boven mainly emphasized the responsibility of States vis-à-vis aggrieved individuals although he also included some propositions of great relevance regarding penal sanctions. Thus, he stated that there existed a duty to prosecute perpetrators of crimes under international law¹⁹ and he additionally suggested that universal jurisdiction should be introduced for such crimes.²⁰ A fuller articulation of these criminal-law aspects, now clearly set apart from the propositions describing the relevant civil law regime, can now be found in section III of the GPG (“Gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law that constitute crimes under international law”).

18 Of 27 May 1970.

19 BPG, First report, *supra* (note 3), paras. 2, 5; BPG, Final report, *supra* (note 4), para. 2.

20 BPG, First report, *ibid.*, para. 12; Final report, para. 5.

A. *Criminal-law aspects*

► *The duty to prosecute*

Van Boven had no doubts that with regard to crimes under international law there existed “a duty to prosecute and punish perpetrators”.²¹ The same opinion was echoed by Bassiouni.²² The BPG have softened the rather categorical formulations employed by the two rapporteurs. Borrowing a formulation from Art. 7 (2) of the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the relevant sentence (Principle 4, first sentence) now reads:

In cases of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law constituting crimes under international law, States have the duty to investigate and, if there is sufficient evidence, the duty to submit to prosecution the person allegedly responsible for the violations and, if found guilty, the duty to punish him or her.

This proposition does not differentiate between instances where a treaty clause provides for the prosecution of alleged offenders, and situations that are governed only by customary law. Concerning the latter category, one can certainly conclude that any State is under an obligation to commence criminal proceedings if, allegedly, crimes of such gravity have been committed in its territory, bound under international law to ensure peace and security within its borders.²³ But the problems arise as soon as an alleged offence has been committed abroad, in particular, in particular, by non-nationals.

► *Universal jurisdiction*

This second issue is addressed by the BPG in Principle 7. The two rapporteurs were unanimously of the opinion that universal jurisdiction did indeed exist for the offences coming within the scope of their projects. This issue has been distanced from the BPG as it now stands. States have been admonished to act on the basis of universal jurisdiction “where so provided in an applicable treaty or under other international law obligations”. Thus, the text openly acknowledges that no general rule of customary international law providing for universal jurisdiction regarding each and every case of a

²¹ See *supra* (note 18).

²² Final Report, *supra* (note 7), para. 4.

²³ For a more detailed study of the issue see C. Tomuschat, “The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals”, in: H.J. Cremer *et al.* (eds), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger* (Berlin *et al.*, Springer, 2002), pp. 315-349.

crime encompassed by the BPG can be identified. It is not possible, in the present context, to deal with the complex issue of universal jurisdiction extensively. However, one of the most enlightening occurrences of the recent past has been that Belgium repealed its former legislation based on that principle due to the pressure from the United States.²⁴ Germany which had, following the example of Spain, enshrined universal jurisdiction in its Code of crimes against international law²⁵ has now along with Spain, modified the “purity” of the principle with strong elements of subsidiarity or necessity to protect themselves against encountering United States opposition with the same acuity as Belgium did.²⁶ At the most, apart from the well-known clauses in the Geneva Conventions of 1949 and the Anti-Torture Convention (Art. 5), international consensus seems to have been reached with regard to allegations of genocide notwithstanding the ominous provision regarding jurisdiction in the Genocide Convention (Art. VI). On the whole, the summary treatment of jurisdiction in Principles 6 and 7 is not very helpful. It does not do justice to the complexities of the different titles of jurisdiction and their conjunction in criminal cases. Thus, Principles 6 and 7 can only serve as a reminder that criminal prosecution is indeed one of the consequences entailed by grave breaches of international law to the detriment of individual human beings.

► *The duty to investigate*

The duty to investigate any violations effectively, promptly, thoroughly and impartially (Principle 3. (b)) is probably the most precious asset of the BPG. It has reliable foundations in the jurisprudence of both, the Inter-American and the European Court of Human Rights.²⁷ Failing such investigation, no prosecution can be successful, nor can victims have any chance to obtain reparation for harm suffered. Additionally, in cases of gross or serious violations of the applicable legal standards, an investigation satisfies the need for a national community to know the truth.

24 Laws of 23 April 2003, 42 *ILM*, 2003, 758; 7 August 2003, *ibid.*, at 1270.

25 Of 26 June 2002, 42 *ILM*, 2003, 998.

26 In Germany, Article 153f(2) of the Code of criminal procedure, *ibid.*, at 1008, confers a large measure of discretion to the prosecutorial authorities on which they relied in order to refuse opening a criminal investigation against U.S. military officers resident in Germany on account of the occurrences in the Abu Ghraib prison in Iraq; see *decision of the Federal Prosecutor*, 10 February 2005, provided on the internet by the U.S. Center for constitutional rights. In Spain, the Supreme Court holds that universal jurisdiction as contemplated by Article 23(4) of the Ley Orgánica del Poder Judicial becomes operational only in case of “necessity of judicial intervention” by Spain, judgment of 20 May 2003, 42 *ILM*, 2003, 1206.

27 For references see C. Tomuschat, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 271.

B. *Civil-law aspects*

► *The State as the author of violations of human rights and IHL*

In the field of reparation proper, the key issue is whether individuals have a true entitlement to reparation or whether the BPG establish no more than mere guidelines that may be implemented by States according to their capacities. It stands to reason that a distinction has to be drawn according to whether the alleged author of the injustice suffered by a victim is a State, acting through its officials, or a non-State actor like a rebel group. Only States are entities that can easily be perceived as debtors of a reparation claim as opposed to the non-State entities that lack any precise contours, and thus make them rather dubious debtors.

Pursuant to the classical logic of inter-State relations the obligations flowing from human rights and international humanitarian law standards, either as primary or as secondary law, constitute obligations as between States. This applies also to Art. 3 of 1907 Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land²⁸ (first sentence):

A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation.

Although it has been contended by a few authors²⁹ and also during the deliberations of the BPG by a representative of the International Committee of the Red Cross³⁰ that said Art. 3 was meant to give rise to individual claims, there are no clues whatsoever indicating that the provision was ever understood, at the time of drafting, in such a progressive and almost revolutionary sense. In addition, no subsequent practice can be found that would corroborate that contention.³¹ The notion that individuals might derive direct claims from a violation of IHL is a child of our time and in any event does not go back beyond the emergence of the human rights movement.

Human rights obligations as well as obligations flowing from IHL pertain to the “regular” class of international law; the violation of which entails State responsibility according to the Articles codified by the ILC. In partic-

28 Reprinted in: A. Roberts, R. Guelff (eds.), *Documents on the Laws of War*, 3rd ed. (Oxford, Clarendon Press, 2000), p. 69.

29 F. Kalshoven, *Belligerent Reprisals* (Leyden, A.W. Sijthoff, 1971), p. xx; see also E. David, *Principes de droit des conflits armés* (Bruxelles, Bruylant, 2002), pp. 633-634.

30 Report on the first consultative meeting, UN doc. E/CN.4/2003/63, 27 December 2002, Annex 1, para. 50.

31 *The Manual of the Law of Armed Conflict*, (Oxford, UK Ministry of Defence, 2004), mentions throughout its pages only international responsibility in the classical sense.

ular, the ILC has never felt the need to frame special rules for principles and rules setting forth human rights obligations. Nonetheless, it is obvious that the regime it has established does not fit such obligations in an ideal manner either. The ILC Articles follow the logic of relationships governed by the principle of reciprocity, which also underlies the legal system of IHL. However, in instances where a government oppresses its own people, other nations are normally not overtly interested in reacting to the relevant violations of the applicable standards as long as the internal repression does not produce negative extraterritorial repercussions. Legally, on the other hand, the ILC Articles (Art. 48) have paved the way for third States to act as guardians of international legality by “invoking” the responsibility of the offending State. This is rarely done since such invocation is never cost free, viewed in terms of political costs.

The question remains whether, in addition to States as the traditional and unchallenged right holders, the protected individuals have a true entitlement to reparation in case any principles and rules established in their favour have been breached. It is today almost uncontroversial that the rights of the so-called “first generation” set forth in human rights treaties or laid down in customary law encapsulate indeed subjective rights that qualify as true individual entitlements. However, this characterization of the primary norms does not automatically lead to a like characterization of the legal consequences engendered by a breach of the relevant primary norms. It will be shown in a following section that the legal position is not as clear-cut as portrayed by Van Boven in his impressive report. As far as IHL is concerned, elements susceptible of suggesting the existence of individual rights to compensation are even more difficult to identify since according to the prevailing doctrine the rights provided for by IHL – understood as a set of primary rules of conduct – have remained classic inter-State law, not being accompanied by parallel individual entitlements.

► *Non-State actors as offenders*

A discrepancy between primary and secondary norms can be observed in particular with regard to non-State actors. Under IHL, it is well established that rebel units fighting a government enjoy a certain status thus ensuring the obligation of other actors to respect the minimum standards set out in common Art. 3 of the four Geneva Conventions of 1949 as well as in Additional Protocol II of 1977. Violation of these standards can trigger criminal sanctions as has been established in the jurisprudence of the ICTY. But it is rather doubtful whether one can go a step further by claiming that rebel units may also have to face up to civil responsibility as a consequence of non-compliance with the commitments that are binding upon them. It is certainly a perfectly coherent idea to postulate that he who causes harm

unlawfully must shoulder the consequences of his actions. But rebel units, except in case they one day, acquire political power and rise to become the new government of the country concerned,³² are essentially amorphous entities. It may well be that individual members are brought to trial, but there is, in general, no sufficiently stable factual basis for rendering the proposition that they are financially, responsibly, really meaningful.

Since the BPG have adopted a “victim-based perspective”, they had to face up to the eventuality that harm was caused not by governmental authorities or military forces, but by non-State actors, in particular rebel units. According to the ILC Articles, which reflect the applicable customary law, no State is responsible for guerrilla movements. Therefore, with regard to this particular configuration, a solution that did not proceed from the assumption of State responsibility or liability, but a different point of departure had to be framed. Principle 16 provides:

States should endeavour to establish national programmes for reparation and other assistance to victims in the event that the party liable for the harm suffered is unable or unwilling to meet their obligations.

Rightly, this Principle refrains from mentioning a duty of States or a corresponding right of individuals. Only one justification can be found for this extension of reparation beyond the confines of the area of State responsibility, namely the principle of national solidarity that must be present in every people which conceives of itself as a nation. However, clearly, no elaboration of national solidarity can result in an individual entitlement before it has been enacted by the competent national legislature. *A fortiori*, there can be no such right directly under international law. Rightly, therefore, soft language which clarified that what the drafters had in mind was to set out a guideline that should be taken into account by national authorities desirous to cope with the sequels of internal unrest was chosen.

4 INDIVIDUAL ENTITLEMENTS TO REPARATION?

Just recently, in its report, the Commission of Inquiry on Darfur maintained that in view of a long history of increasing importance of human rights it could be said by now that “there has now emerged in international law a right of victims of serious human rights abuses . . . to reparation (including

32 See Art. 10(1) of the ILC Articles.

compensation) for damage resulting from those abuses”.³³ But the overall picture remains fairly contradictory. There are international bodies that have embraced a doctrine of full and complete reparation, while others show a clear reluctance to subscribe to this proposition.

A. *General considerations*

One of the most fervent adherents of an individual right to reparation is the Inter-American Court of Human Rights. It has remained faithful to its first pronouncement in the famous *Velásquez-Rodríguez* case³⁴ where it stated:

The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation.³⁵

On the other hand, the BPG do not endorse the doctrine of a true individual right to reparation – although, in a strange borrowing from the traditional *Hull* formula from the field of international protection of alien property, the formula “adequate, effective and prompt reparation for harm” is used (Principle 11 (b)). It is, first of all, highly significant that the title of section IX was changed from “Victims’ right to reparation” to “Reparation for harm suffered”. To be sure, in Principle 15, the introductory Principle of section IX, the third sentence speaks of a duty of States to provide reparation (“a State shall provide reparation to victims . . .”), but this proposition is decisively attenuated by the phrase: “In accordance with domestic laws and international legal obligations . . .”. This phrase amounts to a quantum leap. It clearly indicates that no general obligation is deemed to enjoin States to make reparation, but that such commitment can only be derived from additional sources, either from national law or from principles and rules of international law which need to be identified specifically in any case at hand. The same inferences are to be drawn with regard to Principle 11. On the one hand, it states that “[r]emedies for gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law include the victim’s *right*³⁶ to . . . (b) Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered”, but on the other hand it qualifies this assertion by the words: “as provided for under international law”. An even

33 UN doc. E/CN.4/2005/3, 11 February 2005, para. 597.

34 Judgment, Ser. C, No. 4, 29 July 1988.

35 See also in the following section xxx.

36 Emphasis added.

weaker formulation can be found in Principle 18, the chapeau for the following Principles governing the forms of reparation. Here, the hortatory or aspirational quality of the BPG is even more clearly expressed through the key word “should”:

In accordance with domestic law and international law, and taking account of individual circumstances, victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law *should*,³⁷ as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, be provided with full and effective reparation

By contrast, the Bassiouni draft (para. 16) had used straightforward language in setting forth that in such circumstances “a State *shall*³⁸ provide reparation to victims” – not only in case of gross violations of human rights and serious breaches of IHL, but generally whenever “violations of international human rights and humanitarian norms” had occurred. These modifications of the relevant text are due to opposition that forcefully emerged during the three consultative meetings. Quite a number of countries had serious misgivings about adopting even a recommendation providing for true individual entitlements.

Although pursuant to the well-established rules on sources, States are not required to justify their acceptance or rejection of a given proposition as a legal rule, their actual conduct constituting the determinative factor, an attempt will be made in the following to inquire into the reasons why – or why not – the classical rules on international responsibility of States are suitable for application also to legal relationships between States and individuals. Although a breach is a breach and does not change its quality depending on who is the aggrieved party, the general context has different features. Relations between States are generally based on reciprocity. If in the case of a treaty relationship of the traditional type (*traité-contrat*) one of the parties does not live up to its commitments, the consideration that motivated the other party to enter into the treaty relationship evaporates. The wrong-doing State is unjustly enriched. No nation can be expected to accept non-fulfilment of formal pledges it has received from its counterpart. The damage that it has sustained as a result of the non-performance must be repaired by the wrongdoer. Generally, no account is taken of the capacity to pay by the offender. To be sure, however, there must be some limits to what can be demanded of a nation led into disaster by a criminal lead-

37 Emphasis added.

38 Emphasis added.

ership. But, at the international level, one can observe great reluctance to acknowledge such limits. Although valid precedents can be found for circumscribing the liability of a nation, since reparation payments are capable of curtailing in particular the elementary human rights of a younger generation, the ILC was not prepared to maintain in its Articles on State Responsibility the rule of the draft adopted on first reading in 1996 according to which (Art. 42 (3)) “[i]n no case shall reparation result in depriving the population of a State of its own means of subsistence”.³⁹

The elements of harm or enrichment at an inter-State level are totally lacking in instances where a government infringes the rights of its own citizens. In such a situation, reflection on how to make reparation will also take, as its starting point, the harm caused. However, in the awareness that the entire national community will have to shoulder the ensuing burden, in particular the weight of pecuniary compensation. To what extent can taxpayers be subjected to charges that seek to make good the injuries suffered not only in some individual cases, but by a large group of the population? To answer this question, the strength of the principle of national solidarity has to be assessed. Moreover, it also has to be taken into account that with regard to a repressive regime, it is extremely difficult to distinguish between victims and non-victims. A dictatorship leaves no room for those under its control to breathe freely. Everyone, with the exception of its direct beneficiaries, is a victim even if he or she has not suffered any physical or otherwise economically assessable harm. Thus, the question of what amount of resources should be made available for financial compensation arises under totally different auspices if a settlement is to be achieved within a national community. Issues of equity, which would be irrelevant as a defence against claims raised by other nations, are a legitimate argument when a nation deals with its own matters internally.

B. The practice of international bodies

A summary look at the practice of some of the international bodies that have to deal with reparation claims shows that their jurisprudence is not free from inconsistencies that to some extent reflect the real problems that have to be resolved in trying to respond to such claims in consonance with a yardstick of fairness and justice.

39 *ILC Yearbook* 1996, Vol. II, Part Two, p. 63.

► *The Inter-American Court of Human Rights*

As already mentioned, the Inter-American Court of Human rights has developed through its jurisprudence, a doctrine according to which, any victim of a human rights violation has a right to full reparation. Yet the systemic foundations of this jurisprudence are not flawless. The basic objection against it stems from the fact that the Court invokes the principles affirmed in the seminal *Chorzow* judgment of the Permanent Court of International Justice,⁴⁰ now reflected in Art. 31 (1) of the ILC Articles. It does so without even posing the question whether a rule that has evolved with regard to inter-State relations fits likewise in relationships between States and individuals which more often than not involve thousands of cases,⁴¹ thereby engendering a complexity which is totally different than the consequences of international responsibility at inter-State level. This disregard for the hiatus separating the two classes of cases has led to consequences that are hard to explain and justify.

Concerning Guatemala, it is a sad, but proven fact that during the “armed confrontation”⁴² of more than 30 years, about 200,000 persons found their death, many of them killed in the most barbaric way. To this very day, no program of reparation has become operational, even though the national truth commission “Comisión para el Esclarecimiento Histórico” back in 1999, recommended to adopt and implement such a program⁴³ in favour of the most hard hit victims of the atrocities that had plagued the country for decades, making life almost unbearable in many rural areas. Yet, thus far, only nine cases have been adjudicated by the Court. The first case where financial compensation was granted concerned an American (sic!) journalist, *Nicholas Blake*, who had been murdered by members of the security forces of the State. The Court ruled that that the next of kin of the victim were entitled to receive compensation payments amounting to 151,000

40 Of 13 September 1928, Ser. A No. 17, p. 29: “It is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation.”

41 See, *inter alia*, the following judgments: *Aloeboetoe et al.*, 10 September 1993, Ser. C No. 15, para. 43; *Caballero-Delgado and Santana*, 29 January 1997, Ser. C No. 31, para.15; *Garrido and Baigorria*, 27 August 1998, Ser. C No. 39, para. 40; *Castillo Páez*, 27 November 1998, Ser. C No. 43, para. 50; *Suárez Rosero*, 20 January 1999, Ser. C No. 44, para. 40. For an attempt to justify this jurisprudence, see *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, 26 November 2003, Ser. C No. 102, paras. 53-56.

42 Generally, the Government of Guatemala preferred to speak of an “enfrentamiento armado” instead of a “conflicto armado” in order to avert the consequences of the applicability of international humanitarian law.

43 Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala Memoria del Silencio*, t. V (Guatemala, 1999), paras. 7 *et seq.*

dollars.⁴⁴ In another judgment of 25 May 2001, the family members of the victims in the so-called “White Van” case were allotted high amounts for pecuniary and non pecuniary damage, 108,000 and 54,000 dollars in the case of the first victim, 78,000 and 40,000 dollars in the second case. Maybe, the apex of this generous jurisprudence was reached in the case of *Myrna Mack Chang*,⁴⁵ an anthropologist killed by an agent of the Presidential Staff in September 1990. To be sure, the sister of the killed woman, Helen Mack, who pursued the case for more than a decade with unheard of courage notwithstanding many threats to her life and physical integrity, had gone through an ordeal before being able to triumph before the Court. And yet, the sums allotted to the next of kin of the direct victim – 266,000 dollars for pecuniary damage and 350,000 for non-pecuniary damage – stand in stark contrast to the misery of all the other victims, in particular among the Mayan population, who are still waiting for at least a symbolic payment in recognition for their suffering.

Similar observations can be made with regard to Colombia. The most recent report of the High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Colombia⁴⁶ reveals a disquieting picture of general lawlessness; a situation where the Government seems unable to bring under its control. Many thousands of persons were adversely affected by serious violations of human rights in 2004. Displacement of farmers from their rightfully owned land continues almost unabated. On the other hand, just three cases have reached the Court. In two of these three cases, the Court meticulously computed the amounts owed to the victims, taking into account their presumed income and the length of their professional activity, whereas in the third case, the amount granted as compensation only had a symbolic value since the identity of a man shot dead, allegedly a guerrilla fighter, had not been established at the time of delivering the judgment. Again, the sums in issue are quite remarkable, ranging from 55,000 dollars in the case of the *19 Comerciantes*⁴⁷ to 89,500 dollars in the *Caballero-Delgado and Santana* case⁴⁸ and still further to 100,000 dollars in the *Las Palmeras* case.⁴⁹

It is recognizable at first glance that neither Guatemala nor Colombia would be able to grant amounts of a similar magnitude under a generalized reparation scheme to every victim of serious violations of human rights. The economic strength of the two countries would not sustain such a burden.

44 Judgment of 22 January 1999, Ser. C No. 48.

45 Judgment of 25 November 2003, Ser. C No. 101.

46 UN doc. E/CN.4/2005/10, 28 February 2005.

47 Judgment of 5 July 2004, Ser. C No. 109.

48 Judgment of 29 January 1997, Series C No. 31.

49 Judgment of 26 November 2002, Ser. C No. 96, para. 12.

Hence, a generalized program of reparation would have to be tailored to take the financial realities into account. The gap between the jurisprudence of the Court and the situation on the ground of the two countries is so huge that reaching the Court with a complaint comes close to achieving a major win in a lottery. This means that the jurisprudence of the Court cannot be the determinative parameter for a framework of rules for the reparation of harm done in violation of human rights and humanitarian law. Legal norms need firm factual bases. They cannot be derived exclusively from general concepts of equity and justice. Above all, the law should be the same for everyone. Reparation schemes that bring considerable benefits to a small group of victims while not addressing the plight of all the others are not suited as a general orientation mark. Nor do pure guidelines escape this simple logic; in any event it must be understood that they need to be handled with great flexibility.

► *The Human Rights Committee*

The case law of the Human Rights Committee (HRCee) regarding individual communications under the [First] Optional Protocol shows a high degree of flexibility. Many cases that have been dealt with by the HRCee concern persons sentenced to death and awaiting death sentence complaining of irregularities in the proceedings. In general, the HRCee concludes in such circumstances, when the complaints appear to be well-founded, that the State concerned should release the person concerned or commute his sentence.⁵⁰ Yet, no compensation is awarded as reparation for non-pecuniary damage although the imposition of a death sentence on a person carries with it tremendous anguish and mental stress, factors that would justify the allocation of compensation for non-pecuniary damage. In a few death row cases, however, somewhat at random, the HRCee has expressed the view that in addition to releasing the victim, compensation should also be granted.⁵¹ On the other hand, it is fully understandable that the HRCee reacted angrily in a case where, notwithstanding a provisional injunction not to take any measures during the course of the proceedings that would cause irreparable damage, the victim was executed: here, compensation was the only remedy that could still alleviate, to some extent, the suffering of the family mem-

50 See views in the following cases: *Mulai v. Guayana*, 20 July 2004, case 811/1998; *Smartt v. Guayana*, 6 July 2004, case 867/1999; *Ramil Rayos v. Philippines*, 27 July 2004, case 1167/2003; *Pagdayawon v. Philippines*, 3 November 2004, case 1110/2002; *Deollal v. Guayana*, 1 November 2004, case 912/2000.

51 See views in the following cases: *Abdumalik Nazarov v. Uzbekistan*, 6 July 2004, case 911/2000; *Khomidov v. Tajikistan*, 29 July 2004, case 1117/2002.

bers.⁵² Where a person was sentenced to long years of deprivation of freedom, the HRCee seems generally to be inclined to award compensation.⁵³ Likewise in many other cases, when a breach is found to exist, it is mostly said in a routine formula that the petitioner is entitled to an “effective remedy, including compensation”.⁵⁴ However, no care is taken to specify the amount of compensation. Obviously, this could be a minimal symbolic amount. It would also appear that States rarely heed such recommendations. Unfortunately, compliance with the views of the HRCee generally leaves much to be desired, the suggested “compensation” constituting the subject-matter where the Committee is least successful.⁵⁵

On the whole, the precedents examined lead to the conclusion that the HRCee does not recognize any firm rule on reparation. It starts out on the premise that wrongdoing States owe reparation to the victims of their actions, but that a great variety of possible options exist from which it can choose at its discretion. In particular, compensation is not seen as an integral element of reparation. If it were otherwise, financial compensation, in addition to retrial or release, would have to be granted in each and every case where an accused was convicted and sentenced on the basis of a faulty proceeding.

► *The Committee against Racial Discrimination*

More flexibility and even vagueness can be encountered in the case law of the Committee against Racial Discrimination. The Committee is generally satisfied if the discriminations found by it are removed.⁵⁶ Only in some instances does it recommend that at the same time the petitioner should be provided with compensation (“economic reparation”).⁵⁷ In one of the few cases which have come to the cognizance of the Committee, a formula was employed which mentions “relief commensurate with the moral damage he [the petitioner] has suffered”. In sum, little can be gathered from this jurisprudence.

52 *Saidova v. Tajikistan*, 8 July 2004, case 964/2001.

53 See views in the following cases: *Dugin v. Russia*, 5 July 2004, case 815/998; *Nallaratnam Singarasa v. Sri Lanka*, 21 July 2004, case 1033/2001.

54 See views in the following cases: *Svetik v. Belarus*, 8 July 2004, case 927/2000 (discrimination on account of exercise of freedom of expression); *Majuwana Kamkanamge*, 27 July 2004, case 909/2000 (harassment of journalist through indictments); *Loubnar El Ghar v. Libya*, 29 March 2004, case 1107(2002) (denial of passport).

55 See Report of the HRCee on its 76th to 78th sessions (2002 and 2003), UN doc. A/58/40 (Vol. I), Chapter VI: Follow-up Activities under the Optional Protocol.

56 See the following opinions: *Koptova v. Slovakia*, 8 August 2000, case 13/98 (freedom of movement and residence of Romas); *Kashif Ahmad v. Denmark*, 13 March 2000, case 16/1999 (non-prosecution of insulting racist language).

57 See *B.J. v. Denmark*, 17 March 2000, case 17/1999 (refusal of admission to a public place).

The Committee against Racial Discrimination favours a pragmatic approach. Again, the premise is that anyone victim of a violation of the Convention should be provided with “some” remedy. But the Committee concedes wide room to the discretion of the respondent State.

► *The European Court of Human Rights*

The case law of the European Court of Human Rights (henceforth: ECHR) has specific characteristics in that, until a few years ago, the Court believed that its mandate was confined to awarding financial compensation. Only after the ruling in the case of *Papamichaloupoulos v. Greece*⁵⁸ did the Court progressively come to the conclusion that its reading of Art. 41 (formerly: Art. 50) was much too narrow. It now takes the view that it is entitled, at least, to recommend to the respondent State found guilty of the complaints brought against it to take specific measures.⁵⁹ Thus, in the many cases where the ECHR has declared that it was not convinced of the independence of the Turkish State Security Court, it has taken to stating in the body of its legal reasoning, its conviction that the best remedy is a retrial of a person convicted and sentenced under such dubious circumstances. Unfortunately, this “recommendation” does not appear in the *dispositif* of the relevant judgments.⁶⁰ By contrast, where the restoration of property is concerned, a true order is enunciated in the *dispositif* (“the respondent State is to return to the applicant”), but the State is accorded the freedom to perform its duty by paying a corresponding amount of money.⁶¹ Thus, the fact that financial compensation has been awarded in numerous cases does not signify that the ECHR considers this form of reparation to be the best modality to make good the harm done in any case at hand. Such a conclusion would be even less plausible as the ECHR is extremely cautious with regard to financial compensation. First of all, in many cases, it deems a finding of a breach to constitute sufficient reparation.⁶² Second, the amounts which it is prepared to award to applicants are mostly much lower than the

58 Of 31 October 1995, *Publications of the ECHR*, Series A, Vol. 330-B, p. 45 (64).

59 This was recommended by C. Tomuschat, “Just satisfaction under Article 50 of the European Convention on Human Rights”, in: P. Mahoney et al. (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal* (Köln [etc.], C. Heymann, 2000), pp. 1409, 1429.

60 See *Biyan v. Turkey*, 3 February 2005, para. 59aa: “Lorsque la Cour conclut que la condamnation d’un requérant a été prononcée par un tribunal qui n’était pas indépendant et impartial au sens de l’article 6 § 1, elle estime qu’en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejurer le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial.”

61 See *Brumarescu v. Romania*, 23 January 2001; *Buzatu v. Romania*, 27 January 2005.

62 See, for instance, the recent case of *Philippe Pause v. France*, 15 February 2005, where the guarantees of fair trial under Art. 6 (1) of the European Convention had not been respected.

amounts requested by the applicant parties. Thus, in the case of *Vargová v. Slovakia*, where civil proceedings seeking to secure the restitution of a house had lasted for twelve years, the respondent State was ordered to pay the modest sum of 4,000.00 Euros,⁶³ and in the *Chechen* cases, where the Court delivered judgment on 24 February 2005,⁶⁴ the amounts allotted for non-pecuniary damage appear to be rather modest, compared to the immense mental harm sustained by the applicants.

It is difficult to draw a general conclusion from this case law. No precise parameters can be identified. In any event, it would seem to the outside observer that the ECHR does not apply the principle of full reparation as the relevant yardstick, but that it rather seeks to provide some kind of moral encouragement to applicants, being aware that not everything can be made good *a posteriori*. At the same time, this cautious approach is successful in not overburdening States with reparation claims which, because of their financial consequences, they would not be able to shoulder.

This tentative interpretation of the jurisprudence of the ECHR has been corroborated by the recent judgment in the case of *Von Maltzan and Others*,⁶⁵ where the key issue was compliance or non-compliance by Germany with its obligations under Art. 1 of Protocol No. 1 on account of the confiscations in the territory of the former Soviet-occupied zone of Germany before the establishment of the German Democratic Republic (1945-1949). These confiscations were not repealed after German reunification. The former owners received financial compensation according to a federal law, but the respective amounts were far lower than the commercial value of the properties at today's prices. On the other hand, in respect of confiscations carried out at the hands of the GDR authorities after 1949, precedence was given to restitution. The basis of this discriminatory treatment, i.e., the establishment of the GDR, was an arrangement between the two German governments in June 1990 ("Joint Declaration"), a few months before the formal incorporation of the GDR into the (West-)German State. It is highly controversial whether this arrangement was motivated by a Soviet request as a precondition for its consent to reunification. In any event, it was clear from the very first day in the reunited Germany, that the former owners could not hope to recover their assets. Thus, when the European Convention of Human Rights was extended *ratione territorii* to the eastern part of Germany, they had no rights that could have enjoyed protection under Art. 1 of

63 Judgment of 15 February 2005. The applicant had requested 18,000 Euros for non-pecuniary damage.

64 Judgments against Russia: *Khashiyev; Akayeva; Isayeva; Yusupova; Bazayeva; Zara Isayeva*.

65 Judgment of 30 March 2005.

Protocol No. 1. However, in addition to this somewhat formalistic reasoning, the ECHR added:

The enactment of laws providing for the restitution of confiscated property or the payment of indemnification or compensation or for the rehabilitation of persons who had been prosecuted in breach of the rule of law obviously involved consideration of many issues of a moral, legal, political and economic nature which are a matter of public concern and in respect of which the Contracting States have a wide margin of appreciation. In particular, the Court reiterates that the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused by a foreign occupying force or another State.⁶⁶

Along similar lines, it continued this argument by holding:

In the instant case, by choosing to make good injustices or damage resulting from acts committed at the instigation of a foreign occupying force or by another sovereign State, the German legislature had to make certain choices in the light of the public interest. In that connection, by enacting legislation governing issues of property and rehabilitation after German reunification, it had regard, among other things, to the concepts of 'socially acceptable balance between conflicting interests', 'legal certainty and clarity', 'right of ownership' and 'legal peace' contained in the Joint Declaration. Similarly, in examining the compatibility of that legislation with the Basic Law, the Federal Constitutional Court referred to the principles of 'social justice and the rule of law' and that of the 'prohibition of arbitrariness'.

As the Court has stated above (see paragraph 77), where a State elects to redress the consequences of certain acts that are incompatible with the principles of a democratic regime but for which it is not responsible, it has a wide margin of appreciation in the implementation of that policy.⁶⁷

It clearly emerges from these observations that the Court accepts the context-dependency of any reparation scheme. It rejects any rigidity in handling situations where a national community has to face up to the ruins left behind by a repressive regime. Quite obviously, the ECHR does not share the view that restitution must take place in any event. If it had embraced this doctrine, the former owners could have claimed the coverage of Art. 1 of Protocol No. 1 for their right to restitution. Yet, the Strasbourg judges have explicitly denied them this benefit.

66 *Ibid.*, para. 77.

67 *Ibid.*, paras. 110-111.

5 REPARATION IN PROCESSES OF TRANSITIONAL JUSTICE

The *Von Maltzan* judgment sheds a sharp light on the BPG. Although the codification initiative, as shown by its title, had as its factual background “gross” human rights violations and “serious” violations of IHL, both phenomena which are related to internal armed conflict and hence violations on a massive scale, the BPG were drafted as if they were to apply in situations where specific individuals claim their right to reparation. Consequently, the structure follows the one underlying the ILC Articles, exactly in the same order. Restitution being the first followed by compensation and satisfaction, and only rehabilitation derogating from the established sequence. Satisfaction and guarantees of non-repetition complemented the pentagram as outlined in the 1996 draft of the ILC Articles.⁶⁸ One might even get the impression that the drafters deliberately shied away from taking note of the ongoing debate on transitional justice,⁶⁹ quite in the same way as the ILC not devoting any attention to the drafting efforts deployed by the Sub-Commission and the Commission on Human Rights on the BPG. Processes of transitional justice do not involve individual cases only, they concern nations as a whole that seek to gain new stability under conditions of peace and justice.

It is common knowledge today that for processes of transitional justice, reparation is one element only, albeit an important one.⁷⁰ Other elements are the punishment of the major criminals and the search for the truth inasmuch as societies need to know what led them into the abyss from which they are trying to rise again. All the elements of a passage to democracy and the rule of law are present in the BPG. Curiously enough, however, they are listed under “satisfaction” and “guarantees of non-repetition” as if individual reparation claims had to be satisfied. This amounts to a distorted vision of what

68 *ILC Yearbook* 1996, Vol. II, Part Two, p. 63. The 2001 version of the Articles relegated assurances and guarantees of non-repetition to Art. 30 which deals with the continuity of the duty of performance.

69 See, for instance, M. Abu-Nimer (ed.), *Reconciliation, Justice, and Coexistence. Theory & Practice* (Lanham MD, Lexington Books, 2001); D. Bloomfield, T. Barnes, L. Huyse (eds.), *Reconciliation after Violent Conflict. A Handbook* (Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2003); A.M. Gross, “The Constitution, Reconciliation and Transitional Justice”, 40 *Stan J Int'l L*, 2004, 47-104; L.H. Meyer (ed.), *Justice in Time. Responding to Historical Injustice* (Baden-Baden, Nomos, 2004); R.I. Rotberg, D. Thompson (eds.), *Truth v. Justice. The Morality of Truth Commissions* (Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2000); R.G. Teitel, “Transitional Justice Genealogy” 16 *HHRJ*, 2003, 69-94. Recently, the UN Secretary-General has written an illuminating report: “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, UN doc. S/2004/616, 23 August 2004.

70 In this regard, the proposals by Louis Joinet, *supra* (note 8), which start out with the “inalienable right” of every people “to know the truth”, were exemplary.

is necessary after a national cataclysm. When finally it has been possible to topple a repressive regime, the first task is indeed to restore law and order, in particular enjoyment of human rights, to the benefit of everyone. For that purpose, an efficient and independent judiciary is required *inter alia*. Law and order, understood in this sense, are a common good to be enjoyed by everyone in the community concerned.

At a second stage, collective reparation measures need be taken as they are almost exhaustively comprised in the BPG under “Satisfaction” and “Guarantees of non-repetition”. Much of that, however, has little to do with reparation: the two Principles (22. and 23.) contain an exhaustive program of strengthening good governance. With these ambitious objectives, the BPG leave quite definitely the realm of a reparation programme. They state broad policy objectives that, by their very nature, are simply incapable of ever rising to the status of hard law. Hence, one may conclude that the title of the BPG was well chosen. Yes, they do contain some legal principles, but very few ones, the bulk of the propositions compiled under their roof deserving indeed a classification as “guidelines” which are useful as a kind of “shopping list” when the way in which a process of transitional justice is to be set on its tracks is examined.

6 CONCLUDING OBSERVATIONS

The logical inference from the preceding considerations is that careful distinctions are necessary with regard to all of the measures designed to clear up the tragic rubble caused by public anarchy. Simple answers can never be given. Collective measures to restore public peace and security should generally enjoy priority. Likewise, for the sake of national harmony and stability, gestures recognizing the evils committed and acknowledging the plight of the victims are important with a view to preventing future tragedies arising on the same grounds. In the field of individual reparation, restitution is normally easier to effect than to pay compensation, however, this is only a thumb rule that does not apply automatically in all similar situations. In any event, the principle of “full reparation” is not a viable recipe when a societal battlefield must be transformed into a playground where civil society is able to accommodate its conflicts of interests under constitutional rules of democracy and human rights.

FREEDOM OF CONSCIENCE AND RELIGION

*Rıza Türmen**

1 GENERAL

Article 9 of the European Convention on Human Rights (the Convention) provides that:

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.
2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Article 14 is another Article of the Convention that covers the protection of freedom of religion. It establishes the general protection of the rights contained in the Convention, without discrimination on the basis of religion or other grounds. However, Article 14 may be applied only in conjunction with another Article of the Convention (in other words, in conjunction with Article 9 in cases concerning freedom of religion).

Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention is also significant with regard to freedom of religion. It states:

No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.

* Judge, European Court of Human Rights

Articles 8, 10 and 11 of the Convention may also be relevant to the protection of freedom of religion.

Although freedom of religion may be indirectly protected by various Articles of the Convention, the focus of this contribution will be Article 9.

The drafters of Article 9 were inspired by Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights, the drafting of which is somewhat similar to paragraph 1 of Article 9. The second paragraph of Article 9, i.e. the limitation clause, was proposed by the delegation from the United Kingdom during the drafting process.

The Turkish and Swedish delegations proposed different limitation clauses. Turkey's main concern was the resurgence of Islamic fundamentalism. It therefore proposed an addition to the first paragraph which would read: "This provision does not affect existing national laws as regards rules relating to religious practice and membership of certain faiths".

On the other hand, Sweden was concerned that the provisions on religious freedom could undermine its domestic rules on religious arrangements. Accordingly, it also proposed an amendment to the same effect. Both amendments failed to find their way into the Convention. The United Kingdom and the Netherlands objected to them on the ground that they were unnecessary since the Convention allowed for reservations.

Many different relationships exist between religion and the State in Europe, and they are the result of each individual State's historical, social and political development. At one end of the spectrum, there are States that have no meaningful separation between religion and the State. The Greek Constitution, for example, begins "In the name of the Holy, Consubstantial Indivisible Trinity"; its Article 3 states that "the prevailing religion in Greece is that of the Eastern Orthodox Church of Jesus Christ". The Constitution of Iceland states that "The Evangelical Lutheran Church shall be the National Church in Iceland and shall, as such, be supported and protected by the State". In the United Kingdom, the monarch is the Head of the Church of England.

At the other end of the spectrum, there are States with a strong secular tradition, which make a clear separation between religion and the State. The Constitution of France describes France as "an indivisible, secular, democratic, and social Republic" (emphasis added).

Article 2 of the Turkish Constitution states that "Turkey is a democratic, secular and social State" (emphasis added). Article 24 of the Constitution protects freedom of conscience and belief. It goes on to state that "no one shall be compelled to worship or to participate in religious ceremonies and rites, to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or

accused because of his religious beliefs and convictions; . . . Education and instruction in religion and ethics shall be conducted under State supervision and control; . . . No one shall be allowed to exploit or abuse religion or religious feelings . . . for even partially basing the fundamental, social, economic, political and legal order of the State on religious tenets.”

The German Basic Law states that “there shall be no State Church”.

From the point of view of the European Court of Human Rights, all such relationships between State and religion are acceptable. The Court does not interfere with them so long as they are compatible with the principles of democracy.

2 THE SCOPE OF ARTICLE 9

A. *Forum Internum*

The right to freedom of thought, conscience and religion and the inviolability of the *forum internum* are absolute. They are protected in the Convention without qualification. Every individual is free to believe or not to believe, and to change his religion. States may not interfere with the *forum internum*. Restrictions are possible only with respect to the external expressions of thought, conscience and religion.

The Court underlined the importance of this concept in its judgment in the case of *Kokkinakis v. Greece* of 25 May 1993:

31. As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a ‘democratic society’ within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.

An example of a State’s interference with the *forum internum* is provided in *Buscarini and Others v. San Marino*, a judgment of 18 February 1999. The case concerned new members of the San Marino Parliament, who were required to take an oath on the Bible and were informed that they would lose their seats if they did not comply. The European Court of Human Rights found that the obligation to take the oath in this form was contrary to Article 9 as it “required them to swear allegiance to a particular religion”.

B. *The Freedom to Manifest one's Religion or Belief (Forum Externum)*

The freedom to manifest one's religion or belief can be exercised alone or in community with others, in public and within the circle of those who share the same faith. Article 9 lists a number of forms through which religion or belief may be expressed. This freedom not only covers religious beliefs, but extends to all kinds of beliefs. The Strasbourg institutions have given a broad interpretation to the words "religion or belief".

In *Pat Arrowsmith v. United Kingdom*, a decision of 12 June 1979, the former Commission accepted that pacifism was a belief and deserved protection under Article 9.

Freedom to manifest one's religion or belief may be restricted for the reasons listed in the second paragraph of Article 9. If freedom to manifest one's religion had been left unlimited, it would be difficult to preserve the legal order, since religious beliefs would take priority over legal obligations.

Article 9 does not protect every act which is motivated or influenced by a religion or belief. In *C. v. United Kingdom* (1983), the former Commission stated that "... Article 9 of the Convention does not always guarantee the right to behave in the public sphere in a way which is dictated by such a belief".

In *X v. the United Kingdom* (5 November 1981), the Commission decided that the obligation on a teacher to observe normal working hours which clashed with his attendance at Friday prayers was compatible with Article 9.

In *X v. the United Kingdom* (6 March 1982), the Commission decided that the legislation requiring a Sikh motorcyclist to wear a crash helmet was compatible with Article 9 of the Convention.

In the *Kokkinakis* judgment (1993), the Court stated that "in democratic societies ... it may be necessary to place restrictions on this freedom (i.e. freedom to manifest one's religion or belief) in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected".

In the decision *Pat Arrowsmith v. United Kingdom*, the former Commission concluded that "Article 9 ... protect acts which are intimately linked to these attitudes (religious creeds or personal beliefs) such as acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form". The Commission, however, went on to state that "the term 'practice' as employed in Article 9 (1) does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief".

This approach by the Commission has largely prevailed in the Court's judgments. In *Kalac v. Turkey*, a judgment of 1 July 1997, the Court stated

that: “it is not contested that the applicant, within the limits imposed by the requirements of military life, was able to fulfil the obligations which constitute the normal forms through which a Muslim practices his religion. For example, he was in particular permitted to pray five times a day and to perform his other religious duties, such as keeping the fast of Ramadan and Friday prayers at the mosque” (paragraph 29).

In the light of this case-law, it is possible to conclude that three different circles exist with regard to the scope of Article 9:

- a. religious creeds and personal beliefs that are within the *forum internum*. They have an absolute character and may not be interfered with by the State.
- b. religious acts and practices which are closely linked to a religious belief, such as offering prayers or fasting. States may impose restrictions on such freedoms providing they meet the conditions contained in paragraph 2 of Article 9. The States’ margin of appreciation is narrow. States also have certain positive obligations in respect of such freedoms.
- c. acts which are influenced by religious beliefs but remain outside the scope of the above categories. States enjoy a broad margin of appreciation and have no positive obligation in respect of such acts.

3 *REFAH PARTY CASE*

Although the case *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003 II, was submitted under Article 11 of the Convention (political parties), through it the Court further developed its case-law on freedom of religion. The judgment has been criticised on the ground that the Court moved from a premise of liberal democracy to the premise of militant democracy. I do not agree. The *Refah Party* judgment is simply about democracy: throughout the text, the reasoning is based on democracy (paragraph 93).

For the first time, the Court expressed the view that secularism, which is one of the fundamental principles of the Turkish State, was in harmony with the rule of law and respect for human rights and democracy (paragraph 93).

According to the Court, a political party may promote a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: first that the means used to that end must be legal and democratic and second that the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles (paragraph 98).

The Court treated this second element as a very important factor militating against the applicant’s case.

The main thrust of the Grand Chamber's judgment was the incompatibility between the political project put forward by the Refah Party and democratic principles. In this connection, the Court agreed with the Turkish Constitutional Court that the acts and speeches of the Refah Party's leadership, which revealed the Party's long-term policy of setting up a regime based on sharia within the framework of a plurality of legal systems, was incompatible with the concept of a democratic society.

The experience of the pre-Second World War period proved that a political party whose objectives were not compatible with democracy may come to power through democratic means, without resorting to violence. Once in power, however, it is in a position to realise its undemocratic objectives.

For this reason, the Court attached special importance to the timing for dissolution of Refah Party. Taking into account opinion polls which showed that it was likely that the Refah Party could come to power alone in the next elections, the Court stated that it could not criticize the national courts "for not waiting at the risk of putting the political regime and civil peace in jeopardy, for Refah Party to seize power and swing into action, . . . in order to implement its plans" (paragraph 110).

The Court concluded that the dissolution of the Refah Party did not constitute a breach of Article 11 of the Convention.

4 HEADSCARF CASES

The headscarf issue is not the same in western Europe and in Turkey. In western Europe, the practice has been introduced through migration and is a problem that concerns minorities. In Turkey, where the majority of the population is Muslim, it is not a minority issue. The wearing of headscarves in educational institutions in Turkey is a recent *phenomenon* which began in the 1980s and is perceived by many as a symbol of political Islam.

Both in Turkey and in western Europe, the practice of wearing headscarves in schools has given rise to very lively debate. In western European countries, the debate has focused on primary and secondary schools; in Turkey, it has focused more on universities.

In France, a commission (the Stasi Commission) was established to put forward recommendations for resolving the issue. Following the Commission's report to the President of the Republic, the National Assembly enacted legislation on 10 February 2004 that provides that "in State primary and secondary schools, the wearing of signs or dress by which pupils overtly manifest a religious affiliation is prohibited".

In French-speaking parts of Belgium, a number of State schools have refused to allow headscarves in the classroom.

In Germany, the Constitutional Court decided on 24 September 2003 that, in the absence of any express statutory prohibition, teachers were entitled to wear headscarves. This meant that the *Länder* could enact laws prohibiting the wearing of headscarves at school. Some *Länder* have in fact adopted legislation to this effect.

The Strasbourg institutions have till date ruled on four applications regarding bans imposed by the authorities on the wearing of headscarves in educational establishments. Two of these, *Bulut and Karaduman v. Turkey* were settled in 1993 by a decision of the former Commission. They concerned two university graduates who had the photographs for their graduation certificates taken wearing headscarves. The university administration refused to accept the photographs or to hand over their graduation certificates.

The Commission decided that the university administration's refusal to accept photographs in which the person concerned wore a headscarf was not contrary to Article 9 of the Convention. The Commission stated: "In a country like Turkey, where the great majority of the population belong to a particular religion, manifestation of religious symbols without any restrictions can exert pressure on those students who do not practice or who belong to another faith".

The same reasoning is found in the other headscarf cases. In *Dahlab v. Switzerland* (15 February 2001) and *Leyla Şahin v. Turkey* (29 June 2004), the Court emphasised the protection of the rights and freedoms of others.

In *Bulut and Karaduman*, the Commission also expressed the view that, by choosing to study at a secular (*laïc*) university, a student had agreed to comply with the rules established by that university.

In the *Dahlab v. Switzerland*, the applicant was a teacher in a Swiss elementary State school. She converted to Islam and began wearing a headscarf when performing her professional duties. The Court found that the Swiss authorities were justified in forbidding her from wearing a headscarf at work, in line with their policy of maintaining religious neutrality in schools.

In the *Dahlab* judgment, the Court stated that the headscarf is a powerful external religious symbol and "... might have some kind of proselytising effect" on small children, and that it was not compatible with the principle of gender equality. "It appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils."

The Court's most recent judgment in this connection, delivered in the *Leyla Şahin v. Turkey* (10 November 2005), is consistent with the Court's case-law. The judgment is of some significance in that it is the pilot case for around 200 similar cases.

Initially, the Court examined two applications jointly, namely *Tekin v. Turkey* and *Leyla Şahin v. Turkey*. Subsequently, however, Ms Tekin withdrew her application.

It must be emphasised that the *Leyla Şahin* judgment concerns Turkey and is about the ban on headscarves at Istanbul University. More specifically, the case concerns the implementation of an Istanbul University circular of 23 February 1998 which stated that "students whose heads are covered (wearing the Islamic headscarf) must not be admitted to lectures, courses or tutorials". The Court limited its examination to whether the authorities' interference through this circular was in compliance with the Convention.

The Turkish context, i.e. the historical background and the importance of the principle of secularism in the foundation of the Turkish Republic, is an important element in the judgment. The Constitutional Court of Turkey, in its judgment of 7 March 1989, upholding the ban imposed by Istanbul University, stated that secularism in Turkey was the guarantor of democratic values, the principle that freedom of religion is inviolable and the principle that citizens are equal before the law. In its judgment, the Court examined the Constitutional Court's decision and came to the conclusion that "this notion of secularism appears . . . to be consistent with the values underpinning the Convention and [the Court] accepts that upholding that principle may be regarded as necessary for the protection of the democratic system in Turkey."

Protection of the rights and freedoms of others is also an important element of the judgment which, as mentioned above, is in line with the Court's case-law (*Kokkinakis, Dahlab, Refah Partisi judgments*).

Maintenance of public order, an aspect which also exists in the judgments referred to above, is of particular significance for Istanbul University. It is an old and crowded university where students with a great variety of beliefs coexist. It is a volatile campus and violent incidents frequently take place in its premises.

The judgment also notes that the circular concerned "constitute[d] a measure intended . . . to preserve pluralism in the university." The desire to preserve pluralism at the university by banning headscarves emanates from the principle of neutrality. The secular nature of the State entails an obligation to remain neutral towards all religions and beliefs and to preserve neutrality, particularly that of educational institutions, so that students of

different beliefs and convictions can coexist peacefully. Indeed, secularism provides each individual with a double protection: it ensures that his or her religious beliefs will be respected, and that the religious beliefs of others will not be imposed upon him or her. In order to secure this double protection, Governments must preserve the neutrality of the public sphere.

The headscarf's incompatibility with the principle of gender equality carries some weight in the judgment. Although it is not set out in detail, the inequality argument is based on the hypothesis that, without a headscarf, a woman may be sexually provocative for men. The headscarf reaffirms a hierarchy between men and women. It separates women and men and signifies that women are inferior to men, and that this is so by divine order. The result is that women are not viewed as autonomous individuals, but only as members of their families and of the Islamic *umma* (community). The Islamic *umma* takes upon itself the guardianship of women's moral purity in society.

The Court also took account of the fact that Istanbul University treated all forms of dress symbolising or manifesting a religion or faith on an equal footing, by banning them all from the university.

“In view of such considerations the Court reached the conclusion that ‘... it is the principle of secularism, as elucidated by the Constitutional Court, ... which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious symbols in universities. In such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn.’”

On the other hand, it is also true that not all Turkish universities banned headscarves on university premises. For example, the applicant, Ms Şahin, had previously studied in Bursa University Medical Faculty, where she had worn her headscarf. However, this does not mean that the ban at Istanbul University was unjustified, nor does it mean that other universities which permit the headscarf have waived their right to exercise their regulatory power. In fact, the ban at Istanbul University was imposed long after headscarf became visible in classrooms towards the early 1980s (the ban was imposed in 1998).

Questions relating to freedom of religion and belief have recently gained new significance on account of migration, which has led to an increase in the Muslim population in western European countries, coupled with a prevailing trend that emphasises religious identities. In Turkey, a massive wave of

migration from rural areas into big cities has exposed people coming from a closed society, with a traditionally conservative and religious lifestyle, to a modern urban lifestyle, thus creating a clash between the two value systems.

All these developments are reflected in the cases submitted to the ECHR. It is to be expected that questions of freedom of religion will play an even greater role in the Court's case-law in the coming years.

The Court's task is not an easy one. Religious convictions are a very sensitive issue. The Court must strike the right balance between many factors, such as freedom to manifest one's religion, protection of the freedoms of those who do not share the same convictions, the principles of equality and neutrality in the public sphere, and so on. Moreover, circumstances with regard to freedom of religion vary immensely in every State.

However, in the general human rights context, one cannot ignore the fact that the concept of individual rights and freedoms emerged from the secular thinking brought about by the ideals of the Enlightenment era.

1 April 2005

INTERIM MEASURES AND THE *MAMATKULOV*
JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS

*Nina Vajić**

I have known Lucius Cafilisch in two different capacities, first when I was his student in Geneva and then as his colleague in the European Court of Human Rights. Working with him in both contexts was always enjoyable because of his wit and sense of fun, but also, of course, instructive because of his tremendous erudition. It is, therefore, with some trepidation that I venture to disagree with him on the principal issue dealt with in the present paper. I nonetheless dedicate it to him with gratitude for many years of help and friendship.

1 INTRODUCTION

The concept of interim measures (provisional measures or provisional measures of protection) was introduced into international law from domestic law and is linked mainly to the judicial settlement of disputes.¹ Interim measures are seen as a tool to stop or to postpone the execution of a decision or an act that might prejudice the outcome of the proceedings before a final judgment is reached. Thus, interim measures aim to preserve the respective rights of the parties pending the judgment and to ensure the effectiveness of a court's jurisdiction to decide the merits of a case.

The indication of interim measures does not prejudice a decision regarding admissibility or violation. The main purpose of preserving the *status*

* Judge, European Court of Human Rights. Any views expressed are personal.

1 Provisional measures exist today also in relation to procedures established under United Nations human rights treaties and other bodies.

quo is to forestall any irreparable damage that may result from the execution of the act concerned while proceedings are pending, an outcome which could, eventually, nullify the result of the final judgment. Another very important feature is the urgent nature of the measure: the urgency of protection being primordial to avoid irreversible harm and for the protection of the rights at stake.

Even if interim measures are mostly seen as procedural decisions, they can also comprise of substantive elements. They should not be classified solely as a procedural right distinguishable from substantive rights, as they are definitely linked to the decision on substance by their object, which is to protect the rights which are the very subject of the proceedings.

Interim measures are at the same time, a practical and necessary means to preserve each party's rights, such as protection from the destruction of crucial evidence pertaining to the facts or from danger to an individual's health and well-being which, particularly in respect of the European Court of Human Rights, could seriously jeopardize an individual's rights under the Human Rights' Convention. When directed at States, these measures do not require them to renounce important aspects of their sovereign powers; what they demand is more time to enable the court to examine the case and render a decision.

They may be either of an injunctive or of a prohibitive nature. In the former case, either party may be required to take action. For example, applicants before the ECHR may be requested by the Court to start eating, i.e. to call off their hunger strike.² In the latter, parties may be requested to refrain from certain actions until the court has ruled. For instance governments are frequently asked to refrain from deportation or extradition of individuals before the ECHR.

Today, an important number of international dispute settlement mechanisms exist, which in one way or another, are authorized to indicate interim measures. However, a long unsettled question is that of their legal force, i.e. whether such measures are of a binding or a non-binding character. International tribunals exercise a specially assigned jurisdictional power which depends on the underlying constituent instrument. If special provisions to indicate interim measures are expressly provided for and derive from a treaty, the binding character of such measures is clear and incontestable. If, however, this is not the case and there is an absence of such provisions, or the language is not clear, or that they are not contained in a conventional instrument, a controversy might arise as to the nature of their binding force.³

2 E.g., *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 11, ECHR 2004.

3 Among the writings on this subject, see: K. Oellers-Frahm, *Die einstweilige Anordnung in der*

According to one view, interim measures are binding on the parties under a general principle of law that they derive from the inherent authority of a judicial body. Parties to such an international dispute are thus under an obligation to abstain from acts that would put in question the outcome of the dispute, i.e. the end result of the whole procedure. Otherwise, they would render the whole procedure nugatory. This view was very clearly and succinctly expressed by Judge Weeramantry:

The function of a judicial tribunal, once an issue has been brought to it, is to take the necessary steps according to law towards reaching a decision in accordance with the principle of the equality of parties. This presupposes that the issue brought to it, once committed to the court, must as far as possible be preserved in that form, free of interference by unilateral action of a party, until the determination made by the court. It means also that the principle of equality cannot be disturbed by the superior force available to one party, wherewith to impair or interfere with the subject-matter until determination. It is thus inherent in the authority of that tribunal that, ancillary to the power of judgment, it must have power to issue incidental orders to ensure that the subject-matter of the suit is preserved intact until judgment.⁴

Account must, however, also be taken of the fact that opinions remain divided. There are very strong views to the contrary, maintaining that interim measures do not have binding force unless expressly provided for in the constituent instrument establishing the dispute settlement mechanism in

internationales Gerichtsbarkeit (Berlin, Springer, 1975); G. Cohen-Jonathan, “De l’effet juridique des ‘mesures provisoires’ dans certaines circonstances et de l’efficacité du droit de recours individuel: à propos de l’arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz Varas du 20 mars 1991”, *RUDH*, 1991, 205-209; D. Spielmann, “Les mesures provisoires et les organes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l’homme”, in: *Présence du droit public et des droits de l’homme, Mélanges offerts à Jacques Velu* (Bruxelles, Bruylant, 1992), pp. 1293-1317; R.St.J. Macdonald, “Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights”, 52 *ZaöRV*, Nos. 3-4, 1993, 703-740; R. Bernhardt (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts* (Berlin, Springer, 1994); K. Oellers-Frahm, “Interim Measures of Protection”, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 2 (Amsterdam, North-Holland, 1995), pp. 1027-1034; H. Garry, “When Procedure Involves Matters of Life and Death: Interim Measures and the European Convention on Human Rights”, 7 *EPL*, No. 3, 2001, 399-432; K. Oellers-Frahm, “Verbindlichkeit einstweiliger Massnahmen: Der EGMR vollzieht -endlich- die erforderliche Wende in seiner Rechtsprechung”, *EuGRZ*, 2003, 689-693.

4 Separate opinion of Judge Weeramantry, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional measures, Order of 13 September 1993*, *ICJ Reports 1993*, p. 376. See also, the Separate opinion of Judge Ajibola, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional measures, Order of 13 September 1993*, *ICJ Reports 1993*, pp. 399-400.

question.⁵ As is the case with jurisdiction on the merits, interim measures also depend on the express consent of the parties.

Most of the present international mechanisms of dispute settlement were established subsequent to the European Court of Human Rights and of course to the International Court of Justice and there exists some kind of provision on interim measures in the underlying instruments. Thus the controversy as to the legal effects of such measures relates mostly to these two jurisdictions.

Before turning specifically to the European Court of Human Rights, we shall briefly examine the case-law of the International Court of Justice.

2 THE CASE-LAW OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Article 41 of the Statute of the International Court of Justice provides for the indication of provisional measures. This provision is supplemented by Articles 73 to 78 of the Rules of the Court.

For a long time, the debate on the legal effects of provisional measures to be indicated by the ICJ generated controversy. It was related, to a great extent, to the differences between the French (*pouvoir d'indiquer*) and the English version (*measures suggested*) of the wording of the first paragraph of Article 41. Based on a strict linguistic interpretation and on the preparatory work for the Statute and for the Rules of the Court, there were widely held views that the provisional measures were not of a binding nature.

However, from the jurisprudence of the Court it will be seen that neither the Permanent Court of International Justice nor the present Court has been called upon to determine the legal effects of orders made under Article 41 of the Statute. Thus, there has been no categorical pronouncement on this issue. Nonetheless, in its order of 19 August 1929 in the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* case, the Permanent Court of International Justice stated that, unlike the final judgment of the Court, orders of the Court have no “binding force” or “final effect” in the determination of any dispute. The relevant paragraph reads as follows:

and whereas, in contradistinction to judgments contemplated by Article 58 of the Statute, to which reference is made in Article 2, paragraph 1, of the Special Agreement, orders made by the Court, although as a general rule read in open Court, due notice having been given to the Agents, have no “binding” force

5 *Ibid.*, 378. See also the Joint partly dissenting opinion of Judges Caflisch, Turmen and Kovler to the *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, pp. 50-58, 4 February 2005.

(Article 59 of the Statute) or “final” effect (Article 60 of the Statute) in deciding the dispute brought by the Parties before the Court.⁶

In spite of the fact that, on 5 December 1939, in its order in the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case, the PCIJ spoke of

“... the principle universally accepted by international tribunals and likewise laid down in many conventions ... to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute”.⁷

The issue of whether the indication of provisional measures does or does not have legal binding force has remained controversial.

In the *Anglo-Iranian Oil Company* case the International Court of Justice, having ordered interim measures, did not deal with the question eventually.⁸ Yet, in a number of cases it has indicated that the purpose of provisional measures is to preserve the respective rights of the parties in dispute.⁹

In more recent orders, such as those of 8 April and 13 September 1993 in the *Genocide* case, the Court made explicit that the indication of provisional measures:

has as its object to preserve the respective rights of the parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings; and ... that the Court must be concerned to preserve by such measures the rights which may subsequently be adjudged by the Court. ...¹⁰

It was not, however, until a recent judgment that the International Court of Justice pronounced itself clearly in favour of interim measures. It did so after a detailed yet straightforward analysis. By interpreting Article 41 of its Statute in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties,

6 *Case of the free zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929*, PCIJ, Series A, No. 22, p. 13.

7 *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Interim measures of protection), Order of 5 December 1939*, PCIJ, Series A/B, No. 79, p. 199.

8 *Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: ICJ Reports 1952*, p. 93.

9 See, *inter alia*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986*, p. 14, para. 289.

10 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional measures, Orders of 8 April and 13 September 1993, ICJ Reports 1993*, p. 3, para. 34, and p. 325, para. 35, respectively.

i.e. in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of the treaty's object and purpose, the Court stated:

The object and purpose of the Statute is to enable the Court to fulfil the functions provided for therein, and in particular, the basic function of judicial settlement of international disputes by binding decisions in accordance with Article 59 of the Statute. The context in which Article 41 has to be seen within the Statute is to prevent the Court from being hampered in the exercise of its functions because the respective rights of the parties to a dispute before the Court are not preserved. It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article.¹¹

Moreover, even though the Court did not consider it necessary given the conclusions reached regarding the above interpretation, it further resorted to the *travaux préparatoires* to conclude that they do not preclude the conclusion that orders on provisional measures have binding force. The Court then considered the possible impact of Article 94 of the United Nations Charter and concluded that it did not preclude provisional measures being accorded binding force either.

Thus, in its judgment of 27 June 2001 in the *LaGrand* case, the International Court of Justice for the first time ever, by a majority of thirteen votes to two, reached the conclusion that orders on provisional measures under Article 41 had binding effect. The Court's order to halt the execution "was not a mere exhortation" but "created a legal obligation" under Article 41 of the Statute.¹²

The underlying logic of the ruling is rather simple: binding provisional measures may be necessary to safeguard the rights of the parties and to ensure the legitimacy of the Court's final judgments.¹³

11 *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 466, para. 102.

12 *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *ibid.*, paras. 109-110; see also paras. 98-109.

13 W.J. Aceves, "LaGrand (Germany v. United States). Judgment", 96 *AJIL*, No. 1, 2002, 217.

3 THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

To consider the question of interim measures in relation to the European Court of Human Rights, we shall examine, in turn, its constitutive treaty and the rules of procedure, the case-law on interim measures, Protocol No. 11 to the Convention and, finally, the case-law of the new Court.

A. *Basic documents*

The situation with regard to the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms differs from the one relating to the ICJ Statute insofar as its text is silent on the question of interim measures. Although the draft of 1949 did contain (within its Article 35) a rule regarding interim measures that was almost identical to Article 41 of the ICJ Statute, it was subsequently omitted with no explanation in the *travaux préparatoires* as to the reasons.

Some writers have suggested that the drafters' primary concern was to rapidly install a system of Human Rights protection after World War II, and have referred to the difficulties involved in foreseeing the development of the Convention system. In 1988, Norgaard and Krüger wrote that "such absence was not surprising since the system created by the Convention was not conceived to operate in the practical way it operates today".¹⁴ One might add that this is all the more applicable with regard to the way it has operated since 1 November 1998, following the entry into force of Protocol No. 11.

Nevertheless, the need for interim measures became apparent during the early stages of the work of the European Commission of Human Rights.¹⁵ The Commission started by making informal requests to States to stay the expulsion or extradition of applicants to a country where they feared reprisals on political grounds. The Governments concerned were asked not to take any action pending the examination of the case by the Commission. Since the Governments that were asked for a temporary stay of the execution of the expulsion or deportation order mainly complied with such requests, during the 1960s and 1970s a clear practice emerged in this respect even before any rules in relation to such measures had been envisaged.¹⁶

14 C.A. Norgaard, H.C. Krüger, "Interim and Conservatory Measures under the European System of Protection of Human Rights", in: M. Nowak, D. Steurer, H. Tretter (eds.), *Festschrift für Felix Ermacora* (Kehl, Engel, 1988), p. 110.

15 The Commission started functioning in 1955.

16 See more on the practice of the Commission, Norgaard, Krüger, *supra* (note 14), pp. 110-111; M. Buquicchio-de Boer, "Interim Measures by the European Commission of Human Rights", in: M. de Salvia, M.E. Villiger (eds.), *The Birth of European Human Rights. Liber Amicorum Carl Aage Norgaard* (Baden-Baden, Nomos, 1998), pp. 229-235.

Due to these developments, in 1971 the (then) Consultative Assembly of the Council of Europe (the predecessor to the Parliamentary Assembly) recommended to the Committee of Ministers of the Council of Europe the elaboration of an additional Protocol to deal with the question, i.e., to empower the Convention organs to order provisional measures in appropriate cases. The Committee of Ministers decided to discontinue work on an additional Protocol to the Convention concerning an interim measures clause primarily because this was seen as being unnecessary in light of the adequacy of the informal system in place. The existing practice worked satisfactorily due to the fact that the States complied with the measures requested by the Commission.¹⁷

As a follow-up, however, in 1974 the Commission adopted Rule 36 of its Rules of Procedure,¹⁸ thus codifying its own pre-existing practice to indicate interim measures and the uniform State practice of complying with these requests.¹⁹ In the opinion of the Commission, it was not Rule 36 itself that was binding, rather, the interim measures indicated in case of expulsion or extradition had an obligatory character because their breach could render meaningless both the entire system of protection and the specific rights to be protected under the Convention, and could give rise to irreparable harm in particular cases.²⁰

In 1982 the European Court of Human Rights adopted Rule 36²¹ whereby it may indicate to the parties any interim measure advisable for them to adopt. It was rarely used²² as the need for such measures arose mostly at the beginning of a case, i.e. before the Commission. The Court

17 For more details, as well as for subsequent developments see *Cruz Varas and Others v. Sweden*, judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, para. 96; A. Spielmann, D. Spielmann, “La Cour unique et permanente et les mesures provisoires”, in: P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in Memory of Rolv Ryssdal* (Köln, Heymanns, 2000), pp. 1356-1358.

18 Rule 36 states: “The Commission or its President . . . may indicate to the parties any interim measures the adoption of which seems desirable in the interest of the parties or the proper conduct of the proceedings before it”.

19 D. Spielmann, “Les mesures provisoires et les organes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l’homme”, in: *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu* (Bruxelles, Bruylant, 1992), pp. 1296-1297, and footnote 107; R.St.J. Macdonald, “Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights”, 52 *ZaöRV*, Nos. 3-4, 1993, 735.

20 Macdonald, *ibid.*

21 Thereby replacing the former Rule 34 which, according to P. Mahoney, was never applied or even invoked by the Court – for more, see P. Mahoney, “Developments in the Procedure of the European Court of Human Rights”, 3 *YEL*, 1983, 156-158.

22 More about the (rare) cases in which the Court has been confronted with the problem of interim measures, D. Spielmann, *supra* (note 19), pp. 1304-1306.

had to issue a new request when the case was referred to it. To simplify the proceedings, an amendment to the Rules of Court was introduced in 1989 whereby the Commission's request remained in force after transfer to the Court, unless the President decided otherwise.

B. *Case-law*

This system of interim measures indicated by the Commission was almost always respected by States until the beginning of the 1990's when the question of the binding force of interim measures was discussed in relation to the case of *Cruz Varas v. Sweden*.²³ In this case the applicant was expelled by Sweden to Chile, despite the risk that he might be tortured, before his application could be reviewed by the Commission. In stark contrast to the Commission, the Court ruled, by a majority of 10 votes to 9, that the provisional measures indicated by the Commission were not binding upon the parties.

The reasoning of the majority was that in the absence of a specific provision on interim measures in the Convention²⁴ and the fact that they were contained only in the rules of procedure, no power could be derived from (the then) Article 25 of the Convention (presently Article 34) for the Commission to order interim measures. The Court also noted that the subsequent practice of States (complying with Rule 36 indications) regarding the interpretation of a Convention provision could not go as far as to create new rights and obligations that were not included in the Convention at the outset and which the parties had not accepted upon ratification.²⁵

The Court saw interim measures as a right of a purely procedural nature distinguishable from the substantive rights set out in the Convention. That is why it was not possible, in the Court's view, to infer from Article 25 of the Convention – which imposes an obligation not to interfere in any way with the right of the individual effectively to present and pursue his complaint – the binding nature of interim measures.²⁶ It ruled, however, that a decision not to comply with an indication of provisional measures would have to be seen as aggravating any subsequent breach of Article 3 found by the Court.

Finally, the Court stated that it could derive no assistance from general principles of international law since no uniform rules on the matter existed

²³ *Cruz Varas and Others v. Sweden*, judgment of 20 March 1991, Series A no. 201.

²⁴ *Cruz Varas and Others* cited *ibid.*, para. 98.

²⁵ *Ibid.*, para. 100.

²⁶ *Ibid.*, para. 99.

in relation to the international judiciary. So, the question remained controversial.²⁷ It is to be noted, however, that – even if it was mostly perceived as deciding upon the binding force of interim measures before the so called Strasbourg organs in general – in the *Cruz Varas* judgment, there is no mention at all of the power of the Court to indicate such measures. The whole text was very carefully drafted so as to relate to only the Commission's competence. This may have been so in order to facilitate the Court's task once it decided to deal with the matter. Due to the ten to nine vote, however, one might have expected this to happen much sooner. It is also interesting to note in this respect that (the Turkish) Judge Gölcüklü, who voted with the majority in the *Cruz Varas* judgment, confirmed the view in one of his writings that that judgment referred only to interim measures by the Commission. He went on to say that the situation was different in relation to the Court, which in his opinion, was vested with the power to indicate binding interim measures.²⁸

In a joint dissenting opinion, the nine judges²⁹ held the view that there had been a violation of Article 25 (presently Article 34) insofar as the applicant was expelled by Sweden a few hours after the Government was asked not to deport him. In their opinion, the protection of the Convention would be meaningless if a State had the right to expel or extradite a person without any prior possibility of clarification of the consequences of the expulsion. Analysing Article 25, the joint dissenting opinion held that it should not be read in such a manner as to make the possible result of an application devoid of any practical relevance. Rather, it included a right of the individual to have its application considered more closely and to have his rights finally protected.

27 Ibid., para. 101.

28 “La situation est différente lorsqu’il s’agit de la Cour. Selon l’article 54 de la Convention . . . les Hautes Parties contractantes s’engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. Cette disposition couvre, sans aucun doute, aussi bien des décisions sur le fond de l’affaire que celles avant dire droit. D’ailleurs, ordonner des mesures provisoires au cours de la procédure fait partie de la compétence de toute instance juridictionnelle . . .”, F. Gölcüklü, “Exécution des décisions des organes de contrôle de la Convention européenne des Droits de l’Homme”, in: P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal* (Köln, Heymanns, 2000), p. 563.

29 Joint dissenting opinion of Judges Cremona, Thór Vilhjálmsson, Walsh, Macdonald, Bernhardt, De Meyer, Martens, Foighel and Morenilla which is a kind of forerunner of the recent developments, *Cruz Varas supra* (note 23), pp. 39-40.

C. *Protocol No. 11*

When drawing up Protocol No. 11 to the Human Rights Convention,³⁰ which restructured and reinforced the system of protection and established a single Court as of 1 November 1998, the occasion was not used to incorporate a provision on interim measures into the Convention.³¹ Expressing its opinion on the Draft Protocol, the Court regretted that “in the context of the radical overhaul of the Convention’s machinery of protection, the opportunity has not been taken to fill at least one evident legislative gap, namely the power to indicate interim measures.”³² In this connection the Court referred to Article 63, paragraph 2 of the American Convention on Human Rights of 1969.³³

Nor was there a mention of interim measures in the *travaux préparatoires*, which precludes the conclusion that they were either rejected by the Government’s experts or that the Committee of Ministers declined to deal with the topic. It was not taken up because it was considered to be a question “which did not have an urgent character and could be examined at a later date”. It is possible that lack of time and the search for consensus on more important matters of the reform package were the main reasons for this omission.³⁴

30 Protocol No. 11 was opened for signature on 11 May 1994 and entered into force on 1 November 1998.

31 There were proposals going into that direction by the Commission and the Court (Comments on Draft Protocol No. 11 to the European Convention on Human Rights to the Committee of Experts for the Improvement of Procedures for the Protection of Human Rights (DH-PR) from the European Commission of Human Rights, Doc. DH-PR (94)2, of 21 January 1994; Opinion of the Court on Draft Protocol No. 11 to the European Convention on Human Rights, Doc. DH-PR (94)4 of 31 January 1994, para. 9, as well as by the Swiss Delegation to the DH-PR, Doc. DH-PR(93)17 misc. 3, para. 4. The Committee on Migration, Refugees and Demography also suggested, at a later stage, that interim measures become obligatory, Draft Report, AS/PR(1997)2 rev., of 19 February 1997. For more on the work on the reform see, H.C. Krüger, “Vorläufige Massnahmen nach Art. 36 der Verfahrensordnung der Europäischen Kommission für Menschenrechte (insbesondere in Ausweisungs- und Auslieferungsfällen)”, *EuGRZ*, 1996, 348-349; B. Rudolf, “Der Entwurf eines Zusatzprotokolls über die Reform des Kontrollmechanismus der Europäischen Menschenrechtskonvention”, *EuGRZ*, 1994, 54.

32 *Doc. DH-PR (94)4*, para. 9.

33 Art. 63, para. 2, first sentence, of the American Convention on Human Rights of 1969, provides: “In cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems pertinent in the matters it has under consideration.”

34 In the Report of the 33rd meeting of the Committee of Experts DH-PR (12-16 October 1992) on Immediate Measures to improve and accelerate Procedures foreseen by the European Convention on Human Rights, under the item relating to the Reform of the Control Machinery of the European Convention, it is stated that other measures, such as to include into the Convention the possibility for the Commission and the Court to take binding interim measures, have been

In 1998, when the new Court in accordance with Article 26(d) of the Convention, adopted its Rules of Court, Rule 39³⁵ reproduced the wording of the former Rule 36. It added, however, the power to give notice of interim measures to the Committee of Ministers. In the view of some judges participating in the elaboration of that rule, one of the reasons for this was to compensate for the non-binding nature of the interim measures.³⁶ Thus, in practice, the follow-up by the Committee of Ministers on compliance with such measures is the same as in the case of judgments under Article 46(2) of the Convention. Enforcement is also strengthened by the (new) power of the Court to request any information from the parties in connection with the implementation of the measures (Rule 39, paragraph 3).

After a few years and with the benefit of hindsight, it may be held that in 1998 the new Court either did not recognize or simply failed to take the opportunity it was given under Protocol No. 11 to change the wording of Rule 39 and to use stronger language.³⁷ It might also be the case that the impact of the *Cruz Varas* judgment precluded the Court from departing drastically from the previous state of affairs. In our view, however, such a step was postponed by the Court in order for it to be dealt with in one of its future judgments.³⁸ Accordingly, it was only a question of time as to when it would be called upon to rule expressly on this question.³⁹

considered as questions which did not have an urgent character and could be examined at a later date (“Les autres mesures, par exemple l’idée d’inclure dans la Convention la possibilité pour la Commission et la Cour de prendre des mesures provisoires contraignantes . . . ont toutes deux été considérées comme questions ne présentant pas un caractère d’urgence et pouvant mériter un examen à une date ultérieure.”), Doc. DH-PR(93)12, para. 42; Rudolf, *supra* (note 31), p. 58.

35 Rule 39 (Interim measures):

1. The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it.

2. Notice of these measures shall be given to the Committee of Ministers.

3. The Chamber may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure it has indicated.

36 See Garry, *supra* (note 3) 409 and note 53 referring to the opinion of Judge Pellonpää.

37 K. Oellers-Frahm, “Verbindlichkeit einstweiliger Massnahmen: Der EGMR vollzieht -endlich- die erforderliche Wende in seiner Rechtsprechung”, *EuGRZ*, 2003, 691.

38 The author took part in the work of the Working Group on the Rules of the Court in 1998.

39 Among numerous reactions to this judgment, see: Cohen-Jonathan, *supra* (note 3); K. Oellers-Frahm, “Zur Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte. Anmerkung zum Urteil des EGMR im Fall Cruz Varas gegen Schweden”, *EuGRZ*, 1991, 197-199; Macdonald, *supra* (note 3); D. Spielmann, *supra* (note 19).

D. *The New Court*

Since its coming into being on 1 November 1998, the new Court has dealt with the question of the binding character of interim measures only on one occasion. That was in the (partial) admissibility decision of 13 March 2001 in the case of *Čonka v. Belgium*. In this decision, the Court referred to the *Cruz Varas* judgment and confirmed its relevance to the situation after the entry into force of Protocol No. 11. Nevertheless, it also pointed out that the Belgian authorities had expelled the applicants without providing any reasons for their decision to ignore the measures that had been indicated under Rule 39 of the Rules of Court. In view of the settled practice of complying with such indications, given only in exceptional circumstances, such a manner of proceeding was, in the view of the Court, “difficult to reconcile with good faith co-operation with the Court in cases where this is considered reasonable and practicable”.⁴⁰ Thus, even though the Court relied on the *Cruz Varas* judgment, the wording of the decision perhaps made a small step towards a possible application of Article 34 in relation to interim measures.

The opportunity for the Court to deal with the issue of interim measures in a judgment presented itself with the case of *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*.⁴¹

In this case two Uzbek nationals, Mr. Mamatkulov and Mr. Askarov, members of the ERK “Freedom” Party (an opposition party in Uzbekistan), lodged applications with the Court. They were both suspected of homicide, charged with causing injuries by a bomb explosion in the Republic of Uzbekistan and an attempted terrorist attack on the President of Uzbekistan. Uzbekistan requested the applicants’ extradition under a bilateral treaty with Turkey. Orders made by Turkish judges mentioned the charges against the applicants and noted that the offences concerned were not political or military in nature but ordinary criminal offences. They were remanded in custody pending extradition at the time when they applied to the ECHR under Rule 39 of the Rules of Court.

On 18 March 1999, the European Court of Human Rights indicated to the Government of Turkey pursuant to Rule 39 of the Rules of Court (interim measures) that it was desirable in the interests of the parties and the proper conduct of the proceedings before the Court not to extradite the applicants to Uzbekistan until the Court had had an opportunity to further

⁴⁰ *Čonka v. Belgium* (dec.), No. 51564/99, p. 25.

⁴¹ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2004-, Chamber judgment of 6 February 2003.

examine the application at its forthcoming session on 23 March 1999. On 19 March 1999, the Turkish Cabinet issued a decree for the applicants' extradition. On 23 March 1999, the Court decided to extend the interim measure until further notice. On 27 March 1999, the applicants were handed over to the Uzbek authorities.⁴²

The applicants complained that their lives would be at risk and that they would be in danger of being subjected to torture following their extradition, contrary to the provisions of Articles 2 (right to life) and 3 (prohibition of torture) of the European Convention on Human Rights.

They further submitted that they would not have a fair trial within the meaning of Article 6 of the Convention (right to a fair trial) in the criminal proceedings brought against them in their country of origin, and that they ran a serious risk of being sentenced to death and executed. They alleged that the judicial authorities were not independent of the executive.

In support of their allegations they cited the reports of international investigative bodies working in the field of human rights which had condemned the practice of torture and other forms of ill-treatment of political dissidents as well as the repressive policy of Uzbekistan's authorities towards them.

Emphasizing the fact that the applicants had been extradited, their representatives alleged that Turkey had failed to discharge its obligations under the Convention by not acting in accordance with the indications given by the Court under Rule 39 (interim measures) of its Rules of Court.

Furthermore, their representatives stated that they had had no news of the applicants since their extradition.

In a Chamber judgment, of 6 February 2003, the Court held, *inter alia*, by six votes to one⁴³ that there had, indeed, been a breach of Article 34 (individual applications) of the Convention because Turkey had not complied with the interim measures indicated by the Court.⁴⁴

A request by the Government of Turkey that the case be referred to the Grand Chamber was granted by the Court and the Grand Chamber, after holding a hearing on the merits of the case, adopted its judgment on 4 February 2005.⁴⁵

42 In a judgment of 28 June 1999, the High Court of the Republic of Uzbekistan had found the applicants guilty as charged and sentenced them to twenty and eleven years' imprisonment respectively.

43 See the Partly dissenting opinion by Judge Türmen.

44 For opposite opinions on this judgment, see K. Oellers-Frahm, "Verbindlichkeit einstweiliger Massnahmen: Der EGMR vollzieht -endlich- die erforderliche Wende in seiner Rechtsprechung", *EuGRZ*, 2003, 689-693; H. Tigroudja, "La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sous l'arrêt du 6 février 2003, Mamatkulov c. Turquie", 3 *RGDIP*, 2003, 601-633.

45 *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, 4 February 2005.

The Court was called upon to decide on the claim that the failure to comply with the Court's indication under Rule 39 amounted to a violation of Turkey's obligation under Article 34 of the Convention of not to hinder the effective exercise of the right of individual petition.

In its judgment the Grand Chamber found, by 14 votes to 3, that there had been a violation of Article 34 of the Convention, in that Turkey had failed to comply with its obligations not to hinder the effective exercise by the applicants of their right of individual application (which includes also the possibility of free communication with the Court). This was mostly due to the fact that their legal representatives had not been able to contact them since their extradition, which made it impossible for them to pursue the application effectively. In dealing with interim measures under Article 34 of the Convention, the Court adopted the line of reasoning previously elaborated by the European Commission of Human Rights and the joint dissent to the *Cruz Varas* ruling.

The time had clearly come for the European Court to make a decisive pronouncement on this issue in view of the fact that nearly 15 years had elapsed since the *Cruz Varas* judgment of the old Court. As this interpretation had been subject to extensive controversy in academic literature, the *Mamatkulov and Askarov* judgment was awaited with much interest.

It transpires from the judgment that the background against which the Court took this step was influenced by various factors. The first was the international situation prevalent in other international courts and tribunals in this respect and, in particular, in those dealing with the protection of human rights. Most of their constituent instruments or rules of procedure included provisions on interim measures.⁴⁶ Secondly, after the International Court of Justice, as the leading international jurisdiction, had stated in the *LaGrand* case not only that its orders under Article 41 of its Statute are "binding in character and create a legal obligation" but also – in substance – that binding provisional measures are crucial for the effective functioning of an international jurisdiction (see *supra*), one can well appreciate why the European Court was inclined to take the same direction.

Thirdly, and most importantly, the Court had been strengthened by the major changes reinforcing the protection machinery of the Convention brought about by Protocol No. 11. Under the new system, there was no need for a separate declaration by States accepting the right of individual

46 *Ibid.*, paras. 124, 40-53. For an increasingly large number of international bodies and courts, in particular in the field of human rights, which are, either in their constituent instruments or in the rules of procedure, empowered to indicate interim measures, see, Oellers-Frahm, *supra* (note 3), p. 1028; Oellers-Frahm, "Verbindlichkeit einstweiliger Massnahmen . . .", *supra* (note 44) 689, footnote 4.

application. Acceptance of the Court's competence to receive individual applications under Article 34 of the Convention is now mandatory upon ratification of the Convention. Thus, all States Parties to the Convention have explicitly and in advance accepted the jurisdiction of the ECHR for all individual applications. Furthermore, under the new system, the Court has competence to decide both the admissibility and the merits of a case while, previously, the Commission could examine only admissibility and not take binding decisions that a State had violated the Convention. These changes clearly had an impact also on the consideration of the Court as to its own interim measures.

The reasoning of the *Mamatkulov and Askarov* judgment reflects the idea that a State which freely accepts binding jurisdiction has to accept as equally binding all the steps that the court exercising jurisdiction considers necessary in order to reach its judgment. States Parties to the Human Rights Convention undertake various procedural obligations when ratifying the Convention and are thus obliged to refrain from any act or omission which has the consequence of hindering the effective exercise of the right of individual petition.⁴⁷ This means that the obligation is derived from Article 34 and interpreted in a general regulatory context which also includes Articles 1 (obligation to respect human rights) and 46 (binding force and execution of judgments) of the Convention, under which States Parties have undertaken to secure to those within their jurisdiction the rights guaranteed in the Convention as well as to abide by final judgments in cases to which they are parties.

To reach this conclusion the Court interpreted the object and purpose of the Convention as being the effective protection of human rights of every individual by binding decisions in accordance with Article 46. In the Court's own words

The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective, as part of the system of individual applications.⁴⁸

The purpose of the obligation not to hinder the effective exercise of the right of individual application, which is the centre of the human rights protection system under the Convention, is to enable individuals to present and pursue their complaints before the Court effectively. This includes not only

47 *Mamatkulov and Askarov* [GC], paras. 126, 128.

48 *Ibid.*, para. 101.

the lodging of an application but also the possibility of the Court to finally adjudicate the case and thus discharge the task of protecting human rights which has been entrusted to it.

Its case-law shows that the Court has principally made use of interim measures as a tool to save and protect human life. It proceeds mainly to indicate interim measures in cases where the applicants allege that they will be tortured or subjected to inhuman and degrading treatment or punishment if extradited or expelled to a particular country. Thus, they usually concern situations where an omission to take the indicated measure would amount to a violation of either the right to life under Article 2 or of Article 3 of the Convention. It is only exceptionally that the Court would indicate an interim measure if the extradition or expulsion allegedly only violates the respect for family life under Article 8 or other Convention rights.⁴⁹ It is clear that if in such cases deportation or extradition takes place before the Court is able to examine the merits of the case and to reach a decision, the very purpose and object of protecting the rights of the applicant could be destroyed if that action jeopardizes the life of the applicant. In such circumstances, the consideration of the case would no longer have any sense and the Court would be prevented from examining the case and protecting the applicant's rights.

That is exactly what happened in the present case: because there was non-compliance with the measure indicated by the Court under Rule 39, the Court lacked evidence due to the fact that the applicants' representatives had not been able to contact the applicants since their extradition, making it impossible for them to pursue the application effectively. This prevented the Court from following its normal procedure⁵⁰ and it thus had to assess Turkey's responsibility solely with reference to the situation existing at the time of the applicants' extradition to Uzbekistan. However, it was prevented from assessing whether a real risk existed in the manner it considered appropriate in the circumstances of the case.⁵¹ Thus the question of compliance with Article 34 became the central point of the case.

Further, the Court referred to general principles of international law and the opinions contained in a number of recent decisions of international courts and institutions⁵² and then drew from them, important conclusions for

49 *Mamatkulov and Askarov* [GC], paras. 103-107; N. Bratza, M. O'Boyle, "The Legacy of the Commission to the new Court under Protocol No. 11", in: M. de Salvia, M.E. Villiger (eds.), *The Birth of European Human Rights, Liber Amicorum Carl Aage Norgaard* (Baden-Baden, Nomos, 1998), pp. 387-390; Norgaard, Krüger, *supra* (note 14), pp. 112-114.

50 *Ibid.*, para 75.

51 *Ibid.*, para. 77.

52 *Ibid.*, para. 110 and ff.

its own reasoning. All of them underlined the importance and purpose of interim measures that are necessary for preserving the respective rights of the parties to a dispute and thus preventing these institutions from being hampered in carrying out their mission. Otherwise they would be impeded from functioning.

The Court also used the occasion when sitting as a Grand Chamber and the powers it enjoys in this respect, to effect a change of jurisprudence. It first explained that the *Cruz Varas* judgment had dealt only with the powers of the Commission to indicate interim measures and not with those of the Court.⁵³ It then proceeded to explicitly overrule the Chamber decision in the *Čonka* case, this being the only statement on interim measures to apply to the Court itself.⁵⁴ To do so, the Court applied the formula it used in similar circumstances when departing from its previous case-law.⁵⁵ The Court thus made use of its approach to the Convention as a living instrument requiring interpretation in the light of present-day conditions, maintaining the dynamic and evolutive character of the Convention. As one of the most important principles of interpretation of the Convention, the doctrine of evolutive interpretation had to be applied with regard to the ordinary meaning of its terms in their proper context and in the light of its object and purpose. The Court, thus once again, reaffirmed the principle which it considers to be of extreme importance for adapting the Convention to changing circumstances and which has been used on numerous occasions to justify interpretation capable of broadening the Convention guarantees.⁵⁶

However, contrary to some expectations, the Court did not directly state that interim measures are obligatory and have a binding character. This additional step was left open for yet another judgment. Such conclusion, however, follows from the whole text, from references to general rules of international law and decisions of other international bodies and, in particular, from the reference, as already noted, to the binding nature of the Court's judgments under Article 46, by which parties have undertaken to abide by judgments of the Court. This "omission", even if it does not leave any doubt as to the Court's intention, derives from the absence of a treaty

53 *Ibid.*, para. 118.

54 *Ibid.*, para. 120.

55 *Ibid.*, para. 121 and ff. See for instance *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, para. 74, ECHR 2002-VI.

56 On the evolutive interpretation of the Convention, see S.C. Prebensen, "Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights", in: P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssda*, (Köln, Heymanns, 2000), pp. 1123-1124; P. Mahoney, "The European Convention on Human Rights as a Living Instrument", Paper delivered at a colloquy on "The European Convention on Human Rights and Turkey", held in Istanbul on 16-19 May 2004. Text to be published in the *BDH*, Nos. 11-12, 2005.

provision on interim measures in the Convention. The Court was in a different position from that of the ICJ in the *LaGrand* case. In the circumstances, it interpreted Article 34 of its constitutive treaty in accordance with Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Thus, the *de facto* binding force of interim measures could be derived from the principle of effectiveness of the protection of the Convention rights and of the right of individual application, as well as from the undertaking not to hinder in any way the effective exercise of this right. The question for the Court was not whether Article 34 contained an implicit obligation to obey indications of interim measures but, rather, whether there was an obligation on a State Party under Article 34 not to render ineffective the exercise of the right to application by both expelling the applicant from the jurisdiction of the Court and by putting his life in a potentially harmful situation.

The general conclusion that a failure by States Parties to comply with interim measures amounts to a violation of Article 34 of the Convention clearly goes beyond the facts of the present case.⁵⁷ What is important is that the scope of that conclusion (general application) and the duty to refrain from any action that may hinder the effective exercise of the right to an individual application are clearly spelled out. In addition, there is also an express finding that a breach of that obligation is to be regarded as a violation of Article 34 of the Convention in that it has the effect of preventing the Court from successfully examining the complaint and as hindering the effective exercise of an applicant's right.⁵⁸

What, however, the Court did not expressly include were inter-State cases. Despite the fact that Article 34 applies to individual applications, it would seem difficult to argue that the situation would be different in inter-State cases and that in order for such applications to be effective, different rules would be needed. Yet the matter was left open for another day!

In their joint opinion, dissenting as to the violation of Article 34, Judges Caflisch, Türmen and Kovler stated that the judgment was ambiguous about the binding effect of interim measures indicated by the Court, as there was no direct reference to their legal consequences. Such a conclusion could only be deduced from the interpretation of Article 34 of the Convention. In their opinion, however, Article 34 could not serve as a basis for holding that such measures were binding upon States Parties. They considered that the Court had – by way of interpretation – written new rules into the Convention, which amounted to exercising a legislative function as no provision on interim measures could be found in the Convention. Neither the provision enabling the Court to adopt its rules of procedure “nor Article 34, instituting

57 This was precisely the reason for the Concurring opinion of Judge Cabral Baretto.

58 *Mamatkulov and Askarov* [GC], para. 128.

the right of individual application, is sufficiently connected to the issue under consideration to fill a “gap” in the Convention by instituting *binding* interim measures *ex nihilo*, thereby imposing on the States Parties to the Convention an obligation without their consent.”⁵⁹ The dissenting opinion then continued to analyse the Convention in accordance with the rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Taking into account the text of the treaty, its teleological interpretation, the subsequent practice of the Contracting Parties, the preparatory work and the relevant rules of international law, it came to the conclusion that such an interpretation did not support the conclusions drawn by the Court. The joint dissenting opinion thus affirmed that “to conclude that [the] Court is empowered, *de lege lata*, to issue binding provisional measures is *ultra vires*”.⁶⁰

4 CONCLUSIONS

a) It might have made things clearer had an explicit provision on interim measures existed in the Convention and, had it been so, the European Court might have determined the legal effects of its interim measures at an earlier date. In any event, in the present situation it was most important for ensuring the effective protection of human rights that the Court clarified its position on that issue.⁶¹ The *Mamatkulov and Askarov* judgment therefore filled an important gap.

In fact States Parties to the Convention know very well that the practice under Rule 39 is rather restrictive⁶² and that the Court makes use of the possibility to indicate interim measures with much caution. This approach will certainly not change in the future. Only about 20 percent of applications for interim measures have so far been accepted by the new Court and out of this 20 percent, a further 55 percent was subsequently struck out as inadmissible.⁶³

59 Joint partly dissenting opinion, para. 11, *Mamatkulov and Askarov* [GC], p. 53.

60 *Ibid.*, para. 25, p. 58.

61 C. Brown, “Strasbourg follows suit on provisional measures”, *Cambridge Law Journal*, 2003, 532.

62 See for instance, J. Callewaert, “La Cour européenne des droits de l’homme et l’urgence”, *RTDH*, 1994, 399-401; Krüger, “Vorläufige Massnahmen . . .”, *supra* (note 31) p. 346.

63 A powerful impact of these measures on the outcome of the cases is to be noted also as regarding the fact that about 33% of these cases are subsequently resolved by finding a friendly settlement. This is the case because States very often after the indication of an interim measure, take a proactive approach revoking the domestic decisions or issuing a residence permit, etc. Information obtained at the ECHR’s Registry.

By establishing the most effective international system for the protection of human rights in the world, States Parties to the European Convention have also established special bonds of confidence with the Court. They have accepted the jurisdiction of the Court, as well as the obligations to abide by the Court's final judgments. It is thus to be expected that interim measures will also be complied with, in accordance with international law. Their violation must therefore be viewed, and dealt with, by the Committee of Ministers with great concern.

b) It is interesting to note that both the International Court of Justice and the European Court of Human Rights, the two international jurisdictions whose powers to indicate interim measures have for years elicited controversy, have recently arrived at the same conclusion, albeit relying on different legal provisions.

In its analysis, the ICJ clearly resorted to the rules on interpretation of treaties of the Vienna Convention on the Law of Treaties in order to interpret its Statute. The latter contains an express provision on provisional measures and the ICJ stated that its orders under Article 41 of the Statute are "binding in character and create a legal obligation". However, this did not prevent it from stating at the same time – in substance – that binding provisional measures are crucial for the effective functioning of an international jurisdiction.

The ECHR, not being in a situation to directly interpret the notion of interim measures not contained in the Convention, but only in the Rules of Court, arrived at the same conclusion as well. This was done by an autonomous interpretation of the provision of the Convention crucial for the effective exercise of the right of individual application and, thus, for the effectiveness of its control machinery.

In both cases, therefore, one cannot but have the impression that the courts while interpreting the treaty at hand, were also using the power to take binding interim measures as part of their granted or inherent jurisdiction without which any international jurisdiction would be devoid of its purpose and find itself without the tools it needs to render effective its object.

c) It might, therefore, be considered that both the *LaGrand* and the *Mamatkulov* judgments, by using a pragmatic approach, will largely contribute to clarify a long-standing theoretical controversy over the legal effects of interim measures in international jurisdictions. These respective contributions will and should not, of course, end the doctrinal discussion, but they should bring to a close, judicial uncertainty that has persisted for too long. More importantly, with regard to the European Court of Human Rights, this step should have an important impact on strengthening the effectiveness of human rights protection in Europe.

In the present international community the proliferation of international dispute settlement mechanisms is unprecedented and the number of cases is rising on a daily basis. In this context, the above judgments should also be viewed as a most valuable contribution to the further strengthening of the role of the international judiciary and of the impact it should have on the development of a democratic world.

1 April 2005

THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

*Mark E. Villiger**

1 INTRODUCTION

To Jacques Delors, former President of the European Commission, is attributed the anecdote that he would provide a financial reward to the person who would definitively explain to him the principle of subsidiarity on one page.¹ The subject has indeed occupied many authors and also plays an important part in the case-law of the European Court of Human Rights (henceforth: the Court).²

The principle of subsidiarity implies that in a community it falls, in the first place, on the smaller and lower social units to assume the responsibility for functions of the society. The larger and higher social units should only take over insofar as the smaller units are unable to do so.³ Emerging

* Judge, European Court of Human Rights. The views expressed are those of the author. This article is based on the author's *Handbuch der EMRK*, 2nd ed. (Zürich, Schulthess, 1999).

1 The anecdote is mentioned by W. Brucks, "Subsidiarität. Definition und Konkretisierung eines gesellschaftlichen Strukturprinzips", *Sociology in Switzerland*, 1997, consulted on 13 April 2005 at http://socio.ch/demo/t_wbrucks.htm.

2 See on the subject also R. Toma, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme. Activisme et retenue judiciaires* (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003); H. Petzold, "The Convention and the Principle of Subsidiarity", in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. 41-62; P. Mahoney, "Universality v. Subsidiarity in the Strasbourg Case-Law on Free Speech. Explaining Some Recent Judgments", *EHRLR*, 1997, 364-379; P.G. Carozza, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", 97 *AJIL*, 2003, 38-79.

3 Petzold, *supra* (note 3), p. 41. In fact, the principle appears inherent in human society. See already in the Old Testament, *Exodus* 18, 21-22: "Moreover thou shalt provide out of all the people able men . . . and place such over them, to be rulers of thousands, and rulers of

as a principle of organisation of the Calvinist Church in the 16th century, it has also provided the basis for the social doctrine of the Catholic Church.⁴ The principle now plays an important role in the constitutional law, *inter alia* of federal States,⁵ and has become of central importance to the European Union.⁶ In public international law, it has played a less pronounced role, since international organisation has traditionally striven towards centralisation.⁷ Recently, the International Criminal Court has also embodied subsidiarity in its Statute.⁸

The present article provides a necessarily brief sketch of various aspects of the principle, its structure and justification therefor, seen from the point of view of the guarantees and procedures of the European Convention on Human Rights (henceforth: the Convention). It is dedicated to Judge Caflisch who, in his judicial activities has consistently emphasised a due margin of appreciation falling to States.⁹ These considerations do not intend to be exhaustive, and additional aspects of the principle await further exploration.¹⁰

2 BASIS FOR THE PRINCIPLE (ARTICLE 1 OF THE CONVENTION)

The basis for the principle of subsidiarity can be found in Article 1 of the Convention which provides at the outset: “The High Contracting Parties

hundreds, rulers of fifties, and rulers of tens. And . . . it shall be, that every great matter they shall bring unto thee, but every small matter they shall judge: so shall it be easier for thyself, and they shall bear the burden with thee.”

4 Petzold, *supra* (note 3), pp. 41-42.

5 See, *inter alia*, Art. 42 § 2 of the *Swiss Federal Constitution*: “[La Confédération] assume les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme.”

6 See Art. 3b § 2 of the *Treaty establishing the European Community*: “In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community. For a short bibliography on the vast literature see, for instance, S. Breitenmoser, *Praxis des Europarechts* (Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996), pp. 165-169.

7 For instance, G. Malinverni, “L’indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant”, 117 *ZSR*, No. 2, 1998, 93, writes of “[I]a centralisation dictée par le droit international”.

8 See Article 1 of the 1998 *Rome Statute of the ICC*, according to which that court “shall be complementary to national criminal jurisdictions.”

9 See, *inter alia*, his partly concurring and partly dissenting opinion (joined by Judge Pantiru) in the case of *Chassagnou and Others v. France*, judgment of 29 April 1999, No. 25088/94 etc., ECHR 1999-III; his dissenting opinion (joined by Judge Pastor Ridruejo) in the case of *Nikula v. Finland*, judgment of 21 March 2000, No. 31611/96, ECHR 2002-II; his dissenting opinion (together with Judges Küris and Ress) in the Case of *Jakupovic v. Austria*, judgment of 6 February 2003, No. 36757/97, ECHR 2003.

10 To mention but one additional issue: the Convention never intended to be exhaustive and

shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.” This provision emphasises that the protection of human rights shall occur, above all, within the domestic sphere. It is primarily up to the States to guarantee and implement the rights enshrined in the Convention in respect of all individuals within their jurisdiction. They shall do so at all levels of government, from the subordinate bodies (police, prison wardens, district courts etc.) up to the higher and highest authorities (parliament, government, constitutional court).¹¹ The function of the Convention remains to provide a *European minimal standard*.¹² The latter can be raised to the extent that States themselves unify and further develop the domestic protection of human rights.¹³

3 EXAMPLES OF SUBSIDIARITY IN THE CONVENTION

A. *Exhaustion of Domestic Remedies (Article 35 § 1 of the Convention)*

A first and important indication of subsidiarity can be found in the necessity to exhaust domestic remedies. According to Article 35 § 1 of the Convention, “the Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law”. The rule is well established in international law and actually goes back to the institution of diplomatic protection whereby a State wishes to

include *all* basic human rights (see the Convention’s last preambular paragraph cited at the end of this article). Only some are mentioned, and other human rights exist *praeter conventionem* some of which have meanwhile been codified in various additional Protocols to the Convention. This system provides for European integration *à différentes vitesses*.

- 11 *Ireland v. United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, pp. 90-91, § 239.
- 12 See *Handyside v. United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, § 48: “the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights . . . The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines.”
- 13 See *Petrovic v. Austria*, judgment of 28 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 588, §§ 39-40: “[i]t is clear that at the material time, that is at the end of the 1980s, there was no common standard in this field [i.e.,] as the majority of the Contracting States did not provide for parental leave allowances to be paid to fathers. . . . The idea of the State giving financial assistance to the mother or the father, at the couple’s option, so that the parent concerned can stay at home to look after the children is relatively recent. Originally, welfare measures of this sort . . . were primarily intended to protect mothers and to enable them to look after very young children. . . . There still remains a great disparity between the legal systems of the Contracting States in this field. While measures to give fathers an entitlement to parental leave have now been taken by a large number of States, the same is not true of the parental leave allowance, which only a very few States grant to fathers.”

protect the rights of its citizens in another country: the State must first raise the matter before the courts of that country before undertaking other means of representation.

Under the Convention, the requirement of the exhaustion of domestic remedies attributes to the State's domestic authorities the duty first to deal with, and if possible remedy, alleged human rights violations before they are brought before the Strasbourg Court.¹⁴

In order to ensure that States effectively have the possibility of remedying such violations, the rule has two dimensions. Its *vertical* dimension requires that an applicant must have submitted his or her case to all competent authorities, from the first to the last (highest) instance. All the authorities that are in a position to deal with the complaint, i.e., to examine it and to afford redress, either by annulling the alleged violation or at least by declaring its unlawfulness and, possibly, by awarding compensation must be addressed. The *horizontal* dimension requires that the applicant will employ the remedy correctly, in particular as to form and time-limits at every level of jurisdiction. Only then will domestic courts effectively be in a position to entertain the complaint and, if necessary, to remedy the alleged human rights violation.

A corrective may be mentioned in this context, and the principle of subsidiarity should not be taken too far. In particular, the requirement of the exhaustion of domestic remedies also implies commitments for a State. The wording of Article 35 § 1 presupposes *existing* domestic remedies within a State. This coincides with States' obligations under Article 1 of the Convention to ensure the application of the Convention guarantees in daily practice, and to provide for remedies in case of violation. As a result, the domestic remedies-rule effectively requires a State to introduce judicial or administrative authorities called upon to deal with complaints by individuals about breaches of Convention rights. A confirmation for this positive obligation can be found, for instance, in Article 13 of the Convention which requires States to provide for an effective remedy to complain about a breach of any of the Convention's guarantees.¹⁵

14 The rule of the exhaustion of domestic remedies has the additional important filtering function of preventing the Strasbourg Court (even more) from being flooded with cases. See *Riccardi Pizzati v. Italy*, judgment of 10 November 2004, No. 62361/00, § 26, ECHR 2004: "the existence of a domestic remedy is in full keeping with the subsidiarity principle embodied in the Convention"; see on the subject also Toma (note 3) pp. 135-174.

15 See *Z. and Others v. the United Kingdom*, judgment of 10 May 2001, No. 29392/95, § 103, ECHR 2001-V, for the link between Articles 1 and 13 of the Convention.

B. “Fourth instance” Doctrine (Article 6 of the Convention)

Article 6 of the Convention calls upon the Court to examine the fairness of civil and criminal proceedings. This guarantee has its limits in that the Court will not – or only exceptionally – look at the *outcome* of domestic court proceedings. In *criminal* cases, it will not consider whether or not a person is guilty. In *civil* cases, it will not examine whether the result is “correct”, i.e., whether a contract was correctly interpreted; whether or not a divorce should have been pronounced; or how a deceased person’s estate should have been divided. All these issues fall within the ambit of the domestic authorities, and the Court will deal with them only if the result is clearly arbitrary.¹⁶

The Court shuns these so-called “fourth instance” functions. It does not regard itself as a further domestic court which is called upon to examine the facts and legal issues of the case – there should have been up to three such domestic instances called upon to deal with the case before it has reached Strasbourg. The Court has the special and far narrower jurisdiction of examining, on a subsidiary basis, any alleged violations of the Convention.

Thus, Article 6 protects the proceedings, not their result. The hypothesis is that if the proceedings are fair in their entirety, the result will necessarily be “correct” and therefore it will also be fair.

C. Admissibility and Taking of Evidence (Article 6 § 3[d] of the Convention)

Another procedural area that is left to some degree to the domestic authorities is the admissibility and taking of evidence (Article 6 § 3[d] of the Convention). The starting point is the consideration that the Court will examine the fairness of the proceedings as a whole, not with respect to one particular aspect only. On a level further, the distinction must be made between cases where the Court will examine a matter fully, and others where it will only examine arbitrariness.

Clearly, in criminal cases, an accused must be able to put questions to any incriminating witness and shall, moreover, be confronted with such persons in order to be directly able to challenge their statements. The accused must also be able to comment on all incriminating evidence. Similarly, in

16 See *Schenk v. Switzerland*, judgment of 24 June 1988, Series A no. 140, p. 29, § 45: “it is not [the Court’s] function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention.”

civil cases, the parties must be afforded an opportunity to comment on any topical evidence adduced in their case.

Apart from these essentials, the domestic authorities enjoy some freedom in matters of evidence. In particular, they have a margin of appreciation in deciding whether or not to grant the request of a party to the proceedings to have certain witnesses heard or one or more items of evidence brought before the court. Moreover, domestic courts have considerable leeway in deciding how to assess the evidence before them.¹⁷

D. *“Lawfulness” of a Measure (Articles 5, 7 and 8-11 of the Convention)*

The Convention requires in various provisions the “lawfulness” of an interference with the guarantee in question, i.e., the interference must comply with all domestic legal requirements. For instance, Article 5 § 1 of the Convention, enumerates the conditions for the deprivation of freedom, it requires in each case that detention shall be “lawful” under domestic law. Article 7 requires a law for the punishment of every offence (*nulla poena sine lege*). Articles 8-11 of the Convention stipulate in their paras. 2 that any interference with the rights enshrined therein must be “in accordance with the law” (Article 8) or “prescribed by law” (Articles 9-11). Thus, the Convention reminds the domestic authorities that any interference with these rights must comply with their own legal standards, thereby emphasising the cardinal principle of the *état de droit*, namely that the conduct of all State authorities must be lawful.

The principle of subsidiarity plays a role in two respects. On the one hand, the principle of lawfulness neatly demonstrates that the Convention never intended to regulate the entire conduct of the domestic authorities. Rather, it is primarily for the State itself to regulate its authorities’ conduct by enacting its own laws and by ensuring that the authorities comply with domestic law.

On the other hand, the Court is cautious when examining whether or not domestic authorities have correctly appreciated their own legal obligations.

17 See *Barbera and others v. Spain*, judgment of 27 October 1988, Series A no. 146, p. 31, § 68: “[a]s a general rule, it is for the national courts, and in particular the court of first instance, to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which the accused seeks to adduce . . . The Court must, however, determine . . . whether the proceedings considered as a whole, including the way in which prosecution and defence evidence was taken, were fair as required by Article 6 § 1”; *Garcia Ruiz v. Spain*, judgment of 21 January 1999, No. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I: “Article 6 of the Convention . . . does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts.”

The manner in which domestic law should be interpreted, or applied, falls primarily on the national courts.¹⁸ The exception is, as always, arbitrariness. For instance, the Court will avoid interfering with an internal debate as to the correct meaning of a particular domestic legal provision. Similarly, it is difficult to imagine the Court going against the legal interpretation of a domestic law by a Constitutional or Supreme Court, particularly where the latter refers to its own constant case-law.

Again, here the principle of subsidiarity is accompanied by checks and balances of which two may be noteworthy. First, the principle of subsidiarity only holds good where domestic courts have actually dealt with a person's complaint as to the unlawfulness of the interference. Where domestic courts have not, or only superficially, dealt with such a complaint, the Court will enjoy more leeway in assessing the lawfulness of the measure. Second, the lawfulness of these interferences again entails the obligation that States must actually set up a legal order governing the conditions for these interferences, for instance, by enacting a Criminal Code and a Code of Criminal Procedure.

E. Margin of Appreciation (Paras. 2 of Articles 8-11 of the Convention)

An important aspect of the subsidiarity of the Convention is the margin of appreciation left to domestic authorities enshrined in paras. 2 of Articles 8-11.¹⁹ In particular for the examination of the proportionality (“necessity”) of a measure, the Court has created the doctrine of the “margin of appreciation”, leaving domestic authorities a fluctuating, i.e., more or less large area where they themselves may determine whether or not an interference is called for.

The notion of margin of appreciation originally derives from national administrative law. In most systems, a distinction is made between a full

18 See *Benham v. United Kingdom*, judgment of 24 May 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, p. 753, § 41: “[i]t is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law. However, since under Article 5 § 1 failure to comply with domestic law entails a breach of the Convention, it follows that the Court can and should exercise a certain power to review whether this law has been complied with”; *Winterwerp v. Netherlands*, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, p. 20, § 46: “the logic of the system of safeguard established by the Convention sets limits upon the scope of this review. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law, even in those fields where the Convention ‘incorporates’ the rules of that law: the national authorities are, in the nature of things, particularly qualified to settle the issues arising in this connection.”

19 Petzold, *supra* (note 3), pp. 55-59. See on the subject also R.St.J. MacDonald, “The Margin of Appreciation”, in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. 83-124.

review of administrative decisions interpreting undefined terms of law, and a limited review of decisions taken in the exercise of a discretion allowed by law. In the latter case, all that is reviewed is whether discretion was excessive and whether it was exercised in accordance with the law.

At the Convention level, when examining the proportionality of an interference with a protected right, it is for the domestic authorities to assess whether or not an interference is necessary, and how far it shall reach. The Court's task is to determine whether the measures taken at domestic level were proportionate and justified in principle. In all cases, the Court exercises a "European supervision" and will issue the final ruling.²⁰

The margin of appreciation is all the more called for when the Court is confronted in paras. 2 of Articles 8-11 with the vague and general notion "necessary in a democratic society" which can only be translated into a concrete, normative meaning by employing a value judgment, in particular that of appreciation. Each case must, therefore, be appreciated on its own merits.

Interestingly, authors examining this subject often deplore the lack of a general theory as to the margin of appreciation.²¹ Certainly, the Court has shied away from this since much depends on the specific facts of a particular case.

F. *Prohibition of Discrimination (Article 14 of the Convention)*

Article 14 of the Convention is formulated in such a manner that its subsidiary nature becomes clear immediately. Thus, there is no general prohi-

20 See *Jacobowski v. Germany*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 291-A, p. 14, § 26: "[t]he Court has consistently held that a certain margin of appreciation is to be left to the Contracting States in assessing whether and to what extent an interference is necessary, but this margin goes hand in hand with European supervision covering both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court"; *Sunday Times (no. 2) v. United Kingdom*, judgment of 24 October 1991, Series A n. 217, § 50(c): "[t]he Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision, embracing both the law and the decisions applying it, even those given by independent courts. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a 'restriction' is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10"; *Handyside v. United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, § 48: "it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them."

21 See the literature cited in Villiger, *supra* (note 1), pp. 350-351, note 31.

bition of discrimination under the Convention (this has now been enshrined in Protocol no. 12 to the Convention), only in respect of rights that are otherwise guaranteed by the Convention. Article 14 does not concern itself with, for instance, discrimination in employment or salaries, since there is no right to employment or to a particular salary under the Convention.

In addition, the Court will restrain itself when examining alleged instances of discrimination. The criteria established in Strasbourg case-law include, *inter alia*, whether there is an “objective and reasonable justification” for the discrimination at issue and, if so, whether the discrimination is “reasonably proportionate”. Of course, the proportionality test leaves a margin of appreciation to the domestic authorities again.²²

G. *Implementation of Judgments of the Court*

A final example of the principle of subsidiarity under the Convention concerns the manner in which the Court’s judgments are implemented within the domestic legal order. If a judgment finds a State to be in violation of the Convention, the Court cannot annul the domestic act concerned, and only to a limited extent will it determine how the State should change its domestic legislation.²³ The judgments are of a declaratory nature only: they will declare whether or not a State has breached its obligations under the Convention.

The main obligation falling upon States derives from Article 46 § 1 of the Convention, namely that Convention States “undertake to abide by the final judgment of the court in any case to which they are parties.” In other

22 See *Petrovic v. Austria*, judgment of 28 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-II, pp. 587-588, § 38: “the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States.”

23 These are more recent developments. See, for instance, ECHR, *Gençel v. Turkey*, No. 53431/99, judgment of 23 October 2003, § 27, ECHR 2003: “[I]orsque la Cour conclut que la condamnation d’un requérant a été prononcée par un tribunal qui n’était pas indépendant et impartial au sens de l’article 6 § 1, elle estime qu’en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejurer le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial”; *Broniowski v. Poland*, no. 31443/96, judgment of 22 June 2004, ECHR 2004: “[a]lthough it is in principle not for the Court to determine what remedial measures may be appropriate to satisfy the respondent State’s obligations under Article 46 of the Convention, in view of the systemic situation which it has identified, the Court would observe that general measures at national level are undoubtedly called for in execution of the present judgment . . . Above all, the measures adopted must be such as to remedy the systemic defect underlying the Court’s finding of a violation so as not to overburden the Convention system with large numbers of applications deriving from the same cause.”

words, the judgment is *binding* on the State party concerned. Article 46 § 2 complements this obligation by providing that the Committee of Ministers of the Council of Europe shall supervise the execution of the judgment. According to Article 41, the Court may also award compensation for pecuniary and non-pecuniary (immaterial) damage.

Thus, if the Court finds a Convention violation in respect of a particular State, the latter enjoys a certain margin of appreciation: while it knows that it must implement a particular judgment, it is, in principle, free in the means as to *how* to do so.²⁴ There are various possibilities: will it be necessary to enact a new statute, or revise an existing law? Should the judicial interpretation of a particular legal provision be changed? Are structural changes in the administration (e.g., of the Public Prosecutor's Office) called for? Should a new remedy, a new action be introduced? Should instructions be issued to prison staff, to teachers, to the police? Indeed, implementation may raise particularly complex difficulties, for instance in States where courts are completely overburdened and yet are nevertheless called upon to conduct judicial proceedings within a reasonable time according to Article 6 § 1 of the Convention.

The Committee of Ministers, which examines compliance with these obligations, has limited powers. Other than requesting the State to provide further information as to implementation of a particular judgment, it has no means of enforcement at its disposal, except of course expelling the State from the Council of Europe.

There is a particular reason why the Convention places such emphasis on subsidiarity in the context of the implementation of these judgments. Convention States have different written and unwritten constitutional systems and traditions and encounter varying difficulties when implementing international decisions. One and the same judgment may mean different things to different States. For instance, the judiciary and the administration may have different roles to play. There are also varying relations between international and domestic law. Finally, federal States are confronted with the particular problem of a separation of powers on various levels.

24 See *Norris v. Ireland*, judgment of 26 October 1988, Series A no. 142, p. 22, § 50: "the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case . . . since the violation found stems directly from the contested provisions . . . It will be for Ireland to take the necessary measures in its domestic provisions to ensure the performance of its obligation under Article [46]"; *Clooth v. Belgium (Art. 50)*, judgment of 5 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 491, § 14: "[t]he Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has found a breach. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attaching to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed."

Here, reference may be made to the 14th Protocol to the Convention (not yet in force) which will, in the future, provide an additional corrective. It authorises the Committee of Ministers to refer a judgment back to the Court if its supervision is hindered by a problem of interpretation of the judgment. Even more importantly, it may refer the question of whether a State has failed to fulfil its obligation under Article 46 § 1 to abide by the judgment to the Court. If in this situation, the Court finds a violation of Article 46 § 1, it can refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken (revised Article 46).

3 COUNTERBALANCES: RELEVANCE OF HIGHER DOMESTIC STANDARDS (ARTICLE 53 OF THE CONVENTION)

Subsidiarity goes hand in hand with certain counterbalances some of which have already been pointed out. For instance, Article 35 § 1 presupposes existing domestic remedies within a State, and Article 13 accordingly requires States to provide for an effective remedy for complaints about a breach of any of the Convention organs.²⁵ Equally, when examining the “lawfulness” of an interference, for instance under paras. 2 of Articles 8-11, the Court will have more leeway when domestic courts have not, or only superficially, examined the respective complaint.²⁶ The 14th Protocol, once in force, will enable the Court to examine whether a State has complied with its obligations to abide by the Court’s judgments.²⁷

A further corrective can be found in Article 53 of the Convention.²⁸ According to this provision, if a State has a higher standard of the protection of human rights in its legislation, it may not employ the lower standards of the Convention to invalidate its own higher standards. In other words, regardless of subsidiarity, the Convention ensures that the highest human rights standards shall prevail, be these in the Convention or in the domestic law.

25 See above B.1.

26 See above B.4.

27 See above B.7.

28 According to Article 53, “[n]othing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party.” See *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I 17, § 28: “the Convention reinforces, in accordance with the principle of subsidiarity, the protection afforded at national level, but never limits it (Article [53]).”

4 REASONS FOR SUBSIDIARITY

Various grounds can be adduced which, it is believed, may explain why the Convention has enshrined the principle of subsidiarity in its many facets.

A. *Human Rights in International Law: a Comparatively Novel Area*

Human Rights in international law is a comparatively novel area. Indeed, international human rights law is perhaps the most important example of modern international law directly concerning individuals. Traditionally, international law was based on relations between sovereign States and only seldom involved individuals or domestic courts. International human rights protection does not fit into this traditional picture as it overcomes the notion that a State's sovereignty will prevent other instances – e.g., international bodies – from examining the relations between a State's authorities and its citizens.

Viewed from this angle, it is not surprising that European States, when adopting the Convention in 1950, trod in this novel area of international law carefully and ensured that primarily the States themselves and only subsidiarily the Strasbourg Court should be concerned with the protection of their citizens.

B. *Practical Reasons*

Instances of the principle of subsidiarity, such as the rule of the exhaustion of domestic remedies or the “fourth instance”-rule can be explained by the eminently practical reason that domestic authorities are, in principle, best qualified to deal with matters falling within their jurisdiction. They are “closest” to the case at issue and directly confronted with the facts, thus putting them *a priori* in a better position to decide the outcome of the case.

C. *Cultural Relativism*

In respect of many Convention rights, a cultural relativism appears downright unacceptable. The prohibition of torture or inhuman and degrading treatment, for instance, cannot be made dependent on a particular culture. Indeed, the intention of the drafters of the Convention was, in fact, to protect the variety of values shared by the Convention States as well as underlying their various legal systems.

Nevertheless, it cannot be denied that apart from these common standards, important differences exist among the Convention States. For instance, from the legal point of view, we can distinguish between common and civil law,

and unitary and federal States. Until recently, the status of the Convention itself differed among the States, some having incorporated it into their domestic law, others not. Morals may starkly differ from one country to another. Various religions are represented by the Convention States, and the history of religious wars in Europe teaches us not to underestimate the differences among the various beliefs.

The principle of subsidiarity – in particular the margin of appreciation when examining paras. 2 of Articles 8-11 – is designed to take these legal, political, cultural, moral and religious differences into account.²⁹

D. *European Convention Derived from Domestic Rights*

The European Convention is derived from various national human rights instruments. While Europe has been familiar with human rights since the Magna Charta of 1215, the roots and sources of modern international human rights protection lie in domestic declarations, in particular the French and the American Declarations of Human Rights, and the numerous European constitutions of the 19th century which for the first time enshrined the liberties of citizens. The Convention has drawn inspiration from the “common law” constituted by the general body of the national laws of the European States. The Convention has been created to safeguard these domestic rights and to ensure their protection, and slowly to extend and to raise them, but certainly not to enter into competition with the domestic systems, let alone invalidate them.

E. *Convention's Impact on Domestic Legal System and Domestic Authorities*

The Convention has had a considerable impact on domestic legal systems. Virtually all Convention States today, the Convention constitutes, or is at least

29 See *Otto-Preminger-Institute v. Austria* case, judgment of 23 August 1994, Series A no. 295-A, § 56: “[t]he Court cannot disregard the fact that the Roman Catholic religion is the religion of the overwhelming majority of Tyroleans. In seizing the film, the Austrian authorities acted to ensure religious peace in that region and to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner. It is in the first place for the national authorities, who are better placed than the international judge, to assess the need for such a measure in the light of the situation obtaining locally at a given time”; also *Müller v. Switzerland*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133, pp. 22-23, § 36: “[t]he Court recognises, as did the Swiss courts, that conceptions of sexual morality have changed in recent years. Nevertheless, having inspected the original paintings, the Court does not find unreasonable the view taken by the Swiss courts that [the paintings at issue], with their emphasis on sexuality in some of its crudest forms, were ‘liable grossly to offend the sense of sexual propriety of persons of ordinary sensitivity’.” On the subject also P. Mahoney, “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, 19 *HRLJ*, 1998, 1-6.

treated as, national law. Indeed, throughout Europe today the Convention rights are directly applicable to citizens. The Convention rights can thus be invoked directly before any State authority: before courts, administrations, teachers and prison officers, parliaments and ministers. In such a situation it would appear inconceivable that subsidiarity should not be one of the guiding principles of interpretation and application of the Convention.

F. Court's Impact on Domestic Authorities

The Court's judgments have had a considerable impact on domestic authorities as well. The Strasbourg enforcement mechanism makes the European system very special in international human rights law. The Court's judgments are binding on States. Real enforcement brings about real intrusion, particularly in the domain of the national authorities.

In 1950, States, by introducing the Strasbourg complaints system, permitted, for the first time, private individuals to be placed on the same level as the State authorities themselves against whom they are filing complaints. Without doubt, the principle of subsidiarity can be seen as a concession, even as a price, to be paid for national sovereignty.

5 CONCLUSIONS

The above discussion of the various facets of subsidiarity within the framework of the Convention should not lead to the impression that the Convention guarantees are tantamount to subsidiarity. There are indeed many areas where the Court will strictly control compliance with the Convention, for instance the prohibition of ill-treatment and torture (Article 3) or the deprivation of liberty (Article 5 of the Convention). The Court has also developed "autonomous" interpretations of various Convention terms, for instance the notion of "civil rights and obligations" in Article 6 § 1. It has, furthermore, been pointed out that the principle of subsidiarity does not, in fact, water down protection offered by Convention guarantees. For instance, the less the domestic courts explain the proportionality of an interference, the more freedom the Court may enjoy to examine the matter. Indeed, the principle of subsidiarity enshrined in Article 1 of the Convention implies the obligation that States implement all necessary measures to protect human rights.

However, the principle of subsidiarity does not exclude, indeed it rather enables further developments under the Convention. The Court implicitly regards the Convention as a "living instrument". Rather than adopting the

historical method of interpretation, focussing on the intention of States in 1950, the Court interprets the concepts in the Convention in the light of today's European society. In identifying the changes that have occurred, consensus among States plays an important role. The Court will continually evaluate European thought and practice and may decide on this basis that practices which in light of the margin of appreciation that used to be acceptable in the past, may constitute a human rights violation in the future.³⁰

The principle of subsidiarity in the Convention offers a vehicle to reflect on these difficult and delicate issues. Future scholarly research may concentrate on additional aspects of the principle of subsidiarity within the Convention; their interactions and interrelations. As stated in the preamble, the Convention provides “the first steps for the collective enforcement” of human rights. The principle of subsidiarity helps balance the need for progress in the Convention's net of human rights, on one hand, with, on the other, the necessary respect for the domain of the national authorities.

30 See *I. v. United Kingdom*, judgment of 11 July 2002, No. 25680/94, § 65, ECHR 2002: “[t] The Court accordingly attaches . . . importance . . . to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals.”

DE L'ÉVOLUTION DES IDÉES SUR LES MISSIONS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

*Luzius Wildhaber**

1 DÉDICACE

Je dédie les remarques qui suivent à mon collègue et ami de longue date, Lucius Cafilisch. Nous étions tous deux juges à la Cour européenne des Droits de l'Homme depuis 1998 et durant ces années, je n'ai cessé de profiter, non seulement de ses vastes connaissances juridiques et de sa subtilité d'expression, mais aussi de son formidable sens de l'humour et de sa sagesse pratique. Nous avons fait connaissance en 1970, à Wurtzbourg, lors d'une conférence extraordinaire de la société allemande de droit international public. Après nous être étonnés que notre petit pays compte deux juristes du même âge portant le même prénom et venant de la même région (les Préalpes, dans le sud-est de la Suisse) qui souhaitaient se spécialiser dans le même domaine, nous avons rapidement décidé que, malgré la faible superficie du pays, il y avait assez de place en Suisse pour nous deux. Je suis très reconnaissant à Lucius Cafilisch d'avoir fait en sorte que, toute notre vie, nous nous soyons tenus à ce principe de la coexistence amicale.

2 INTRODUCTION

Chaque génération se fait sa propre image de Hamlet et de Mozart, de Napoléon et de Guillaume Tell. Certes, rien ne prouve que cette image soit la seule vraie ou celle qui corresponde à la « vérité historique ». Mais le personnage apparaît sous différentes facettes et reflète à la fois les problèmes d'une génération donnée et des aspects plus généraux.

* Juge et Président de la Cour européenne des Droits de l'Homme, membre de l'Institut de Droit international.

Dès lors, pourquoi n'aurait-on pas, à différentes époques, des idées divergentes sur les missions de la Cour européenne des Droits de l'Homme ? C'est à ces idées et à leur évolution que sont consacrées les remarques qui suivent¹.

3 BREF RAPPEL HISTORIQUE ET ANNÉES D'ÉLABORATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La théorie politique des Lumières établit pour la première fois un lien entre l'idée d'une démocratie inscrite dans une Constitution et l'idée de libertés publiques devant dominer toute activité étatique². Avant les Lumières, les garanties contractuelles instaurées dans les sociétés médiévales divisées en ordres (de la déclaration de Cortes de León de 1188 à la Joyeuse Entrée brabançonne de 1356, en passant par la « Magna Carta » de 1215) étaient moins des pactes relatifs aux droits de l'homme de portée universelle que des droits corporatifs arrachés au monarque par certains groupes de sujets. Les grandioses déclarations des droits de l'homme élaborées aux Etats-Unis et en France à la fin du XVIII^e siècle ont influencé durablement les droits nationaux en Europe et en Amérique du Nord par leur valeur de symbole, de programme et d'utopie. Cependant, il faut attendre la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 et la Convention européenne des Droits de l'Homme³ pour voir les droits de l'homme protégés en droit national au moyen de garanties et de mécanismes de contrôle de dimension internationale.

La Convention européenne des Droits de l'Homme a été une réaction innovante, peut-être même révolutionnaire, aux génocides, aux atrocités et aux monstruosité de la Seconde Guerre mondiale et de la période qui l'a précédée. A cela il faut ajouter un besoin de se protéger et de mettre en place, après la création du rideau de fer, une « première parade » contre la menace d'un nouveau tyran⁴. Les « pères » de la CEDH parlaient ainsi de la protection des 7, 8 ou 10 libertés nécessaires à un mode de vie démocra-

-
- 1 Voir P. Mahoney, "The Changing Face of the European Court of Human Rights", in : *Liber Amicorum Caçado Trindade*, t. II (Porto Alegre, Brasil, 2005), pp. 251-266 ; G. Ress, « Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit », 64 *ZaöRV*, 2004, 621-639 ; S. Trechsel, « Übertrag und Übergang », *SZIER*, n° 1, 1999, 25-42.
 - 2 L. Wildhaber, « Menschen- und Minderheitenrechte in der modernen Demokratie », in : L. Wildhaber, *Wechselspiel zwischen innen und aussen* (Basel/Frankfurt a.M., 1996), pp. 435-453.
 - 3 Ouverte à la signature en 1950 à Rome et entrée en vigueur en 1953.
 - 4 A.H. Robertson (éd.), *Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'Homme* (La Haye, Nijhoff, 1975), vol. I, pp. 44-45, 48-51, 114-125.

tique et d'une forme de police d'assurance relevant du droit international public, d'un système d'alerte précoce permettant d'empêcher les démocraties de se transformer en dictatures. Pierre-Henri Teitgen évoquait en des termes émouvants la période qu'il avait passée dans les prisons de la Gestapo, pendant que l'un de ses frères était à Dachau et que l'un de ses beaux-frères mourait à Mauthausen : « [. . .] nous pouvons dresser face à la raison d'Etat la seule souveraineté qui vaille la peine qu'on meure pour elle, qui vaille la peine d'être, en toute hypothèse, défendue, respectée, sauvegardée : la souveraineté de la morale et du droit »⁵. Quant à Sir David Maxwell-Fyfe, s'adressant aux ministres des Finances, qui s'inquiétaient du coût du système conventionnel, il déclara que « jamais une prime d'assurance aussi négligeable n'a existé ici bas »⁶. Le préambule de la CEDH invoque le « profond attachement » aux libertés fondamentales que la Convention vise à garantir et réaffirme l'existence d'un « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ».

Evidemment, tout juge international sait bien que quelques décisions judiciaires ne suffisent pas toujours à empêcher les Etats de sombrer dans la dictature. Il faut d'abord des tribunaux (nationaux et internationaux) véritablement indépendants, mais aussi et surtout des parlements, des gouvernements et des opinions publiques ayant la volonté et la capacité d'exécuter les décisions de justice. Et, manifestement, lors de la rédaction de la CEDH, il n'a pas été possible de mettre simplement de côté la composante inter-étatique classique, axée sur la souveraineté des Etats-nations. Ainsi, la ratification et la modification de la CEDH sont restées aux mains des Etats membres. De plus, la reconnaissance du droit de recours individuel devant la Commission et de la compétence de la Cour n'était que facultative. Enfin, le contrôle de l'exécution des arrêts fut confié au Comité des Ministres. Les convictions idéalistes des « pères » de la CEDH n'eurent donc guère de poids face à la volonté des Etats de garder la haute main sur des aspects clés du mécanisme de contrôle.

L'intention était par conséquent de créer un système d'alerte précoce et de protection contre le danger des tyrannies, se construisant à partir de quelques affaires et agissant de manière exemplaire, dont des rouages importants pourraient être contrôlés par les Etats et qui, dans cette mesure, reposerait d'abord sur la bonne volonté de chaque membre ou sur la pression exercée par l'opinion publique ou par d'autres Etats.

5 *Ibid.*, pp. 48-51.

6 *Ibid.*, pp. 120-123. Malgré tous ses grands succès, le système de la Convention est effectivement resté une police d'assurance très (voire trop) bon marché.

4 LES PREMIÈRES ANNÉES ET LES PREMIÈRES EXPÉRIENCES

Les premières années de fonctionnement du mécanisme de la Convention furent marquées par un processus de consolidation prudent mais constant. Il fallut attendre 1953 pour voir la CEDH ratifiée par 10 Etats d'Europe occidentale. La Commission entama ses travaux en 1954 et la Cour, en 1959. Nombreux furent les Etats qui se contentèrent d'abord de ratifier la Convention puis attendirent des années (voire des décennies) avant de reconnaître le droit de recours individuel⁷. Pour justifier ce délai, ces Etats expliquaient le plus souvent que la ratification de la CEDH n'était de toute manière qu'un acte de solidarité paneuropéenne, dans la mesure où ils n'avaient pas véritablement besoin de mécanisme de contrôle international, puisque leurs instances nationales remplissaient depuis longtemps déjà la mission de protection des droits de l'homme.

D'un point de vue quantitatif, la Commission se trouvait au centre des événements. Elle se considérait de plus en plus comme un tribunal de première instance. Ses rapports devaient cependant recueillir l'approbation du Comité des Ministres, organe politique, pour acquérir force obligatoire. Dès ces premières années, la Commission a manifesté la volonté de traiter consciencieusement les requêtes, même motivées de manière superficielle, pour construire progressivement, sur cette base, une jurisprudence de plus en plus complète. Seules quelques affaires étaient portées devant la Cour. Ses arrêts soigneusement réfléchis et finement ciselés suscitaient un grand respect.

Parmi les aspects visant à consolider la jurisprudence figurait la double fonction des arrêts. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, elle doit trancher les cas dont elle est saisie après avoir examiné attentivement les circonstances de l'espèce et les particularités de la législation nationale considérée. Mais ses arrêts servent aussi, plus largement, à « clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention »⁸. Si, au début du processus, l'individu occupait par conséquent une position centrale, les requêtes individuelles se sont transformées, en cours de processus, en un système de contrôle touchant au contrôle abstrait des normes et à la procédure préjudicielle⁹. En outre, les arrêts revendiquaient, dans leurs motifs principaux, la valeur de précédents, bien que la Convention (en

7 Comparez les délais séparant la ratification et la reconnaissance du droit de recours individuel pour les pays suivants : France : 1974-1981 ; Grèce : 1974-1985 ; Royaume-Uni : 1951-1966 ; Italie : 1955-1973 ; Malte : 1967-1987 ; Turquie : 1954-1987 ; Chypre : 1962-1989.

8 *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, A/25, par. 154.

9 L. Wildhaber, « Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention », 98 ZSR, 1979-II, 229-379 (315-317).

son article 46) exclût formellement toute force obligatoire des arrêts s'appliquant au-delà de l'Etat concerné¹⁰.

Les premières années, la Cour fut saisie de si peu d'affaires¹¹ qu'elle n'eut aucun mal à remplir l'objectif d'une utilisation économe du mécanisme de Strasbourg, fixé par les « pères » de la Convention. Pourtant, à l'évidence, on ne pouvait véritablement dire qu'à propos de très rares affaires qu'elles portaient sur l'opposition entre démocratie et dictature¹². Bien au contraire, les affaires déférées à la Cour ressemblaient généralement beaucoup à celles que l'on s'attend à voir examinées par la Cour constitutionnelle ou la Cour suprême dans une démocratie pluraliste. Devant la Cour, les « affaires normales » étaient donc plus fréquentes que les « affaires extrêmes ».

5 CONSOLIDATION ET PERFECTIONNEMENT

En 1989, la CEDH s'était largement imposée en Europe occidentale et méditerranéenne. Après que la France (1981), la Grèce (1985), la Turquie (1987), Malte (1987) et Chypre (1989) eurent reconnu le droit de recours individuel, le mécanisme de la Convention devint partout une réalité du droit international public.

En même temps s'est imposée l'idée d'un perfectionnement progressif de la jurisprudence. Compte tenu de l'interprétation autonome des dispositions de la CEDH faite par la Commission et la Cour, et vu la volonté de ne pas considérer les garanties inscrites dans la Convention comme de simples formules vides de sens mais de les rendre effectives et bien réelles, il ne faisait guère de doute que la jurisprudence de Strasbourg fût, en partie, génératrice de droit¹³. On peut en donner deux exemples particulièrement significatifs.

10 L. Wildhaber, "Precedent in the European Court of Human Rights", in : *Protecting Human Rights : The European Perspective, Studies in Memory of Rolv Ryssdal* (Köln [etc.], Heymans, 2000), pp. 1529-1545.

11 1959-1965 : 4 arrêts, 1966-1970 : 8, 1970-1975 : 8. Entre 1955 et 1975, la Commission fut saisie de 7 313 requêtes ; 131 requêtes (2%) furent déclarées recevables, 9 affaires donnèrent lieu à un règlement amiable ; pour 35 requêtes (0,5%), la Commission rédigea un rapport sur le fond.

12 L'exemple typique est l'Affaire grecque, voir G. Nolte, S. Oeter, "European Commission and Court of Human Rights, Inter-State Applications", in : R. Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2 (1995), pp. 144-154.

13 Voir à ce sujet, dans une optique comparative, A. Barak, "Foreword : A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harvard L. Rev.*, 2002, 62-116. Voir aussi, pour un point de vue très pertinent, S. Karel Martens, *The Limits of Judicial Legislation* (Dutch Hoge Raad, 2000, polycopié).

Le droit d'accès à un tribunal, l'une des composantes essentielles de la notion d'Etat de droit, n'est pas énoncé expressément dans l'article de la CEDH consacré au droit à un procès équitable (l'article 6). Dans l'arrêt *Golder*, la Cour reconnut cette garantie en avançant un argument clair et lapidaire : « Equité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »¹⁴.

La Cour fit remarquer de manière tout aussi percutante dans l'arrêt *Hornsby* que le droit d'accès à un tribunal « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie »¹⁵. Sur la base de cette forme de jurisprudence est née l'idée que la CEDH devait être un instrument vivant et qu'il fallait l'interpréter à la lumière des réalités du moment¹⁶.

Tous ces facteurs ont naturellement entraîné une augmentation constante du nombre des affaires soumises à la Cour de Strasbourg¹⁷. De toute évidence, au cours de cette évolution, si l'on n'assista pas à la disparition de l'objectif initial de la Convention, qui était d'apporter une protection décisive contre le retour des dictatures, cet objectif passa toutefois, dans une large mesure, au second plan dans l'activité quotidienne des organes de la Convention. Ceux-ci étaient des instances de contrôle européennes spécialisées dans le domaine des droits de l'homme qui, au fond, devaient être au service de tout le monde et qui, dans le cadre d'un système subsidiaire, examinaient des questions « normales » (quoique parfois spectaculaires) soulevées par la vie quotidienne (parfois agitée) d'une démocratie pluraliste. Lorsque certains observateurs appartenant au monde universitaire, voire des membres de la Commission ou des juges, considéraient comme dépassés le principe de la subsidiarité et la doctrine de la liberté d'appréciation dans l'interprétation des garanties de la Convention¹⁸, ils faisaient reposer leurs critiques

14 *Golder c. Royaume-Uni*, 21 fév. 1975, A/18, par. 35.

15 *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, ECHR 1997-II, p. 495, par. 40.

16 Voir *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, A/26, par. 31 ; *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, A/31, par. 41 ; *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, A/32, par. 26 ; *Vo c. France*, n° 53924/00, par. 82, CEDH 2004-VIII ; *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n°s 46827/99 et 46951/99, par. 121, CEDH 2005.

17 1976-1980 : 23 arrêts, 1981-1985 : 62, 1986-1990 : 130. Commission : 1976-1980 : 11 413 dossiers provisoires, 1981-1985 : 14 395, 1986-1990 : 20 314 ; 1976-1980 : 103 requêtes déclarées recevables, 1981-1985 : 216, 1986-1990 : 371 ; 1976-1980 : 10 règlements amiables, 1981-1985 : 21, 1986-1990 : 56 ; 1976-1980 : 46 rapports sur le fond, 1981-1985 : 128, 1986-1990 : 221.

18 Voir H. Petzold, "The Convention and the Principle of Subsidiarity", in: *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht [etc.], Nijhoff, 1993), pp. 41-62 ; Paul Mahoney, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", 19 HRLJ, 1998, 1-6.

sur des théories concernant l'intégration européenne, la nature globale des droits fondamentaux et le centralisme en matière de mise en œuvre des droits de l'homme qui, à mon sens, sont excessives et en fin de compte contre-productives.

Des théories divergentes ont également vu le jour au sujet de la question de savoir à qui le système de la Convention devait servir en priorité. Les garanties relatives au procès pénal devaient pouvoir être invoquées par toute personne, y compris par les criminels, les mafiosi et les terroristes, ainsi que par les vagabonds, les malades mentaux et les immigrés en situation irrégulière. Cependant, à travers les décisions relativement strictes rendues à l'égard des criminels de guerre, des néonazis et des négationnistes transparaissait – et continue de transparaître – l'objet initial de la Convention, qui est de permettre aux démocraties de se protéger contre le retour de la dictature¹⁹. En matière de vie familiale, les institutions de Strasbourg ont été saisies par des homosexuels, des transsexuels et des parents qu'opposait un litige au sujet des enfants. En revanche, les requérants qui se plaignaient de la durée excessive des procédures ou d'atteintes à la liberté de pensée, à la liberté de la presse ou à leurs droits de propriété ne représentaient certainement pas que des groupes isolés ou marginaux. On considérait de plus en plus que le système de la Convention devait offrir à toute personne une protection juridique individuelle de dernière instance et former ainsi une cour « quasi constitutionnelle » pouvant être saisie de recours « quasi constitutionnels ».

6 EXPANSION ET ADAPTATION AU MOYEN DE RÉFORMES PROCÉDURALES

Après la disparition du rideau de fer, en 1989, le mécanisme de la CEDH s'étendit aux « nouvelles démocraties » d'Europe centrale et orientale. Celles-ci furent intégrées relativement vite au sein du Conseil de l'Europe, dont le nombre de membres, qui était de 22 début 1989, passa à 46. On imposa aux nouveaux venus l'obligation de ratifier la CEDH dans un délai d'un an après leur adhésion. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, en 1998, l'élargissement du Conseil de l'Europe vers l'Est n'eut sur le nombre des requêtes qu'un effet modéré, qui se renforça cependant avec le temps. En revanche, après 1998, il devint beaucoup plus évident que les nouveaux Etats membres représenteraient désormais l'essentiel des requêtes²⁰.

19 *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998, par. 53, *CEDH 1998-VII* ; *Garaudy c. France*, 24 juin 2003, *CEDH 2003-IX*, pp. 360-363.

20 Des quelque 44 000 nouvelles requêtes déposées en 2004, 62% émanaient des 21 Etats

Le débat sur la réforme lancé en 1985, à la suite d'une proposition du gouvernement suisse, s'engagea donc indépendamment de l'élargissement à l'Europe orientale, qui n'eut lieu qu'après 1989²¹. De fait, il était clair dès 1985 que des organes ne fonctionnant pas à plein temps ne pourraient bientôt plus faire face à l'augmentation du nombre des requêtes dirigées contre les 21 membres de l'époque. Il a donc été décidé de faire fusionner la Commission et la Cour et de créer ainsi une instance permanente. Avec le recul, on constate que l'évolution a été bien plus rapide que l'on n'était capable de le prévoir alors. C'est également à ce manque d'anticipation que doit être imputée l'attitude déplorable consistant à ne pas voir dans la nouvelle Cour une instance indépendante et de pleine juridiction mais à la traiter comme si elle continuait de n'être qu'un groupe d'experts ayant une profession principale différente²².

Le Protocole n° 11 a « judiciarisé » considérablement le système de la Convention. La reconnaissance du droit de recours individuel et de la juridiction de la Cour, jusque-là facultative, devint obligatoire. Le Protocole fit disparaître les aspects non contraignants, plus politiques, du système (notamment le pouvoir du Comité des Ministres de statuer sur le fond après que la Commission lui eut transmis son rapport). Il ne faudrait toutefois pas surestimer cette « judiciarisation » : le Comité des Ministres continue de décider du budget de la Cour et de surveiller l'exécution des arrêts, et le mécanisme de la Convention reste largement tributaire de la bonne volonté des instances nationales, qui doivent coopérer.

Globalement, en 1998, le système de la Convention semblait s'être rapproché de l'idée d'un droit de recours individuel de vaste portée, bien qu'il reste très douteux que les artisans de la réforme fussent nombreux à mesurer toutes les conséquences du processus qu'ils avaient ainsi engagé. La priorité accordée à l'origine aux questions de fond concernant l'Etat de droit

d'Europe centrale et orientale ayant adhéré après 1989, 29% étaient issues des 23 Etats d'Europe occidentale, et 9% étaient dirigées contre la Turquie. En 1999, 36% de toutes les requêtes venaient d'Europe centrale et orientale et en 2001, 56%. La Fédération de Russie, la Pologne, la Turquie et la Roumanie représentaient environ la moitié des 80 000 affaires pendantes fin 2004. Voir, pour des considérations générales, M. Bradbury, *Why come to Slaka?* (1986).

- 21 O. Jacot-Guillarmod (éd.), *La fusion de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e séminaire de droit international et de droit européen de l'Université de Neuchâtel (Kehl [etc.], Engel, 1987).
- 22 A ce propos, voir N. Engel, Status, « Ausstattung und Personalheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte », 30 *EuGRZ*, 2003, 122-133 ; Ch. Grabenwarter, « Zur Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte », 30 *EuGRZ*, 2003, 174-178 ; A. Rodger, "The future of the European Court of Human Rights", 24 *HRLJ*, 2003, 149-151.

et la démocratie continua de transparaître essentiellement à travers les rares arrêts de principe dans lesquels la CEDH était qualifiée d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »²³. La période autour de 1998 semble marquer un tournant plein d'espoir pour le système de la Convention. On choisit d'ignorer les signes annonçant que celui-ci ne pourrait bientôt plus faire face. Apparemment, la balance penchait du côté d'un droit de recours individuel de vaste portée et d'une Cour qui aurait un rôle quasi constitutionnel et dont la compétence s'étendrait à toute l'Europe.

7 UNE IRRÉSISTIBLE EXPANSION QUANTITATIVE ET QUALITATIVE

Avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, en 1998, la Cour devint permanente. L'adhésion de nouveaux Etats membres et la vaste judiciarisation du système de la Convention eurent pour effet de faire augmenter chaque année de 15% en moyenne le nombre des requêtes déposées à Strasbourg. En 2004, on en compta 44 100. Grâce à de constants efforts de rationalisation, la Cour parvint cependant à améliorer sa productivité de manière déterminante. Entre 1998 et 2004, son budget s'accrut de 54%, tandis que le nombre des requêtes traitées augmenta de 470%²⁴.

8 LE PROTOCOLE N° 14 DE 2004

Le Protocole n° 14, ouvert à la signature le 13 mai 2004, constitue une tentative de réagir dans une certaine mesure à l'afflux de requêtes²⁵. Il ne fut pas donné suite aux suggestions de la Cour de créer un système de filtrage distinct et une nouvelle procédure fondée sur des arrêts pilotes. Cependant,

23 *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, A/25, par. 239 ; *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, A/310, par. 70, 72, 75, 93 ; *Bankovic c. Belgique et autres (déc.)*, 2 déc. 2001, *CEDH 2001-XII*, par. 80. Voir, pour des considérations générales, L. Caflisch, A.A. Cançado Trindade, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », 108 *RGDIP*, 2004, 5-62 ; L. Caflisch, « La pratique dans le raisonnement du juge international », in : *La pratique et le droit international*, 37^e Colloque de la Société française pour le droit international (Paris, Pedone, 2004), pp. 134-138.

24 Mémoire de la CEDH, présenté lors du 3^e Sommet du Conseil de l'Europe, tenu les 16 et 17 mai 2005 à Varsovie, point 3.

25 M. Caroni, « Die Reform des Strassburger Beschwerdeverfahrens durch das 14. Protokoll zur EMRK : Gelungener Balanceakt oder doch bloss ein Etappenziel », *recht*, 2005/4, pp. 109-120 ; H. Keller, M. Bertschi, « Erfolgspotenzial des 14. Protokolls zur EMRK », 32 *EuGRZ*, 2005, 204-229 ; L. Wildhaber, L. Garlicki, « Paving the Way for a Long-Term Vision on the European Protection of Human Rights in the 21st Century », in : *Polska i Rada Europy 1990-2005* (2005), p. 127.

en vertu du Protocole n° 14, les décisions d'irrecevabilité ne seront plus prises par un comité de trois juges, mais par un juge unique, assisté de rapporteurs. Des comités composés de 3 juges seulement, au lieu de 7, statueront sur les requêtes manifestement recevables. Le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe pourra présenter des observations écrites et prendre part aux audiences. Enfin, l'article 12 du Protocole n° 14, qui porte modification de l'article 35 de la Convention, prévoit que la Cour déclare irrecevable toute requête formée par une personne n'ayant subi aucun « préjudice important », à condition que les juridictions nationales aient dûment examiné la requête sous l'angle des critères de la Convention et que la nature du grief n'exige pas d'examen au fond.

Les effets concrets du Protocole n° 14 dépendront dans une large mesure de son mode d'application par la Cour et de la volonté des tribunaux, des gouvernements et des parlements nationaux de transposer efficacement dans le droit interne la Convention et la jurisprudence qui en découle. Le Protocole n° 14 représente manifestement une solution de compromis. La plupart des Etats voulaient lutter contre le nombre excessif des requêtes de telle façon que le droit de recours individuel parût aussi peu restreint que possible. Seul devait valoir le principe « de minimis non curat praetor » (le préteur ne s'occupe pas des affaires insignifiantes). Par ailleurs, il s'agissait de renforcer le contrôle du respect des engagements en faisant participer à la procédure le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe. Une minorité d'Etats, ainsi que les organisations non gouvernementales, une partie des commentateurs issus du monde universitaire et quelques juges affirmaient qu'il ne fallait pas toucher au droit de recours individuel. Personne ne contesta cependant sur le fond le fait que ce droit perd de sa substance lorsque les requêtes sont traitées dans un délai de plus en plus long. Aussi étonnant que cela puisse paraître, le plus souvent, ce second groupe fit tout simplement abstraction de cet aspect de la question.

Lors du sommet organisé par le Conseil de l'Europe en mai 2005 à Varsovie, les chefs d'Etat et de gouvernement recommandèrent unanimement que le Protocole n° 14 entre en vigueur en 2006.

9 EVOLUTION RÉCENTE

Dans la perspective du sommet du Conseil de l'Europe qui devait se tenir à Varsovie en mai 2005, le Secrétaire général fit établir deux rapports d'audit pour la fin 2004 ; ils concluaient que la Cour devrait doubler ses effectifs pour pouvoir examiner les nouvelles requêtes dans un délai raisonnable. En d'autres termes, selon les recommandations des rapports d'audit, si la Cour veut pouvoir endiguer ce flux, elle aura besoin d'environ 500 nou-

veaux emplois (voire 660, selon les dernières estimations) d'ici à la fin 2007. Pour traiter les quelque 80 000 affaires qui étaient pendantes début 2005 (dont environ 6 000 représentent un « arriéré », dans la mesure où elles n'ont pas pu être menées à terme dans le délai de 3 ans que la Cour s'est fixé), il serait temporairement nécessaire d'embaucher plus de 1 000 personnes supplémentaires. Cela signifierait, selon les rapports d'audit, que d'ici à 2007 il faudrait augmenter de 75% le budget de la Cour, qui en 2005 avoisinait les 42 millions d'euros, 25% supplémentaires devant aller à l'administration générale du Conseil de l'Europe.

Malheureusement, ces chiffres n'ont été rendus publics que très peu de temps avant le 3^e Sommet du Conseil de l'Europe, tenu à la mi-mai 2005 à Varsovie. La Cour, qui doit assumer les tâches d'un tribunal et n'est pas un institut de formation de jeunes juristes, ne serait pas en mesure de faire face à une augmentation aussi soudaine de ses effectifs. Au nom de la Cour, j'ai lancé un appel aux participants du Sommet en faveur d'une ratification aussi rapide que possible du Protocole n° 14 et de la création d'un groupe de sages (c'est-à-dire de personnalités éminentes et de haut rang, réputées pour leur indépendance), qui serait chargé de proposer aux Etats des solutions de fond à moyen et à long terme. Ces deux appels ont été entendus. En interne, au Conseil de l'Europe, la Cour a demandé depuis un « budget intermédiaire » qui lui permette de créer 75 postes par an au cours des trois années à venir (soit 225 au total).

Bien entendu, ces considérations ne répondent pas à la question de savoir quelles fonctions le système conventionnel devra et pourra remplir ces prochaines années. Dans les remarques qui suivent, j'ai tenté d'examiner de plus près les problèmes qui se poseront à long terme et les solutions qui pourraient leur être apportées²⁶.

10 QUELLES PISTES POUR L'AVENIR ?

Le groupe de sages dont la création a été décidée lors du sommet du Conseil de l'Europe tenu à la mi-mai 2005 devrait élaborer des solutions pour le moyen et le long terme. A cet égard, on peut proposer quelques pistes de réflexion.

- a) L'option, fort prisée en politique, qui consiste à attendre que *le problème se règle tout seul*, a déjà été mise en œuvre, mais sans succès. La Cour deviendrait inévitablement de moins en moins crédible à

26 Cf. L. Wildhaber, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », 14 *RUDH*, 2002, 1-6.

- mesure que s'allongerait le délai entre le dépôt de la requête et l'arrêt. Cependant, l'expérience montre qu'il est très improbable que cette perte de crédibilité fasse baisser rapidement le nombre des requêtes. En outre, une telle solution relève du cynisme, car elle part du principe que la Cour ne statuerait pas dans un délai raisonnable, et donc qu'elle ne respecterait pas elle-même le critère qu'elle impose aux juridictions nationales.
- b) Si l'on voulait gérer le système conventionnel au moyen du *budget* et parvenir à une stabilisation de son montant à plus long terme, la seule solution serait de laisser la Cour décider quelles affaires elle veut traiter (et surtout lesquelles elle ne veut pas traiter). Bien entendu, cette proposition se heurterait à un refus, en partie catégorique. Mais il est tout aussi évident que, d'un autre côté, c'est la méthode la plus simple à appliquer pour garantir la stabilité financière.
- c) La proposition de créer des *tribunaux régionaux* ne résout en rien le problème de l'augmentation du nombre des requêtes. De plus, cette formule aurait un coût élevé. Evidemment, il ne faudrait pas qu'elle conduise à des différences de normes entre les régions. Ce danger serait pourtant bien réel.
- d) Instaurer des *dispositifs de filtrage nationaux* serait certainement le meilleur moyen de réduire le nombre des requêtes. Cependant, on peut douter que ces dispositifs permettent de saisir les instances strasbourgeoises des affaires qui le méritent le plus. Il faudrait probablement éviter de placer les systèmes de filtrage sous le contrôle des autorités nationales, et en faire plutôt des « filiales » de la Cour dans lesquelles travailleraient des juges et du personnel européens.
- e) Dans l'affaire *Broniowski*²⁷, la Cour a tenté pour la première fois de traiter au moyen d'un *arrêt « pilote »* le problème que constituent les lacunes structurelles d'un ordre juridique national et les nombreuses affaires répétitives qu'elles génèrent. L'idée est de « rapatrier » ces lacunes et de les faire relever de la responsabilité des instances nationales. Une application généralisée de cette *notion de rapatriement* aux affaires révélant des lacunes structurelles dans la législation ou la pratique d'un Etat allégerait considérablement la charge pesant sur le système de la Convention. Il serait délicat d'établir un juste équilibre entre le rapatriement et le contrôle réel traditionnel, par la Cour de Strasbourg, de la pratique nationale effective.
- f) *La transposition* dans l'ordre juridique interne, non seulement de la Convention elle-même, mais aussi de la *jurisprudence* qui en découle, *par les autorités nationales*, permettrait des progrès tout aussi décisifs.

27 *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, *CEDH 2004-V*.

Ceux-ci ne seront cependant possibles, en dernière analyse, que si les autorités nationales les suscitent elles-mêmes, sans attendre dans chaque cas que la Cour de Strasbourg se prononce.

- g) On pourrait aussi essayer de dresser des *obstacles à la procédure*, afin d'endiguer le flot des requêtes. Ainsi, le Comité des méthodes de travail (un groupe de travail de la Cour) étudie actuellement la possibilité d'imposer l'obligation de se faire représenter par un avocat, de verser une avance sur les frais et d'utiliser l'une des deux langues officielles. De tels obstacles à la procédure ont été mis en place dans la grande majorité des Cours suprêmes des Etats membres.
- h) En l'état actuel des choses, il ne serait possible d'instaurer (en s'inspirant du fonctionnement de la Cour de justice de Luxembourg) une *procédure préjudicielle ou de renvoi*, qui serait engagée à l'initiative des juridictions nationales, que si elle remplaçait l'actuelle procédure de requête individuelle. Si elle s'ajoutait à cette dernière, la Cour ne pourrait y faire face. De plus, il est très douteux que l'instauration d'une procédure de renvoi incite toutes les juridictions nationales à soumettre à la Cour de Strasbourg justement les questions les plus épineuses concernant la politique ou la morale, la conception de l'Etat ou le traitement des minorités.
- i) Un *système de « certiorari » ou d'autorisation de former un recours* laisserait à la Cour une grande liberté dans le choix des affaires à traiter. C'est précisément pour cette raison que les défenseurs d'un droit de recours individuel sans réserve critiqueraient probablement cette proposition. Or, aujourd'hui déjà, la Cour n'est plus en mesure de venir à bout de la multitude d'affaires dont elle est saisie, et rien ne permet de tabler sur une stagnation du nombre des requêtes. Il serait donc souhaitable, ou du moins envisageable, de faire figurer un tel système (limité à certaines garanties prévues par la Convention ou à certaines catégories de problèmes) dans un train de mesures global.
- j) Il serait difficile de provoquer une *modification* de la *disposition des juges eux-mêmes* à traiter les requêtes de manière moins approfondie et à les rejeter avec plus d'empressement. Le règlement de ces questions est très directement lié à l'indépendance judiciaire. Par conséquent, il faudrait laisser les juges décider comment moduler leur intervention.
- k) Si l'on estime que le système de la Convention ne devrait traiter que les problèmes les plus importants, la proposition la plus radicale consisterait en une *limitation des garanties aux droits restant protégés en cas d'état d'urgence*²⁸. Cela entraînerait une diminution dramatique de la

28 L'article 15 § 2 de la Convention énumère les dispositions auxquelles il ne peut jamais être dérogé : les articles 2, 3, 4 § 1 et 7.

portée du mécanisme de protection strasbourgeois. Même son objectif originel, qui est d'empêcher la transformation des démocraties en dictatures, ne serait plus rempli, dans la mesure où ni la liberté de pensée, ni la liberté de réunion et d'association, ni le droit de choisir le corps législatif par des élections libres au scrutin secret ne seraient plus soumis au contrôle du système conventionnel. Il n'est donc pas à recommander de se limiter aux droits restant protégés en cas d'état d'urgence.

- 1) Sans s'engager dans cette voie, on pourrait néanmoins étudier la possibilité de se concentrer davantage sur les garanties de la Convention qui constituent *le noyau des droits fondamentaux*. Ainsi, le contrôle pourrait se limiter aux *questions « importantes » ou « graves »* ou à la *lutte contre « l'arbitraire » ou « la discrimination »*. Bien entendu, une telle limitation donnerait lieu à de vifs débats sur la définition concrète de ces notions. Par exemple, si les garanties procédurales prévues à l'article 6 ne pouvaient plus être invoquées qu'en cas d'« arbitraire », quelle en serait la signification en pratique ? La durée excessive d'une procédure n'est-elle pas arbitraire ? L'introduction de la notion d'arbitraire impliquerait-elle d'effacer toute la jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 § 1 ? Quelle durée de procédure devrait alors être considérée comme arbitraire²⁹ ?

Prenons un autre exemple : l'interdiction de la torture consacrée par l'article 3. On reconnaît généralement à cette garantie un caractère absolu. Toutefois, la jurisprudence fixe un niveau minimal de gravité que les mauvais traitements doivent atteindre pour pouvoir être qualifiés d'actes de torture³⁰. Toute sensation de malaise ne relève pas de la torture. Cela signifie, non pas que l'article 3 n'a pas un caractère absolu, mais qu'il appartient aux juges de déterminer dans quelles conditions cet article s'applique. Ainsi que je l'ai déjà indiqué à propos de l'article 6, dans une démocratie pluraliste, il n'est guère possible d'éviter que ne s'affrontent des conceptions différentes de la délimitation du champ d'application de l'article 3. Ce sont les tribunaux qui portent – et continueront de porter – la lourde responsabilité de trouver le juste équilibre entre la protection de la société et la protection de l'individu en tenant compte de l'évolution des systèmes de valeurs et des conditions de vie.

29 Voir à ce propos, *mutatis mutandis*, deux affaires pendantes devant la Grande Chambre : *Scordino c. Italie* (n° 1), n° 36813/97, 29 juil. 2004, et *Riccardi Pizzati c. Italie*, n° 62361/00, 10 nov. 2004.

30 Cf. J. Callewaert, « L'article 3 de la Convention européenne : Une norme relativement absolue ou absolument relative ? », in : *Liber amicorum Marc-André Eissen* (Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995), pp. 13-38 ; M.E. Villiger, *Handbuch der EMRK* (2.A. 1999), pp. 178-181.

- m) Parmi les affaires dont elle est saisie, la Cour en compte actuellement quelque 6 000 qu'elle n'a pas pu mener à terme en rendant un jugement au fond dans un délai de 3 ans et qui constituent son « *arriéré* ». Le nombre de ces affaires est en augmentation. Bien entendu, il n'est pas question de leur appliquer d'autres critères qu'aux affaires qui ne sont pas en retard. Cependant, on pourrait imaginer des simplifications d'ordre procédural : par exemple, les affaires en retard (du moins les plus « routinières ») pourraient être traitées par un comité de trois juges (comme le prévoit le Protocole n° 14 pour les affaires répétitives ou les requêtes manifestement recevables)³¹. Il serait également envisageable de confier l'arriéré à d'anciens juges ou membres de la Commission (voire à des juges nationaux).

11 CONCLUSION : UNE DIFFICILE QUÊTE D'ÉQUILIBRE

Il importe que le système de la Convention redevienne plus efficace et plus crédible et se recentre sur ses priorités. Le droit de recours individuel doit permettre de saisir la Cour de Strasbourg des violations graves des droits de l'homme, y compris lorsque l'Etat mis en cause y est opposé. Le traitement, par la Cour, de la multitude de requêtes manifestement irrecevables devrait se limiter, dans la mesure du possible, à une forme de médiation. Quant aux milliers (voire dizaines de milliers) de requêtes manifestement recevables concernant la durée excessive de procédures ou la non-exécution de décisions judiciaires définitives, elles devraient être rapatriées dans l'ordre juridique national, à la suite de l'arrêt *Kudła c. Pologne*³², tant que la Cour peut régler ces affaires au moyen d'un arrêt pilote et, plus tard, en garder durablement la maîtrise.

C'est probablement en combinant plusieurs options que l'on parviendra à résoudre le problème. Quoi qu'il en soit, il me semble incontestable que le système actuel, qui repose sur un exercice illimité du droit de recours individuel, n'est plus en mesure de remplir ses objectifs et de respecter les vraies priorités. A cause de ce système, trop de requêtes importantes restent trop longtemps en attente. Le mécanisme conventionnel doit prendre une orientation nouvelle pour ne pas sombrer sous le flux des requêtes ou perdre sa crédibilité.

31 Protocole n° 14, art. 8 (portant modification de l'article 28 de la Convention).

32 *Kudła c. Pologne*, 26 oct. 2000, *CEDH 2000-XI*, p. 247.

PART II

SPATIAL ASPECTS OF INTERNATIONAL LAW

LE DROIT INTERNATIONAL DES ESPACES

LE PRINCIPE DE *L'UTI POSSIDETIS*
SON RÔLE ET SES LIMITES DANS LE CONTENTIEUX
TERRITORIAL INTERNATIONAL

*Georges Abi-Saab**

1 ORIGINES ET FONCTIONS

L'avènement du principe de *l'uti possidetis* remonte au premier tiers du 19^{ème} siècle, appelé comme il l'était par la première vague de décolonisation massive des temps modernes, dans une situation caractérisée par le vague, si ce n'est la vacuité, des règles du droit international de l'époque face à ce nouveau phénomène.

En effet, comme l'a bien rappelé la Chambre de la CIJ dans l'affaire du *Différend Frontalier (Mali-Burkina Faso)*, ce principe

paraît bien avoir été invoqué pour la première fois en Amérique hispanique, étant donné que c'est sur ce continent qu'on a assisté pour la première fois au phénomène d'une décolonisation entraînant la formation d'une pluralité d'Etats souverains sur le territoire ayant antérieurement appartenu à une seule métropole¹.

Ainsi, à l'origine, l'élaboration du principe de *l'uti possidetis* servait un double objectif : un objectif défensif vis-à-vis du reste du monde, et en particulier vis-à-vis de l'Europe de la Sainte Alliance, au cas où elle songerait à rétablir ou à remplacer *l'imperium* défaillant de l'Espagne et du Portugal. Le principe servait cet objectif par une négation radicale de toute vacance de souveraineté, c'est-à-dire de *terra nullius*, dans les territoires décolonisés. En d'autres termes, c'était une affirmation de souveraineté territorialement

* Professeur honoraire à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève ; membre de l'Institut de Droit international ; membre de l'Organe d'Appel de l'OMC.

1 *CIJ Rec. 1986*, p. 565, para. 20.

étanche des Républiques émergentes sur tous les territoires abandonnés par l'ancienne puissance coloniale, y compris les zones de l'intérieur qui n'étaient pas tout à fait explorées ou contrôlées par elle, ou qui n'étaient pas encore totalement contrôlées par les nouvelles Républiques.

Le second objectif était de nature conservatoire pour éviter ou du moins minimiser les conflits entre les successeurs, et cela par le gel du découpage territorial en l'état dans lequel il se présentait au moment de l'indépendance. C'est ce second objectif que souligne la Chambre de la Cour quand elle déclare que « sous son aspect essentiel, ce principe vise, avant tout, à assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance »².

Ces limites territoriales peuvent être de deux sortes. Elles peuvent être en premier lieu des limites administratives à l'intérieur d'un même empire, comme c'était le cas pour la très grande majorité des Républiques issues de l'Empire hispanique. C'est là que résidait le nouveau phénomène auquel se référait la Chambre de la Cour dans l'extrait déjà cité. Mais elles pouvaient être également des frontières proprement internationales entre deux colonies appartenant à des empires différents, par exemple entre le Brésil et les territoires hispaniques. Elles pouvaient séparer également une ancienne colonie d'un Etat indépendant comme celles entre le Mexique et les Etats-Unis.

C'est dans le premier cas de figure, celui de l'accession à l'indépendance de plusieurs nouveaux Etats issus d'un même empire, que le principe de l'*uti possidetis* trouve un rôle propre et autonome, en servant de titre juridique international à un découpage territorial interne et en transformant en frontières internationales des lignes administratives établies pendant l'époque coloniale. Et c'est dans ce rôle que la Chambre de la Cour l'a décrit comme « un principe d'ordre général nécessairement lié à la décolonisation où qu'elle se produise »³.

En revanche, dans le deuxième cas de figure il existait déjà avant l'indépendance deux souverainetés en présence, donc une frontière internationale entre elles, qu'elle soit ou non délimitée, et qui ne pouvait être affectée par le changement de souveraineté d'un côté ou de l'autre ; changement qui ne constitue en réalité qu'une sorte de subrogation personnelle à la même assiette territoriale.

Dans ce cas, le principe de l'*uti possidetis* ne fait que refléter, et par conséquent il se confond totalement avec les règles de la succession d'Etats, comme l'a constaté à nouveau la Chambre de la Cour en 1986 :

2 *Ibid.*, p. 566, par. 23. La Chambre ajoute à ce propos que le « but évident [du principe] est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des Nouveaux Etats ne soient mises en danger par des luttes fratricides nées de contestations des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante ».

3 *Ibid.*

L'obligation de respecter les frontières internationales préexistantes en cas de succession d'Etats découle sans aucun doute d'une règle générale de droit international, qu'elle trouve ou non son expression dans la formule *uti possidetis*⁴.

Et si, à l'origine, la doctrine de l'*uti possidetis* visait indistinctement les deux cas de figure, cela s'explique par les conditions historiques qui régnaient à l'époque, et notamment par les incertitudes qui entouraient la notion de succession d'Etats au début du 19^e siècle⁵.

En somme, « les limites territoriales » dont le principe « vise . . . à assurer le respect . . . au moment de l'accession à l'indépendance » sont, dans le deuxième cas de figure, une frontière internationale déjà existante, qu'elle soit délimitée ou non, et quel que soit le titre juridique qui la fonde. Alors que dans le premier cas de figure, il s'agit d'une limite qui subit une mutation dans son statut juridique, la transformant d'une ligne administrative en une frontière internationale. Mais cette limite, pas plus que la frontière internationale déjà existante dans l'autre cas de figure, ne subit aucun changement dans son contenu comme résultat de cette transformation ; car elle conserve tous les éventuels vices, lacunes, et ambiguïtés qu'elle aurait pu comporter avant l'accession à l'indépendance.

2 L'EFFET JURIDIQUE DU PRINCIPE DE *L'UTI POSSIDETIS* ET SES LIMITES

A. Généralités

De quelle manière le principe de l'*uti possidetis* assure-t-il le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance ?

Ici aussi, la Chambre de la Cour, dans l'affaire du *Différend Frontalier*, nous fournit la réponse :

Par le fait de son accession à l'indépendance, le nouvel Etat accède à la souveraineté avec l'assiette et les limites territoriales qui lui sont laissées par l'Etat colonisateur. Il s'agit là du fonctionnement normal des mécanismes de la succession d'Etats. Le droit international – et par conséquent le principe de l'*uti possidetis* – est applicable au nouvel Etat (en tant qu'Etat) non pas avec effet rétroactif mais immédiatement et dès ce moment-là. Il lui est applicable *en l'état* c'est-à-dire à l'« instantané » du statut territorial existant à ce moment là⁶.

4 *Ibid.*, p. 566, par. 24. La Cour ajoute à cet égard que les déclarations africaines d'adhésion au principe « ont manifestement une valeur déclaratoire et non pas constitutive : elles reconnaissent et confirment un principe existant et ne préconisent pas la formation d'un principe nouveau ou l'extension à l'Afrique d'une règle seulement appliquée, jusque là, dans un autre continent ».

5 Voir M.G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale* (Paris, PUF, 1997), p. 434.

6 *CIJ Rec. 1986*, p. 568, par. 30.

Il faut se rappeler que cette analyse figure dans un paragraphe qui traite du rôle du droit colonial dans l'identification de ce statut territorial au moment de l'accession à l'indépendance. La Chambre s'efforce d'expliquer que la prise en considération du droit colonial par le droit international à travers le principe de l'*uti possidetis* ne constitue pas dans ce contexte un « renvoi », au sens technique du terme, en ajoutant, entre parenthèses : « (comme s'il y avait un *continuum juris*, un relais juridique entre ce droit et le droit international) ». Et la Chambre de préciser que le rôle du droit colonial se limite dans ce contexte à celui d'« un élément de fait, parmi d'autres, ou [d'un] moyen de preuve et de démonstration de ce qu'on a appelé le 'legs colonial', c'est-à-dire de l'« instantané territorial » à la date critique »⁷.

Pour prendre cet instantané-là, la Chambre nous dit que « le principe de l'*uti possidetis* gèle le titre territorial ; il arrête la montre sans lui faire remonter le temps »⁸. En d'autres termes, pour établir l'« état des lieux » territorial du « legs colonial » au moment de l'accession à l'indépendance, le principe de l'*uti possidetis*, agissant comme un appareil photographique, fixe ou gèle un statut territorial dynamique, car pouvant évoluer dans le cadre colonial jusqu'à ce moment-là ; il le fixe pour les besoins de la photo, dans son état à l'instant où elle est prise, ce qui nous donne l'instantané territorial.

La date critique, c'est-à-dire le moment pertinent pour établir l'état des lieux du « legs colonial » territorial, c'est le moment de l'accession à l'indépendance ; et le gel ou la fixation de cet état des lieux est nécessaire à ce moment-là, pour savoir ce qui revient à chacun des « ayants droit » ; mais seulement à ce moment-là. Car, une fois le « legs » établi et acquis, il est assujéti aux mêmes lois (et aléas) gouvernant l'évolution de tout acquis ou patrimoine.

Cet effet juridique général du principe de l'*uti possidetis* d'« assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance » appelle deux séries de précisions ayant trait aux limites de son déploiement dans le temps, d'une part, et à l'objet qu'il embrasse, c'est-à-dire le contenu du legs colonial, d'autre part.

7 *Ibid.* En d'autres termes, le droit colonial est pris en considération ici en tant que « titre-preuve » et non en tant que « titre-source » (de la ligne ou de la souveraineté). Voir pour cette distinction, *ibid.*, p. 564, para 18. Et c'est dans ce sens qu'il faut comprendre la référence au droit colonial comme « titre juridique » ou « titre écrit », par exemple dans l'établissement de la ligne de l'*uti possidetis* en mérique hispanique, ou dans l'analyse de ses interactions avec les « effectivités ». Voir *infra* (note 18) et le texte correspondant.

8 CIJ Rec. 1986, p. 568, par. 30.

B. *Le contenu du « legs colonial » protégé par le principe*

La première précision concerne le contenu de l'« instantané territorial », car il s'agit là d'une photo sans retouche, qui reproduit toutes les déficiences de l'original. Le principe de l'*uti possidetis* garantit le passage au nouvel Etat du « legs colonial » en termes d'assiette et de limites territoriales, telles qu'elles étaient au moment de l'indépendance, sans les améliorer, en complétant ces limites par exemple là où elles font défaut, ou en purifiant les titres juridiques qui les sous-tendent de leurs vices et ambiguïtés éventuels.

Cela ressort très clairement, même dans le cas le plus caractérisé et le plus protégé de succession à des limites territoriales, celui d'une frontière internationale établie par traité avant l'indépendance ; hypothèse visée par l'article 11 de la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, qui stipule :

Une succession d'Etats ne porte pas atteinte en tant que telle :
a) à une frontière établie par traité

En effet, même dans ce cas, et comme le font remarquer les Etats-Unis dans leurs observations sur le projet d'articles de la CDI qui a servi de base à la Convention :

Un Etat successeur ne peut acquérir comme domaine territorial que le territoire et les droits territoriaux du prédécesseur. Si le territoire que possède l'Etat a des frontières solidement déterminées et établies par traité . . . , l'Etat successeur hérite de tout cet ensemble. . . . En revanche, si le territoire que détenait l'Etat prédécesseur avait des frontières mal définies à la suite d'un traité mal rédigé, l'Etat successeur acquiert ce qu'avait le prédécesseur, c'est-à-dire un territoire aux frontières mal définies⁹.

De même, la CDI, dans son commentaire sur le projet d'article en question, précise :

Une telle disposition porterait exclusivement sur les effets de la succession d'Etats à l'égard du règlement des frontières. Elle n'influerait en rien sur un autre motif qui pourrait être invoqué pour réclamer la révision ou le rejet d'un règlement de frontière, qu'il s'agisse de l'autodétermination ou de la nullité ou l'extinction du traité¹⁰.

Cela est confirmé davantage par l'article 14 de la même Convention qui stipule :

9 *Ann. CDI, 1974*, vol. II, 1^e partie, p. 82.

10 *Ibid.*, p. 207, par. 17.

Rien dans la présente Convention n'est considéré comme préjugéant en quoi que ce soit toute question relative à la validité d'un traité.

Ces dispositions et commentaires ne font qu'exprimer de manière différente une évidence juridique qui est le principe général de droit : *Nemo dat quod non habet*, « personne ne peut donner ce qu'il n'a pas » (ou « plus qu'il en a », selon une autre version). D'où la conclusion que même dans le cas le plus clair de l'existence, déjà avant l'accession à l'indépendance, d'une frontière internationale établie par un traité, pour qu'on puisse faire valoir « la règle générale de droit international » à laquelle se réfère le jugement de 1986¹¹, et qui est codifiée dans l'article 11 de la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités – qu'on confère également ou non à cette règle le libellé d' *uti possidetis* – trois conditions doivent être remplies préalablement :

- 1 – qu'un accord au sens du droit international, définitif et obligatoire, existe réellement ;
- 2 – que cet accord ne soit pas entaché de cause de nullité ; et
- 3 – que son contenu porte réellement sur l'établissement ou la délimitation de la frontière en question.

Il est ainsi clair que l'on ne saurait si le principe de l'*uti possidetis* peut ou non entrer en jeu pour « assurer le respect » d'une ligne conventionnelle défendue par un Etat, qu'une fois tranché au préalable tout différend sur l'existence, la validité ou l'applicabilité en l'espèce de l'accord de délimitation qui sous-tend cette ligne. De même, les traités établissant des frontières peuvent comporter des défauts de moindre importance, ainsi que des lacunes, des inexactitudes et des ambiguïtés que le principe de l'*uti possidetis*, en endossant un « instantané territorial » fidèle à la réalité, ne saurait purifier, combler, corriger ou lever.

Ces précisions concernant la portée et les limites du champ d'application du principe de l'*uti possidetis* là où un titre juridique aussi solide qu'un traité établissant une frontière existait avant l'accession à l'indépendance, s'appliquent *a fortiori* là où un tel titre n'existait pas. Dans un tel cas – qu'il s'agisse de traités défectueux ou ambigus, d'une frontière internationale non encore délimitée par traité, ou de limites administratives mal définies – on ne saurait faire abstraction des développements subséquents à l'accession à l'indépendance, ce qui nous amène à la seconde série de précisions, concernant les limites du déploiement de l'effet du principe de l'*uti possidetis* dans le temps.

11 *CIJ Rec. 1986*, p. 566, par. 24.

C. *L'effet de l'uti possidetis dans le temps*

C'est un sujet qui a été effleuré rapidement dans l'explication de la raison pour laquelle et la manière dont le principe de *l'uti possidetis* « gèle » le titre territorial au moment de l'accession à l'indépendance.

Ce moment-là constitue la « date critique » pour l'établissement de l'« état des lieux » du « legs colonial ». Le « gel » intervient à ce moment, fixant ou figeant la situation « en l'état », pour les besoins de la prise de la photo qui représente cet état des lieux et en porte témoignage. C'est ce que la Chambre a appelé « l'instantané territorial ».

Le « gel » ne dure en fait que l'instant de la prise de l'« instantané territorial » (le moment où le photographe dit « que personne ne bouge » et presse sur le bouton). Mais il a un autre effet, plus durable. Car l'« instantané territorial » – qui représente l'« état des lieux » ainsi gelés au moment de la prise de vue – cet instantané, endossé et authentifié par le principe de *l'uti possidetis*, devient titre juridique, le titre territorial (et par conséquent le titre des frontières) du nouvel Etat.

Mais il ne faut pas oublier que ce titre, comme instantané non retouché de l'original, porte en lui toutes les éventuelles déficiences qui entachaient cet original au moment de l'indépendance. Et surtout, ce « gel », pour les besoins de la prise de l'instantané, n'implique pas que la frontière, ainsi que le titre juridique qui la sous-tend, resteront gelés jusqu'à la fin des temps.

En effet, le langage imagé utilisé par la Chambre de la Cour porte en lui la négation d'une telle proposition. Car un instantané ou une photo sur une carte d'identité ne fige pas la personne dans sa forme photographiée pour l'éternité, et ne peut empêcher son évolution normale au-delà du moment de la prise de l'instantané. Un « legs » également, une fois fixé et spécifié au moment de la succession, ne reste pas bloqué pour autant, mais intègre le patrimoine de l'ayant droit et suit l'évolution de sa fortune.

De la même manière, une frontière, une fois établie selon l'instantané territorial du nouvel Etat au moment de l'indépendance – instantané authentifié en même temps par le principe de *l'uti possidetis* comme titre juridique – peut évoluer selon les processus normaux du droit international, c'est-à-dire à travers les actes et les faits qui produisent des effets juridiques selon ce droit.

C'est une conclusion évidente, qui est largement partagée par la doctrine. Ainsi par exemple, le professeur Daniel Bardonnnet, dans son cours magistral donné à l'Académie de droit international de La Haye en 1976, intitulé « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé » a ceci à dire, à propos de la « résolution du Caire » adoptée par l'Assemblée des Chefs d'Etats et de Gouvernements de l'OUA en 1964, et qui entérinait le principe de *l'uti possidetis* pour le continent africain :

Affirmer, comme on l'a fait fréquemment, que la Charte de l'OUA et la résolution du Caire consacrent le principe de l'intangibilité des frontières est un abus de langage. Les rédacteurs de ces textes n'ont jamais dit que les frontières des Etats africains, telles qu'elles existaient au moment de leur accession à l'indépendance, étaient fixées une fois pour toutes et ne pouvaient jamais être modifiées par des *procédés pacifiques* ; ils ont seulement dit qu'elles devaient être « respectées », c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient, en aucun cas, conformément au principe de l'intégrité territoriale, être remises en cause par la force¹².

Les « procédés pacifiques » dont il est question ne se limitent pas à l'accord formel des parties, mais englobent certains processus informels de droit international, reflétant largement par ailleurs les principes généraux de droit, qui permettent de déceler un consentement tacite, du moins en forme d'acquiescement, dans des situations longuement tolérées et non contestées.

Pareille opinion a été exprimée, avec beaucoup de vigueur, par une autre Chambre de la CIJ, celle qui a décidé l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* en 1992, quand elle déclare :

Si [comme la Chambre l'avait constaté au début du paragraphe] la situation résultant de l'*uti possidetis juris* peut être modifiée par une décision d'un juge et par un traité, la question se pose alors de savoir si elle peut être modifiée d'autres manières, par exemple par un acquiescement ou une reconnaissance. Il n'y a semble-t-il aucune raison, en principe, pour que ces facteurs n'entrent pas en jeu, lorsqu'il y a assez de preuves pour établir que les parties ont en fait clairement accepté une variante, ou tout au moins une interprétation, de la situation résultant de l'*uti possidetis juris*¹³.

Et quelques paragraphes plus loin, la Chambre revient au même thème, le situant dans le cadre spécifique de l'affaire, en déclarant qu'elle

n'estime pas que l'application du principe de l'*uti possidetis juris* dans l'Amérique espagnole avait pour effet de figer pour toujours les limites des pro-

12 153 *RCADI*, 1976-V, 69 (c'est nous qui soulignons).

13 *CIJ Rec. 1992*, p. 401, par. 67. La Chambre s'efforce de justifier l'exemple de la « décision judiciaire » – qui (sauf si elle est rendue *ex aequo et bono*) n'a en principe qu'un effet déclaratoire et non pas constitutif du *status juris* dont la source reste le principe de l'*uti possidetis* – de la manière suivante : « . . . dans les cas des précédents arbitrages latino-américains relatifs à des frontières, c'est maintenant la sentence arbitrale qui est déterminante, bien qu'elle soit fondée sur une certaine appréciation de la situation qui découlait de l'*uti possidetis juris*. L'appréciation que fait la sentence de la situation résultant de l'*uti possidetis juris* prévaut, et elle ne peut maintenant être remise en question du point de vue juridique, même si elle peut l'être du point de vue historique. Ainsi, pour de telles frontières, la date de la sentence est devenue une nouvelle date critique, une date postérieure . . . » (*Ibid.*)

vinces qui, avec l'indépendance, ont constitué les frontières entre les nouveaux Etats. Il était évidemment loisible à ces Etats de modifier par un accord les frontières les séparant ; et certaines formes d'activité ou d'inactivité pourraient valoir acquiescement à une limite différente de celle de 1821¹⁴.

Cette possibilité pour le droit international de prendre en considération les développements ultérieurs à l'accession à l'indépendance soulève deux séries d'interrogations : la première concerne la notion de « date critique » et la seconde les conditions dans lesquelles ces développements ultérieurs peuvent être pris en considération.

► *La « date critique »*

En ce qui concerne la première interrogation, la possibilité pour le droit international de prendre en considération les développements ultérieurs à l'accession à l'indépendance met radicalement en question une certaine conception monolithique de la « date critique », selon laquelle il n'y aurait qu'une seule « date critique » pour établir le « titre territorial » du nouvel Etat, qui est celle de l'accession à l'indépendance. Cette conception implique que tous les développements ultérieurs à cette date ne peuvent entrer en ligne de compte. En d'autres termes, on en revient par un détour à la notion de « gel » perpétuel de la frontière dès la date de l'indépendance ; ce qui va à l'encontre de l'analyse qui précède, et tout particulièrement celle de la Chambre de la Cour en 1992.

En effet, le premier extrait cité de la décision de la Chambre, vient du paragraphe 67, qui traite précisément de la « date critique », dont le début est très clair sur ce point :

Le principe de *l'uti possidetis juris* est quelquefois affirmé en termes presque absolus, comme si la situation à la date de l'indépendance était toujours déterminante ; comme si, en bref, il ne pouvait y avoir d'autre date critique.

14 *Ibid.*, p. 408, par. 80. L'année figurant dans le texte, 1821, est celle de l'indépendance et de la constitution de l'Etat fédéral de l'Amérique Centrale qui fut dissout en 1839. Cependant, les Etats successeurs ont continué à reconnaître la première date de l'indépendance de l'Espagne comme celle de référence pour l'établissement des lignes de *l'uti possidetis*.

Pour les Etats hispano-américains plus au sud, c'est 1810 – la date à partir de laquelle les provinces sud-américaines ont cessé de reconnaître l'autorité de la métropole hispanique (bien que les indépendances formelles adviendront plus tard) – qui fut reconnue comme date de référence de *l'uti possidetis*.

Dans les deux cas, il s'agissait de nouveaux Etats issus d'un même empire. Le Brésil, en revanche, qui a accédé à l'indépendance en 1822, est issu d'un autre empire, ce qui n'a pas manqué de soulever de nombreux problèmes et complications. Voir *infra* (notes 17 et 21). Cf. M.G. Kohen, *op. cit. supra* (note 5), à la p. 464.

Or, . . . il ne saurait en être ainsi. Manifestement, une date critique ultérieure peut apparaître, par exemple par suite d'une décision d'un juge ou d'un traité frontalier¹⁵.

Il faut dire que la notion de « date critique » est une notion polysémique. Car le qualificatif « critique » ne se comprend que par rapport à un référent qui lui est extérieur. La date est « critique », c'est-à-dire juridiquement déterminante, par rapport à un certain objet ou but spécifique, et non pas de manière générale. Ainsi, pour chaque acte ou fait juridique, c'est-à-dire productif d'effets de droit, il peut y avoir une « date critique » différente. Pour ce qui est de l'application de la notion de « date critique » au principe de l'*uti possidetis*, il est clair que cette date est celle de l'accession à l'indépendance. Mais cette date est « critique », c'est-à-dire pertinente et même déterminante pour les besoins d'un but ou d'un objet spécifique, qui est l'établissement du titre territorial avec lequel le nouvel Etat commence sa vie d'Etat indépendant. Elle n'est pas nécessairement « critique » pour les actes et les faits juridiques qui peuvent influencer sur ce titre ou acquis territorial après l'indépendance, conformément au droit international.

Comme l'a dit la Chambre de la Cour dans l'affaire *El Salvador/Honduras*, si les Parties concluent après l'indépendance un traité précisant, ou même changeant la ligne de l'*uti possidetis* pour un segment de frontière, c'est la date de ce traité qui devient la « date critique » pour cette section. De même, en cas de recours à un organe juridictionnel, c'est la date de sa décision qui devient, selon la Chambre, la « date critique », nouvelle ou renouvelée, pour le segment de frontière concerné¹⁶.

Naturellement, pour les autres processus informels de droit international, qui ne s'incarnent pas en un acte juridique ponctuel dans le temps, tel un traité ou un jugement, mais opèrent de manière progressive et cumulative, il est beaucoup plus difficile de leur trouver un ancrage dans le temps en forme de date critique. Dans ces cas, le seul repère possible dans le temps pour jauger l'effet juridique de ces processus, c'est le moment de la cristallisation du différend auquel ils peuvent donner lieu¹⁷.

15 *CIJ Rec. 1992*, p. 401, par. 67. Sur l'hypothèse d'une décision judiciaire, voir *supra* (note 13).

16 Voir *CIJ Rec. 1992*, p. 401, par. 67. Il ne faut pas oublier, cependant, que dans les deux cas il s'agit de la date critique d'un nouveau titre, qui remplace l'*uti possidetis* dans le cas de traités ou qui vient le suppléer et le confirmer dans le cas de la décision juridictionnelle (ou même le remplacer, si elle est rendue *ex aequo et bono*).

17 C'est d'ailleurs à cette dernière date que le Brésil attache sa doctrine de l'*uti possidetis de facto*, qu'il a invoquée dans ses différends territoriaux avec ses voisins hispano-américains. Car, si le Brésil partageait avec ses voisins l'acception défensive du principe de l'*uti possidetis* de négation de toute vacance de souveraineté à l'issue de la décolonisation, il réfutait radicalement l'applicabilité à son égard du principe dans son acception conservatoire de gel du découpage

► *Les développements ultérieurs à l'indépendance et la ligne de l'uti possidetis*

De quelles manières les développements ultérieurs à l'indépendance peuvent-ils influencer sur la ligne de l'*uti possidetis* ?

Mention a déjà été faite des traités et des décisions juridictionnelles qui ne sont pas sujets à controverse. Mais dans le contentieux territorial, ce sont les processus informels qui sont le plus souvent contestés. Le rôle de ces processus, et par conséquent leurs effets, dépend du type de situation dans laquelle ils opèrent.

Dans son arrêt de 1986, la Chambre a examiné plusieurs cas de figure, en analysant « la relation juridique entre les 'effectivités' et les titres servant de base à la mise en œuvre du principe de l'*uti possidetis* » :

A cet effet plusieurs éventualités doivent être distinguées. [1] Dans le cas où le fait correspond exactement au droit, où une administration effective s'ajoute à l'*uti possidetis juris*, l'effectivité n'intervient en réalité que pour confirmer l'exercice du droit né d'un titre juridique. [2] Dans le cas où le fait ne correspond pas au droit, où le territoire objet du différend est administré effectivement par un Etat autre que celui qui possède le titre juridique, il y a lieu de préférer le titulaire du titre. [3] Dans l'éventualité où l'effectivité ne coexiste pas avec aucun titre juridique, elle doit inévitablement être prise en considération. [4] Il est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les 'effectivités' peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique¹⁸.

En partant de cette analyse, et en se rappelant que le titre territorial passe au nouvel Etat avec toutes les éventuelles déficiences qu'il comportait avant l'indépendance, nous pouvons distinguer quatre situations, représentant autant de modes d'interaction entre le titre territorial issu de l'*uti*

territorial à la date de l'indépendance. Issu d'un colonisateur différent, et usant de son poids de géant pour peser sur les limites territoriales au-delà des indépendances, il insistait sur la prise en considération de l'« instantané territorial » non pas au moment de l'indépendance, mais au moment de la cristallisation du différend. C'est cette position qui a été qualifiée d'*uti possidetis de facto* en contraste avec l'*uti possidetis* désormais qualifié de *juris*, qui gèle le titre au découpage territorial au moment des indépendances.

18 *CIJ Rec. 1986*, p. 586, par. 63; la numérotation est ajoutée. L'arrêt définit les « effectivités » comme « le comportement des autorités administratives en tant que preuve de l'exercice effectif de compétences territoriales dans la région [concernée] » (*ibid.*). Sur le sens de « titre juridique » dans ce paragraphe de l'arrêt, voir *supra* (note 7). La Cour a repris cette analyse de la relation titre/effectivités à plusieurs reprises : *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *CIJ Rec. 2002*, p. 353, par. 68; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaysia)*, arrêt, *CIJ Rec. 2002*, p. 678, par. 126 ; *Différend frontalier (Benin/Niger)*, arrêt du 12 juillet 2005, par. 77.

possidetis et les développements ultérieurs à l'indépendance (sans compter le premier cas de figure mentionné par l'arrêt, où les « effectivités » se conforment au titre issu de l'*uti possidetis* et le confortent, et qui ne soulève aucune controverse).

Premièrement : là où il n'y a pas eu, pendant la période coloniale, de délimitation claire, ou dans la mesure où la délimitation (entre divisions administratives d'un même empire, ou par traité), était partielle ou parcellaire, il n'y a pas de « legs colonial » à transmettre¹⁹ (sauf peut-être les effectivités sur le terrain)²⁰. De même, si des traités de délimitation ont été conclus, mais étaient entachés de nullité ou inapplicables en l'espèce pour d'autres raisons²¹.

Cette situation correspond au troisième cas de figure envisagé par la Chambre de 1986 où « l'effectivité ne coexiste avec aucun titre juridique » et où, toujours selon la Chambre « elle [l'effectivité] doit inévitablement être prise en considération ». Mais la Chambre ne nous dit pas de quelle manière. Et c'est là que les processus informels du droit international, en termes de contrôle paisible et d'accommodement mutuel, établissent pro-

19 Le premier objectif, défensif, du principe de l'*uti possidetis*, par la négation radicale de toute vacance de souveraineté dans les territoires décolonisés, présuppose l'existence d'un découpage territorial étanche, et donc des limites territoriales identifiables, au moment de l'indépendance. Mais ce postulat ne peut se vérifier dans les faits que si l'on entend par « limite » une « ligne » au sens géométrique du terme, d'« un point qui se déplace » et qui se définit minimalement par deux points. Dans ce sens, il existe toujours une ligne qui satisferait aux exigences logiques du principe de l'*uti possidetis*. Mais si l'on procède de l'acception courante de « ligne » comme un tracé continu dont chaque point est identifiable, le postulat serait loin de pouvoir être vérifié dans tous les cas; d'où les hypothèses envisagées dans le texte. Sur ce point, cf. opinion individuelle du juge *ad hoc* Abi-Saab, *ibid.*, pp. 111-112, paras. 13-15.

20 En l'absence d'un arrangement conventionnel délimitant la frontière entre deux colonies appartenant à des métropoles différentes, ou d'instruments de droit colonial fixant les limites entre les entités administratives qui accèdent à l'indépendance, ce sont les « effectivités coloniales » en forme de l'exercice du pouvoir public et des fonctions gouvernementales, qui reflètent la volonté politique du colonisateur quant au découpage territorial. Elles figureront ainsi sur l'« instantané territorial » qui constitue le « titre-preuve » du « legs colonial » à la date critique de l'indépendance; authentifié et protégé par le principe de l'*uti possidetis*. Dans cette hypothèse, il ne s'agit donc pas d'interaction ou de conflit entre titre et effectivités, mais d'effectivités faisant fonction de titre en l'absence de tout autre.

21 Le Brésil fonde sa position, rejetant l'applicabilité du principe de l'*uti possidetis juris* à son égard, sur cette base. Il prétend que les traités hispano-portugais de 1750, et surtout de 1777, qui définissaient les frontières en Amérique du Sud, ne sont plus applicables comme conséquence de la guerre de 1801 entre les deux Empires, car ils n'ont pas été remis en vigueur par le traité de paix qui mit fin à cette guerre. Le Brésil considère donc que s'il n'y a plus de titre conventionnel délimitant ses frontières avec ses voisins, il faut chercher le titre dans l'occupation effective, d'où l'*uti possidetis de facto*. Voir *supra* (note 17). Cf. M.G. Kohen, « L'*uti possidetis* revisité : L'arrêt du 11 septembre 1992 dans l'affaire El Salvador/Honduras », *RGDIP*, n° 4, 1993, 939, à la p. 951.

gressivement la frontière sur le terrain, qu'on les appelle accord tacite, acquiescement, reconnaissance ou autre chose. Ces processus peuvent opérer dès la période coloniale, soit entre les divisions administratives d'un même empire, soit entre des territoires relevant de différents empires, soit enfin entre une colonie et un Etat indépendant, et continuent à opérer, de manière cumulative, après l'indépendance.

Deuxièmement, là où une délimitation a été effectuée pendant la période coloniale, mais où les traités de délimitation (ou les actes de l'administration coloniale, dans le cas de deux colonies d'une même métropole) comportent des inexactitudes et des ambiguïtés, et dans la mesure où il n'y a pas eu de démarcation sur le terrain acceptée par les deux parties – situation correspondant au quatrième cas de figure envisagé par la Chambre – les processus informels d'accommodement mutuel, notamment par les administrateurs locaux ou les populations locales, peuvent rectifier les erreurs, clarifier les ambiguïtés et même ajuster quelque peu la ligne décrite dans le traité pour mieux correspondre à la topographie ou répondre aux besoins locaux ; avant comme après l'indépendance.

Cela peut être considéré comme une interprétation du traité (ou de la ligne de *l'uti possidetis*) par les parties selon le principe de la « pratique subséquente »²². Et en cas de recours à un organe juridictionnel (de même que pour une commission de démarcation), cet organe dispose d'une certaine marge de discrétion pour pallier ces défauts et ambiguïtés, même au dépens d'une interprétation par trop littérale des instruments²³.

Troisièmement, là « où le fait ne correspond pas au droit, où le territoire objet du différend est administré effectivement par un Etat autre que celui qui possède le titre juridique » – deuxième cas de figure envisagé par l'arrêt de 1986 – la Chambre nous dit qu'« il y a lieu de préférer le titulaire du titre ».

Quatrièmement, cependant, qu'il y ait eu une ligne d'*uti possidetis* ou non au moment de l'indépendance, si un acquiescement à une autre ligne a eu lieu « dans les années qui ont suivi l'indépendance »²⁴, c'est cette dernière qui s'impose, selon les deux arrêts des Chambres de la CIJ en 1986 et en 1992²⁵.

22 Voir *CIJ Rec. 1992*, paras 333, 345, 368.

23 *Ibid.*, par. 46.

24 *Ibid.*, par. 345.

25 *CIJ Rec. 1986*, p. 570, par. 34 : « [Un] argument basé sur l'acquiescement aurait pour effet, s'il s'avérait exact, de rendre inutile toute recherche destinée à établir la frontière héritée de la période coloniale . . . » ; *CIJ Rec. 1982*, para 80 : « . . . la Chambre n'estime pas que l'application du principe de *l'uti possidetis juris* dans l'Amérique espagnole avait pour effet de figer pour toujours les limites des provinces qui, avec l'indépendance, ont constitué les frontières entre les nouveaux Etats . . . La situation était susceptible d'être modifiée par acquiescement au cours de la longue période qui s'est déroulée depuis . . . »

En effet, la Chambre de la Cour en 1992 fait grand cas de la notion d'acquiescement, souvent en alternance avec le principe d'interprétation de la « pratique subséquente » déjà mentionnée, comme, par exemple, quand elle déclare :

Lorsque la limite administrative en cause était mal définie ou lorsque son emplacement était contesté, le comportement des deux Etats nouvellement indépendants dans les années qui ont suivi l'indépendance pouvait très bien, de l'avis de la Chambre, fournir une indication quant à l'emplacement de la frontière, soit dans l'idée commune que s'en faisaient les deux Parties, soit dans l'idée que s'en faisait l'une d'entre elles et en fonction de laquelle elle avait agi, l'autre ayant acquiescé (voir paragraphes 64, 80 et 205 ci-dessus)²⁶.

La Chambre se réfère à l'acquiescement dans de nombreux paragraphes²⁷. Elle l'analyse comme faisant partie d'un faisceau de phénomènes juridiques reflétant différentes manières de consentement tacite reconnues en droit international ; par exemple :

Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation²⁸.

Il n'y aurait rien à redire à propos de l'« acquiescement » s'il témoigne réellement d'un consentement tacite. En effet, « préférer le titulaire du titre », selon la formulation de l'arrêt de 1986, en cas de conflit entre titre et effectivités, reflète une considération de politique juridique et judiciaire sous-tendant depuis longtemps la jurisprudence en la matière (notamment celle concernant le contentieux territorial en Amérique Latine), mais qui a été formulée expressément dans les années soixante à partir d'un énoncé de la CIJ dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*²⁹, en termes de *principe de stabilité et finalité des frontières*. Selon ce principe, une frontière, une fois fixée conformément au droit international, y compris par l'opération du principe de *l'uti possidetis*, ne peut plus être remise en question ni changée, sauf avec le consentement des parties concernées. Et l'on ne peut concilier l'acquiescement avec ce principe et l'intégrer dans son schéma, que s'il comporte un réel consentement.

26 *Ibid.*, par. 345.

27 *Inter alia, ibid.*, par. 64, 80, 169, 176, 205, 280, 341, 364 et 368.

28 *Ibid.*, par. 364.

29 *CIJ Rec. 1962*, p. 34.

Cependant, comme certaines tendances récentes de la jurisprudence le laissent craindre, les libellés tels « acquiescement », ou « reconnaissance »³⁰, sont souvent utilisés de manière lâche, en s'accrochant à n'importe quel indice extérieur, pour y déceler un consentement par présomption, plutôt que de chercher une volonté ou un consentement réel, bien qu'implicite. Tendances qui, si elles s'accroissent, éroderaient largement l'effet stabilisateur du principe de *l'uti possidetis*.

En somme, le principe de *l'uti possidetis* joue en droit international un rôle stabilisateur majeur, en transformant en frontières internationales les divisions administratives entre territoires relevant d'un même empire lors de la décolonisation, et en marquant dans tous les cas une pause pour prise d'inventaire au moment de l'indépendance, pour que le nouvel Etat commence sa vie internationale avec un bilan territorial clair. Mais il n'ajoute rien, en termes de contenu, à cet inventaire ni à ce bilan. Et surtout, il n'arrête pas une fois pour toutes le fonctionnement des processus normaux du droit international déclenchés par les transactions et les interactions des sujets de droit avant comme après l'indépendance. Pour autant que ces processus, notamment s'ils sont informels, traduisent juridiquement un réel accommodement – plutôt que de servir comme simple justifications pour légitimer des mainmises territoriales au dépens du titre juridique – ils jouent eux aussi un rôle important. Car ils contribuent également à la stabilité du système en facilitant le changement pacifique conformément au droit.

30 Un de ces libellés, la « consolidation historique », tiré hors contexte d'une phrase de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Pêcheries norvégiennes* (CIJ Rec. 1951, p. 130, à la p. 137) et développé par une certaine doctrine en théorie permettant, avec le temps, l'érosion du titre initial par les effectivités, a reçu récemment un rejet cinglant de la part de la CIJ dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Fond)*, CIJ Rec. 2002, par. 65 : « La Cour note que la théorie de la consolidation historique a fait l'objet de nombreuses controverses et estime que cette notion ne saurait se substituer aux modes d'acquisition de titre reconnus par le droit international, qui tient compte de nombreux autres facteurs importants de fait et de droit. Elle observe par ailleurs que rien dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Pêcheries* ne donne à entendre que la 'consolidation historique' dont il est fait état en ce qui concerne les limites extérieures de la mer territoriale autoriserait à faire prévaloir l'occupation d'un territoire terrestre sur un titre conventionnel établi ». Cette critique ne s'applique cependant pas quand le Terme est utilisé dans le troisième cas de figure envisagé par l'arrêt de 1986, où l'effectivité n'est pas en conflit avec un titre préétabli : Voir *supra* (note 20) et le texte correspondant.

QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LE CONDOMINIUM EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

*Julio A. Barberis**

1 INTRODUCTION

Dans le monde juridique il existe parfois des institutions qui, ayant été employées dans une certaine époque, sont tout d'un coup oubliées. Cet oubli peut obéir à des raisons différentes : soit qu'elles deviennent inapplicables à cause de la situation sociale ou économique, soit que la figure juridique en question perde son importance ou qu'elle présente des caractères qui la rendent confuse ou de peu d'utilité pratique. Un exemple de ceci est le condominium international. La réalité internationale actuelle offre des situations pour lesquelles le condominium est une solution adéquate. Cependant, de nos jours, la figure du condominium international n'est qu'exceptionnellement appliquée. L'un des motifs pour cette inapplication est, à notre avis, le manque d'une définition claire de ses caractéristiques. Par conséquent, pour encourager son utilisation, il faudrait préciser ses éléments.

2 QUELQUES CONCEPTS FONDAMENTAUX

La notion de condominium international est liée au concept de « territoire de l'Etat »¹. Nous pouvons définir ce territoire comme le domaine de validité

* Professeur émérite à l'Universidad Austral, Buenos Aires, membre émérite de l'Institut de Droit international.

1 Cf. dans ce sens : F. Gautier, *Das Wesen des Staatsgebiets dargestellt am Kondominat*, thèse (Heidelberg, 1906); A. Verdross, « Staatsgebiet, Staatengemeinschaftsgebiet und Staatengebiet », *37 Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, 1927, t. 37, p. 293 ss. En relation avec le territoire de l'Etat, voir J.A. Barberis, « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *AFDI*, 1999, 132 ss. ; et du même auteur, *El territorio del Estado y la soberanía territorial* (Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003).

spatiale de la norme juridique². Ce domaine de validité spatiale comprend le territoire terrestre, les eaux intérieures, la mer territoriale, les eaux archipélagiques, l'espace aérien et le sous-sol de tous ceux-ci. En vertu de la « souveraineté territoriale », l'Etat a la compétence ou la faculté de transférer son propre territoire à un tiers³.

Il convient de préciser les caractéristiques du territoire étatique en droit international actuel⁴. En premier lieu, le territoire de l'Etat est un espace fixe et limité. En deuxième lieu, cet espace est respecté par tous les membres de la communauté internationale. L'obligation de respect de l'intégrité territoriale des Etats est imposée par une norme du droit international actuel⁵ qui ne relève pas de la « nature juridique » du territoire.

Il se peut que l'ensemble des compétences qu'un Etat exerce sur un territoire soit partagé entre deux sujets. Ainsi, l'un des Etats, l'Etat souverain, détiendra la faculté de disposer de ce territoire, pendant qu'un autre Etat exercera son administration. Celui-ci aura donc la suprématie territoriale⁶. Cette « suprématie territoriale » comprend tous les droits ou compétences territoriales qu'un Etat possède à l'égard du territoire d'un Etat étranger. Par exemple, en vertu de la convention de Pékin du 8 juin 1898 entre la Chine et la Grande Bretagne, celle-ci a exercé la suprématie territoriale sur Hong Kong pendant 99 ans, depuis le 1^{er} juillet 1898 jusqu'au même jour de 1997. La Chine était alors l'Etat souverain⁷.

A. *Le territoire étatique*

En rapport avec le condominium, objet de notre étude, il convient de s'attarder sur trois concepts liés au territoire étatique, à savoir la limite territoriale (a), les ressources naturelles partagées (b) et l'impénétrabilité du territoire étatique (c).

► *La limite territoriale*

Délimiter signifie déterminer ou établir avec précision les limites d'un espace territorial. Lorsqu'une limite internationale est fixée entre deux Etats, la ligne limitrophe marque le domaine de compétence des autorités de l'un et de l'autre pays. Pour la délimitation en droit international, on utilise normalement la méthode de la délimitation spatiale. Il s'agit de l'établissement

2 Barberis, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, *ibid.*, p. 41.

3 *Ibid.*, p. 180.

4 *Ibid.*, p. 45 ss.

5 *CIJ Rec. 1949*, p. 35.

6 Barberis, *op. cit.* (note 2), pp. 34 ss.

7 *CTS*, t. 186, p. 471 ss.

de la limite du territoire étatique, c'est-à-dire, de la norme qui octroie à l'Etat la faculté de céder son propre territoire à un autre sujet international. La limite est généralement déterminée par le biais d'un traité ou d'un arrêt arbitral ou judiciaire, même si elle peut aussi relever d'une coutume ou de la résolution d'une organisation internationale.

Dans le domaine terrestre, il n'existe aucune norme déterminant la manière de tracer une limite internationale⁸. Les Parties ont, en conséquence, une grande liberté pour choisir la ligne de démarcation qu'elles souhaitent. Il en va de même en droit de la mer, où la seule différence est marquée par l'article 15 de la convention de Montego Bay, selon lequel si les Parties ne fixent pas la limite dans la mer territoriale, on appliquera subsidiairement la règle de l'« équidistance circonstances spéciales ». En général, les limites utilisées dans le sens vertical sont des lignes perpendiculaires à la superficie de la terre⁹. Pourtant, nous pouvons trouver quelques exceptions lorsqu'il existe des ponts construits sur des fleuves internationaux. Dans ces cas, la limite sur le pont peut parfois ne pas coïncider avec la prolongation de la limite fixée dans le fleuve¹⁰.

La délimitation est une activité normative visant la création de normes juridiques pour fixer les limites. Dans la mesure où ces limites traversent la terre ferme, la pratique internationale impose la signalisation de la ligne limitrophe sur le terrain. Les diverses activités techniques qui rendent possible cet objectif sont connues sous le nom générique de *démarcation*. Quant à l'organe chargé de la tâche de démarcation des internationales, il s'agit généralement d'une commission mixte composée des fonctionnaires des pays intéressés. La ligne limitrophe est souvent signalée par des bornes ou des pyramides en fer ou en béton. Si cette ligne passe par un sommet

8 Dans ce sens, le Tribunal fédéral suisse a exprimé dans son arrêt du 21 octobre 1892, dans le cas entre les cantons des Grisons et du Ticino : « Der Grenzlauf zwischen zwei Staaten ist entweder ein geschichtlich hergebrachter oder durch vertragsmässige Vereinbarung festgestellt. Allgemein verbindliche Regel über den Grenzlauf der Staatsgebiete giebt es nicht », XVIII *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes*, 1892, t. XVII, pp. 683 et 684.

9 L'article 5 du traité entre l'Allemagne et l'Autriche du 29 février 1972 concernant la frontière commune, reproduit cette règle générale dans les termes suivants : « Durch die Staatsgrenze werden die Hoheitsgebiete der beiden Vertragsstaaten sowohl auf der Erdoberfläche als auch in lotrechter Richtung im Luftraum und unter der Erdoberfläche voneinander abgegrenzt », II *BGBI.*, 1975, t. II, p. 767.

10 Par exemple, la limite entre l'Argentine et le Brésil, dans les fleuves Uruguay et Iguazú, est la ligne du *thalweg*, selon le traité du 6 octobre 1898 (186 *CTS*, t. 186, p. 471 ss.). Quant aux ponts sur ces fleuves, ponts unissant Paso de los Libres (Argentine) avec Uruguayana (Brésil) et Puerto Iguazú (Argentine) avec Puerto Meira (Brésil), la limite est toutefois la ligne moyenne du pont (Minis-tère des relations étrangères et du culte de la République argentine, *Instrumentos internacionales de carácter bilateral suscriptos por la República Argentina*, t. I (Buenos Aires, 1950), pp. 511 ss. et 519 ss.) et accord par échange de notes du 29 novembre 1985 (non publié).

ou par un autre accident géographique, la commission mixte peut déterminer que ce sommet ou accident géographique constituera une borne naturelle. La distance à laquelle les signaux sont placés l'une de l'autre dépend des activités humaines dans la zone. Une règle de bonne technique de démarcation, qui s'appelle intervisibilité, nous enseigne qu'il faut placer les bornes d'une manière telle qu'on puisse percevoir depuis l'une des bornes celle qui la précède aussi que celle qui la suit. Si dans une limite déjà démarquée, l'activité humaine s'accroît notablement, la commission mixte peut intensifier la démarcation en rajoutant des bornes intermédiaires.

► *Les ressources naturelles partagées*

Comme on vient de le voir, le territoire de l'Etat est, en principe, délimité et ses limites sont fréquemment marquées sur le terrain avec des bornes. L'emplacement de bornes constitue une technique utile pour la démarcation du terrain, par exemple, pour délimiter une mine de charbon ou une forêt. Cependant, l'emploi de bornes se révèle inadéquat pour fixer une limite lorsqu'il faut diviser des substances fluides ou des êtres vivants, c'est-à-dire, de ce qu'en droit des gens on appelle des ressources naturelles partagées. C'est le cas d'un fleuve, d'un gisement de gaz ou d'un banc de poissons habitant dans un lac transfrontalier, comme nous le verrons par la suite.

Les ressources naturelles entièrement placées dans le territoire d'un Etat sont des ressources naturelles propres. Appartiennent à cette catégorie les mines et les gisements de substances solides situés des deux côtés d'une frontière.

En dehors des limites territoriales des Etats, nous pouvons trouver des ressources naturelles qui n'appartiennent à aucun pays en particulier. Ces ressources constituent le patrimoine commun de l'humanité et comprennent, entre autres, les fonds marins et l'espace extraterrestre.

Enfin, il existe certaines substances liquides ou gazeuses qui passent d'un Etat à l'autre ou qui s'étendent à travers les territoires de plus d'un Etat. Ainsi, par exemple, les fleuves internationaux, l'atmosphère, les lacs internationaux, les gisements de gaz ou de pétrole et les eaux souterraines qui traversent une limite internationale. Le cas est similaire pour les animaux migratoires et ceux qui habitent dans le territoire de plus d'un Etat. Toutes ces ressources forment la catégorie des ressources naturelles partagées.

Lorsqu'il s'agit de la division de ces ressources naturelles partagées entre deux ou plusieurs Etats, l'utilisation de bornes s'avère inadéquate. En effet, l'exploitation d'une ressource naturelle partagée dans un Etat peut avoir des conséquences dans le territoire d'autres Etats. Par exemple, la construction d'un barrage hydroélectrique dans un fleuve international peut modifier le régime de celui-ci à l'aval ; par le forage dans le territoire d'un Etat on peut exploiter le pétrole se trouvant dans un pays voisin dès lors que ce

gisement traverse la limite internationale ; un aquifère peut subir une contamination provenant du territoire d'un autre Etat ; la pêche excessive d'un Etat dans un lac international peut affecter la richesse halieutique d'un Etat co-riverain. Tout ceci fait que le droit international ait élaboré des normes propres pour l'exploitation de ces ressources.

Les ressources naturelles partagées se caractérisent par deux espèces d'éléments. D'une part, il s'agit de substances fluides (liquides ou gazeuses) qui passent du territoire d'un Etat à celui d'un autre ou qui traversent les territoires de plusieurs Etats. D'autre part, sont aussi des ressources naturelles partagées les animaux qui migrent d'un pays à un autre et ceux dont l'habitat comprend le territoire de plus d'un Etat. On peut mentionner comme exemples les cygnes et les canards qui migrent en Amérique du Nord, les rennes des pays nordiques et les vigognes qui habitent certaines zones du Pérou, de la Bolivie, du Chili et de l'Argentine.

L'élément déterminant pour dire si une ressource naturelle est partagée ou non est la nature propre des choses. En d'autres termes, la qualité de la ressource naturelle partagée ne dépend pas de la volonté des Etats mais de la nature même de la ressource.

Selon le concept exposé, les ressources naturelles partagées incluent les espèces animales indiquées ci-dessus, l'atmosphère, et les fleuves et lacs internationaux. Les eaux souterraines, les gisements de gaz, de pétrole et d'énergie géothermique traversant une limite internationale appartiennent aussi à cette catégorie¹¹.

Par rapport à l'objectif de cette étude, nous devons préciser la conclusion suivante : les ressources naturelles partagées n'entraînent pas un condominium ni une communauté. Pour pouvoir parler d'une ressource naturelle partagée, il faut toujours qu'il y ait une limite internationale¹² et que le droit des gens impose certaines règles spéciales pour son exploitation en vertu de ces caractéristiques propres.

11 Cf. : J.A. Barberis, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional* (Madrid, Tecnos, 1979), p. 146 ss. Dans le même sens : A. Reinicke, *Die angemessene Nutzung gemeinsamer Naturgüter* (Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1991), p. 19 ss.

12 A. Székely, dans son étude concernant les « Transboundary Resources: A View From Mexico », 26 *Natural Resources Journal*, 669 ss., critique sévèrement le concept de « ressource naturelle partagée » développé ci-dessus. Mais la critique est dirigée plus vers le nom de l'institution que vers le régime juridique, à l'égard duquel l'auteur cité semble être d'accord avec les affirmations faites dans cette contribution. Il est vrai que le nom « ressource naturelle partagée » n'est pas le plus adéquat, mais ce qui importe est le régime juridique et non sa dénomination.

► *L'« impénétrabilité » du territoire étatique*

La littérature juridique allemande des premières décennies du XX^e siècle, attribue souvent au territoire de l'Etat la caractéristique de l'« impénétrabilité » (*Undurchdringlichkeit*), caractéristique propre des corps physiques¹³. Ainsi, de la même manière que l'espace occupé par un corps physique ne peut pas être occupé simultanément par un autre corps, le territoire sous la souveraineté d'un Etat ne pourrait pas appartenir simultanément à deux Etats différents. Pourtant, comme dans la réalité il existe des cas de condominium, ceux-ci sont présentés comme des cas d'exception.

A dire vrai, l'« impénétrabilité » n'est pas un élément du territoire étatique. Il n'est pas possible d'attribuer à un concept normatif des qualités propres d'un objet matériel. En plus, on ne peut pas attribuer à un objet une certaine caractéristique comme propre et après affirmer que cette caractéristique ne se présente pas dans certains cas particuliers. Une telle affirmation est contradictoire et entraîne une dénaturation de la définition donnée.

B. *Le condominium*

Dans les cas analysés dans la partie I qui précède, il s'agit toujours de territoires qui appartiennent à un seul Etat souverain. Envisageons maintenant l'hypothèse d'un territoire appartenant à deux ou plusieurs Etats différents. Parmi les divers exemples fournis par la pratique internationale, il est nécessaire de distinguer ceux dont il existe une vraie situation de condominium et de mettre en relief les éléments qui caractérisent ces situations. En effet, le condominium se caractérise par la coïncidence d'un espace comme territoire de plusieurs Etats (a) et l'impossibilité pour chacun des Etats, devenus ainsi co-souverains, de céder unilatéralement ses droits à un tiers (b).

► *La coïncidence d'un espace comme territoire de plusieurs Etats*

Un espace appartient simultanément à plusieurs Etats lorsque ceux-ci exercent la souveraineté territoriale sur cet espace, c'est-à-dire qu'ils jouissent de la faculté de céder ledit espace à des Etats tiers.

La mise en relief de cette caractéristique permet d'exclure de la figure du condominium les cas dans lesquels il n'y a pas de coïncidence des territoires étatiques. Ainsi, nous ne sommes pas en présence d'un condominium lorsque l'un des Etats concernés est souverain d'un territoire et l'autre détient la suprématie territoriale sur celui-ci¹⁴. Dans ce cas, il n'y a pas de

13 Voir, p. ex., G. Jellinek, *Allgemeine Staatsrechtslehre*, 4^e éd. (Berlin, Häring, 1922), p. 395 ss.

14 Voir *supra* (note 7).

coïncidence de deux territoires étatiques parce que l'Etat qui exerce la suprématie territoriale n'est pas le souverain lui-même. La situation des Vallées d'Andorre, contrairement à l'opinion de certains auteurs¹⁵, ne constitue pas un exemple de condominium. En effet, en Andorre il n'y a pas de coïncidence entre deux territoires étatiques, il s'agit plutôt d'un Etat avec deux coprinces et un seul territoire étatique déterminé.

Il n'existe pas non plus de coïncidence de deux territoires étatiques lorsqu'un Etat est le souverain d'un territoire et un autre Etat détient seulement la propriété privée de cet espace, ou quand deux Etats ne sont que les propriétaires de ce territoire. Ainsi, par exemple, dans l'accord franco-allemand du 10 mai 1984 qui met fin à la controverse concernant la forêt de Mundat, il est prévu que l'Allemagne détiendra la souveraineté territoriale pendant que la propriété appartiendra à la France, propriété qui sera régie selon le droit allemand¹⁶. A l'origine, la forêt de Mundat appartenait à l'abbaye de Weissenburg, en Alsace, qui fût fondée au VII^e siècle. La forêt a une étendue d'environ 680 hectares.

Un autre accord dans lequel il se présente une situation similaire est celui qui met fin à la controverse territoriale entre l'Equateur et le Pérou. Les Présidents de ces pays ont signé un acte à Brasilia, le 26 octobre 1998, dans lequel ils établissent que la ligne limitrophe sera celle indiquée par les Présidents des Etats garants du Protocole de Rio de Janeiro de 1942 (le Chili, l'Argentine, le Brésil et les Etats Unis d'Amérique) dans une note diplomatique signée trois jours auparavant. Cette note dispose que, dans la zone attribuée au Pérou, l'Equateur aura la propriété privée d'un espace de 1 km² dans l'endroit appelé Tiwinza. La note précise en outre que la propriété de l'Equateur sera régie par le droit civil péruvien et qu'elle n'affectera pas la souveraineté territoriale du Pérou¹⁷.

Dans le même esprit, le Paraguay et l'Argentine ont conclu le 3 décembre 1973 un traité par lequel ils ont créé l'Entité binationale Yacyretá afin d'exploiter l'énergie électrique du fleuve Paraná à la frontière entre les deux Etats¹⁸. L'article 5, alinéa 1, du traité dispose que « les installations destinées à la production d'énergie électrique et leurs ouvrages auxiliaires [...] constitueront une copropriété détenue à parts égales et n'entraîneront

15 Voir, dans ce sens, p. ex., Rossi, *Il Condominium nel diritto pubblico internazionale* thèse (Padova, 1910), p. 15 ss. ; A. Coret, *Le condominium* (Paris, LGDJ, 1960), p. 90 ss.

16 A propos de cette affaire, voir J. Myard, « L'accord du 10 mai 1984 sur le Mundat », *AFDI*, 1985, p. 884 ss. ; H. Dünisch, *Der Mundatwald – Zur Bereinigung letzter Kriegsfolgenprobleme zwischen Deutschland und Frankreich* (Frankfurt am Main/Berlin/New York/Paris, Lang, 1989).

17 Ministerio de Relaciones Exteriores del Peru, *Acuerdos suscritos entre el Perú y el Ecuador en Brasilia, el 26 de octubre de 1998*, Lima, 1998, p. 30.

18 *UNTS*, t. 1380, p. 74 ss.

aucun changement concernant les limites entre les deux pays fixées dans les Traités en vigueur »¹⁹. La limite internationale a été fixée par la convention du 3.II.1876²⁰. En même temps, l'alinéa 2 de l'article 5 du traité de 1973 explique le caractère du condominium accordé :

La copropriété constituée par les installations et ouvrages mentionnés ne confèrera à aucune des Hautes Parties contractantes le droit de propriété ni de juridiction sur une partie quelconque du territoire de l'autre. Elle n'entraîne pas non plus de modification ni de changement des souverainetés respectives et ne modifie pas les droits actuels des Hautes Parties contractantes concernant la navigation sur le fleuve Paraná²¹.

L'interprétation des dispositions transcrites nous amène à la conclusion que le barrage de Yacyretá est un condominium de droit interne entre l'Argentine et le Paraguay.

Enfin, nous pouvons mentionner que dans les traités de limites il est possible de trouver des dispositions concernant les eaux souterraines situées dans la ligne limitrophe. Pour faciliter l'utilisation de ses eaux de la part des populations voisines il est habituel d'accorder que la limite passe par la source et que les Etats limitrophes peuvent partager l'utilisation de ces eaux. Nous trouvons des exemples de ceci dans le traité du 5 octobre 1861 entre la Suisse et l'Italie²², dans l'article 28 du traité de limites entre l'Espagne et le Portugal du 29 septembre 1864²³, et dans le protocole du 11 décembre 1953 entre la Yougoslavie et l'Albanie qui règle l'utilisation des eaux de frontière²⁴. Dans tous ces cas, il ne s'agit pas d'un condominium international du fait que les eaux et les terres sont bien délimitées et que la seule chose partagée par les populations des Etats limitrophes est l'utilisation des eaux.

Une fois ces distinctions faites, on peut mentionner quelques affaires actuelles dans lesquelles un espace déterminé constitue un territoire appartenant à plus d'un Etat. Les exemples qui se présentent actuellement se réfèrent, la plupart du temps, à des espaces maritimes ou fluviaux, même si le

19 « [L]as instalaciones del aprovechamiento hidroeléctrico y sus obras auxiliares . . . constituirán un condominio, por partes iguales, de ambas Altas Partes Contratantes y no producirán variación alguna en los límites entre los dos países establecidos en los Tratados vigentes ».

20 *CTS*, t. 150, p. 248 ss.

21 « El condominio que se constituye sobre las instalaciones y obras referidas no conferirán a ninguna de las Altas Partes Contratantes, derecho de propiedad ni de jurisdicción sobre cualquier parte del territorio de la otra. Tampoco implica alteración ni cambio de las respectivas soberanías ni modifica los derechos actuales de las Altas Partes Contratantes sobre la navegación del río Paraná ».

22 *CTS*, t. 124, p. 371.

23 *CTS*, t. 129, p. 439.

24 *Medunarodni Ugovori Federativne Narodne Republike Jugoslavije*, 1955, n° 28.

cas le plus connu est celui de l'île des Faisans ou de la Conférence. En relation avec ce dernier cas, le traité du 2 décembre 1856 entre l'Espagne et la France dispose que ladite île, située dans le fleuve Bidassoa, « appartiendra par indivis à la France et à l'Espagne » (art. 27)²⁵.

Une idée similaire a été suivie par le traité du 15 avril 1858 qui fixe la limite entre le Costa Rica et le Nicaragua. Du côté de l'Atlantique, la limite arrive jusqu'à la baie de San Juan del Norte et, du côté du Pacifique, jusqu'à celle de Salinas. L'article 4 dudit traité dispose que les deux baies « seront communes aux deux Républiques »²⁶.

L'Acte de Vienne de 1815 et les accords qui l'ont immédiatement succédé attribuent une fonction importante aux fleuves en tant que limites internationales. En conséquence, l'Allemagne et le Luxembourg ont convenu, le 19 décembre 1984 que, partout où la Moselle, la Sûre et l'Our forment la frontière d'après le traité du 26 juin 1816²⁷, « elles constituent un territoire commun sous souveraineté commune des deux Etats contractants »²⁸. La délimitation latérale de ce territoire est la ligne d'intersection de la surface de l'eau avec la surface de la terre telle qu'elle se forme au niveau moyen des eaux s'écoulant librement et, dans les retenues, au niveau hydrodynamique. La longueur du territoire commun est d'environ 127 kilomètres²⁹.

La Bolivie et le Pérou ont décidé d'étudier l'exploitation des eaux du lac Titicaca par le biais des traités du 30 juillet 1957, entrés en vigueur le 20 février 1987³⁰. L'article 1 du traité de 1957 considère que l'une des bases du plan d'études adopté pour cette exploitation est le « condominium indivisible et exclusif que les deux pays exercent sur les eaux du lac Titicaca ».

Le 19 novembre 1973 l'Argentine et l'Uruguay ont conclu un traité concernant le régime juridique du Río de la Plata. Son article 2 fixe une

25 CTS, vol. 116, p. 93. Voir aussi le traité du 27 mars 1901 (189 CTS, 311 ss.). Sur cette affaire, voir C. Fernandez de Casadevante Romaní, *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad (especial referencia al sector fronterizo del país vasco)* (País Vasco, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1985), pp. 173 ss.

26 « [S]erán comunes a ambas Repúblicas » ; *Colección de los tratados internacionales celebrados por la República de Costa Rica*, t. I (San José de Costa Rica, 1892), p. 99. Dans son arrêt du 30 septembre 1916, la Cour de Justice centraméricaine fait référence à ce traité et dit que « Costa Rica . . . possède le condominium dans les ports de San Juan del Norte et dans la baie de Salinas » (« Costa Rica . . . posee el condominio en los puertos de San Juan del Norte y en la Bahía de Salinas ») (*Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, n° 14-16, p. 170). Sur cette affaire, voir N. Boeglin Naumovic, *La frontière terrestre entre le Costa Rica et le Nicaragua*, thèse Paris II (Paris, 1996), pp. 179 ss. et 242 ss.

27 66 CTS, 187 ss.

28 BGBl., 1988, t. II, p. 414. Sur ce cas voir W. Rudolf, « Das deutsch-luxemburgische Kondominium », AVR, 1986, 301 ss.

29 Cf. : Rudolf, *op. cit.* (note 28), p. 302.

30 Voir les notes des Ministres de la Bolivie et du Pérou échangées à Puno le 15 juillet 1987.

bande de juridiction exclusive adjacente au rivage de chacune des Parties sur le fleuve. Celle-ci sera d'une largeur de deux milles marins dans la partie supérieure du fleuve et de sept milles dans la partie inférieure. Ces zones de juridiction exclusive comprennent près de 8000 km². Le reste des eaux représente environ 22'000 km² et sont « des eaux d'utilisation commune »³¹.

Le Sénégal, la Guinée, la Guinée-Bissau et la Gambie ont créé, le 30 juin 1978, l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Gambie (O.M.V.G.). Plus tard, le 25 janvier 1985, ces Etats ont conclu un autre traité concernant le régime juridique des ouvrages communs dans le bassin dont l'article 2 dispose que « tout ouvrage qui a fait l'objet d'un instrument juridique le déclarant propriété commune et indivisible est et demeure pendant toute la durée de sa vie la propriété commune et indivisible des États membres de l'O.M.V.G. »³².

En ce qui concerne la caractéristique de la coïncidence de plusieurs territoires étatiques dans un espace, il faut faire deux remarques. D'abord, comme dans les exemples précédents, la coïncidence de plusieurs territoires dans un même espace n'est que la conséquence d'une décision adoptée par les Etats intéressés. Le simple fait qu'un espace n'ait pas encore été délimité ne signifie pas qu'il y existe un condominium. Celui-ci a son origine dans une décision des Etats dans ce sens et il n'est pas la conséquence d'une absence de délimitation ou de démarcation.

La deuxième précision concerne l'administration de l'espace dans lequel les territoires étatiques coïncident. Les Etats intéressés ont la pleine liberté pour adopter la forme juridique qu'ils souhaitent à cette fin. Ainsi, il peut arriver que chaque Etat ait ses propres organes pour administrer l'espace dans la mesure de sa compétence, que les Etats intéressés établissent un organe commun ou qu'ils créent une organisation internationale³³. Tout cela est compatible avec le condominium. Mais, si les Etats intéressés attribuent l'espace en question comme territoire à un seul Etat, le condominium disparaît³⁴.

31 1295 *UNTS*, 294. Sur cette affaire, voir E. González Lapeyre, *El Estatuto del Plata* (Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional, 1987) ; H.A. Basabe, « La cuestión de la jurisdicción en el Río de la Plata », *Prudentia juris (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina)*, No. XVII-XVIII (décembre 1985-avril 1986), p. 136 ss. ; E. González Lapeyre, *Los límites de la República Oriental del Uruguay* (Montevideo, 1986), p. 37 ss.

32 Texte fourni par l'OMVG à l'auteur, en tant que consultant de la FAO.

33 Ainsi, p. ex., dans le traité du 19 novembre 1973 entre l'Argentine et l'Uruguay concernant le Río de la Plata (art. 59-67), les Parties ont créé la Commission d'administration (« Comisión administradora »), avec une personnalité juridique internationale, pour l'administration des eaux d'utilisation commune.

34 P. ex., en 1980, la France et la Grande Bretagne, qui avaient le condominium des Nouvelles-Hébrides, ont mis fin à celui-ci par la création, dans cet espace, de la République de Vanuatu.

7. *La distribution des compétences.* L'espace du condominium est soumis à la souveraineté des Etats copropriétaires. En principe, nous pouvons imaginer deux formes ou manières d'exercer cette souveraineté : soit de forme conjointe, soit en distribuant l'activité de chacun des copropriétaires selon une règle déterminée³⁵. Dans le cas de l'activité conjointe, l'autorité des Etats copropriétaires sera présente à l'occasion de chaque acte de souveraineté. Dans le cadre de la deuxième hypothèse, il n'y a aucune règle juridique générale concernant la distribution des compétences et les Etats intéressés peuvent donc choisir celle qu'ils considèrent la plus convenable.

A cet égard, nous pouvons prendre en considération quatre critères fondamentaux pour la distribution des compétences : selon la matière, le temps, les personnes et l'espace. Ainsi, par exemple, si la zone soumise au condominium est un lac, les copropriétaires peuvent accorder que l'un des Etats s'occupera de tout ce qui concerne la navigation et la pêche pendant que l'autre Etat traitera tous les sujets restants. Si nous prenons un critère temporel, la compétence pourra être conférée à chaque copropriétaire pour un ou deux mois de manière alternative. S'il s'agit du critère personnel, les copropriétaires pourront décider, par exemple, que l'un d'eux s'occupera de ceux qui parlent une langue déterminée, pendant que l'autre le fera pour les habitants restants. Les copropriétaires peuvent aussi convenir que, dans l'espace du condominium, chacun d'eux aura juridiction sur un certain secteur. En plus, les copropriétaires peuvent adopter un système mixte de règles de distribution de compétence fondé sur des critères divers.

La pratique internationale offre des exemples qui correspondent à toutes ces hypothèses. Ainsi, dans le condominium sur les îles des Faisans, la distribution des compétences a lieu sur la base du critère temporel : six mois pour chaque copropriétaire³⁶. Le condominium sur les îles Nouvelles-Hébrides avait à la base une distribution de compétences du type personnel³⁷. L'article 6 du traité entre l'Argentine et l'Uruguay du 20 septembre 1996 (non encore ratifié) pour la construction d'un pont sur le Río de la Plata, déclare que le pont sera un condominium international et l'article 7, alinéa a, fixe le secteur dans lequel chacune des Parties exercera sa juridiction. Néanmoins, d'un point de vue juridique ainsi que politique et économique, l'exemple le plus important est peut-être celui du traité de 1973

Sur cette affaire, voir Benoist, *Le condominium des Nouvelles-Hébrides et la société mélanésienne* (Paris, Pedone, 1972).

35 Cf. en relation avec cette question Barile, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale* (Milano, Guiffre, 1951), p. 190 ss.

36 Art. 1 du traité franco-espagnol du 27 mars 1901 (*CTS*, vol. 189, p. 312).

37 Traité entre la France et la Grande Bretagne du 20 octobre 1906 (Martens, *Nouveau recueil général de traités*, 3^e série, t. 1, p. 523 ss.).

concernant la régulation du Rio de la Plata³⁸. L'accord a mis fin à une série d'incidents qui ont eu lieu depuis le début du XX^e siècle et les formules mises en place pour la distribution des compétences ont eu des résultats satisfaisants pour les deux Parties. Ainsi, par exemple, pour la sauvegarde de la vie humaine, en dehors des bandes côtières, la direction sera assumée par l'autorité de la Partie qui a commencé l'opération de recherche et de sauvetage (art. 33). Pour la surveillance des opérations de gabarage, l'autorité compétente sera celle de l'Etat du port de destination de la marchandise déchargée (art. 30). Lorsqu'il s'agit de surveiller les opérations de chargement, interviendront les autorités du pays duquel provient le complément de charge (art. 31). Pourtant, quand le port de destination ou celui de provenance de la marchandise appartient à des Etats tiers, le critère directeur est différent (art. 32). Le traité contient une solution pour les hypothèses diverses qui se présentent dans la pratique en désignant, soit la loi applicable, soit l'autorité compétente mais toujours sur la base du principe selon lequel l'autorité de chaque Etat applique sa propre loi.

► *L'impossibilité de chacun des cosouverains de céder ses droits à un tiers sans le consentement des autres cosouverains*

La deuxième caractéristique du condominium international est que chacun des Etats co-souverains ne peut céder ses droits à un tiers sans le consentement des autres co-souverains³⁹. Dans ce sens, le condominium international est différent de celui du droit interne de quelques Etats qui permet la cession des droits du copropriétaire sans le consentement des autres copropriétaires. Pour la cession internationale de la souveraineté territoriale, il faut toujours le consentement de tous les participants.

D'après quelques juristes, le condominium international ne serait qu'une particularité historique, appartenant au passé. Pour notre part, nous estimons au contraire que le condominium international est une catégorie juridique qui demeure actuelle et qui possède certaines caractéristiques fondamentales que nous venons de décrire, telles qu'un espace commun à plusieurs Etats et l'impossibilité de chacun des cosouverains de céder ses droits à un tiers sans le consentement des autres.

38 En relation avec ce traité, voir *supra* (note 31).

39 Cf. Barile, « Condominio internazionale », t. III, p. 1162.

SUR LES RIVES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'EAU : ENTRE UNIVERSALITÉ ET PARTICULARISMES

*Laurence Boisson de Chazournes**

1 INTRODUCTION

La question de l'universalité du droit ne cesse de poser des interrogations. Elle peut être abordée sous de multiples angles¹. Ainsi dans une perspective historique et politique, l'universalité des principes et normes est appréhendée en termes de légitimité et d'opposabilité. Le droit international répond-il aux aspirations de tous les Etats ou seulement à celles des Etats qui sont à l'origine de la formation de des principes et normes ? Les principes et normes lient-ils tous les Etats, y compris ceux qui ont connu une émancipation politique plus tardive ? D'autres conceptions de l'universalité d'essence sociologique, mais aussi géographique, s'appuient sur le fait que nombre des intérêts et valeurs collectifs identifiés et protégés à l'échelon international requièrent que l'application de principes et règles s'imposent à tous. Des valeurs morales et éthiques peuvent étayer cette prise de conscience juridique. L'universalité des principes et normes va de pair avec leur caractère général. Ce dernier caractère a notamment trait au contenu mais aussi au champ d'application d'un principe ou d'une norme². Le droit international de l'eau – dans le contexte de cette contribution, celui-ci sera

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève et professeure invitée à l'Institut universitaire de hautes études internationales. L'auteure tient à remercier Mara Tignino, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour son aide dans la préparation du présent article.

1 Sur ce débat, voir p. ex. M. Koskeniemi, « International Law in Europe: Between Tradition and Renewal », 16 *The European Journal of International Law*, n° 1, 2005, 113-124 et P.-M. Dupuy, « Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A response to Martii Koskeniemi », *ibid.*, 131-137.

2 Voir G.P. Buzzini, « La 'généralité' du droit international général : réflexions sur la polysémie d'un concept », 108 *RGDIP*, 2004, 381-406.

limité au droit des cours d'eau internationaux – présente des traits d'universalité et de généralité. Certains de ses principes relèvent ainsi du *corpus juris* du droit international général³, constitué de coutumes et d'accords à vocation universelle. Le droit international de l'eau fait également place à de nombreux particularismes. De nombreuses règles à caractère spécifique l'alimentent, participent au développement des normes générales en même temps qu'elles permettent de prendre en compte des situations particulières.

Les principes et règles qui composent le droit international de l'eau sont en partie issus des pratiques qui se sont forgées au XIX^e siècle. Dans son très beau cours à l'Académie de droit international de La Haye, Lucius Caffisch met en éclairage l'importance des changements politiques, économiques et technologiques qui prennent place en Europe au cours de cette période, de même que celle du phénomène de l'expansion coloniale dans le développement du droit international de l'eau relatif à la liberté de navigation⁴. Au cours du XX^e siècle, tant la progressive universalisation de la société internationale, l'accroissement des besoins, que la multiplication des utilisations des ressources en eau marquent de leur empreinte le droit. Celui-ci est appelé à appréhender les divers usages et besoins. La panoplie des utilisations se diversifie incluant les questions de production d'énergie, d'irrigation, d'utilisation à des fins industrielles, ou encore de protection de l'environnement naturel. L'édification de ce régime international est également tributaire des diversités politiques, géographiques et socio-économiques qui se font jour dans la société internationale.

L'évocation de ce contexte amène à s'interroger sur le rôle et la portée des principes et règles du droit international de l'eau : ceux-ci puisent leurs racines dans des réalités régionales et locales en même temps qu'ils peuvent les transcender pour revêtir une acception universelle. Le droit international de l'eau s'est en effet largement forgé à partir de pratiques et accords conclus à l'échelon de bassins fluviaux liant l'ensemble des Etats riverains ou certains de ceux-ci, ou encore au travers d'accords de portée régionale. Les caractéristiques propres à chaque cours d'eau ou le contexte politique prévalant dans une région marquent de leur empreinte les accords conclus

3 La notion « droit international général », comme l'explique G. Abi-Saab, désigne le droit international universel, où la généralité se rapporte au caractère impersonnel de la norme et à son applicabilité à tout sujet de droit. « Dans ce sens impersonnel, la 'généralité' est un attribut essentiel de la 'règle' de droit » (p. 198). Les règles du droit international général, selon G. Abi-Saab, sont à rechercher non seulement auprès du droit coutumier, source formelle générale par excellence, mais aussi auprès d'autres sources, telles les traités à vocation universelle. G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », 207 *RCADI*, 1987, 197-203.

4 Voir L. Caffisch, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », 219 *RCADI*, 1989, 36-47.

et les pratiques qui se forment. Cette situation explique les nombreux particularismes en droit international de l'eau, tenant par exemple à l'inégalité qui prévaut quant à l'approvisionnement en eau dans une région, la variabilité des besoins entre les pays ou entre des groupes de population, aux questions d'ordre climatique ou encore aux différences d'ordre géographique, économique ou culturel. Il n'en demeure pas moins vrai que des principes et règles de portée universelle ont pu émerger et trouver application. Ceux-ci permettent aux Etats d'asseoir leurs prétentions juridiques et d'en fonder la légitimité à l'aune de principes et règles définis par l'ensemble des Etats.

Dans ce contexte, il est intéressant d'analyser les relations qu'entretiennent les principes et règles de portée universelle⁵ et ceux développés à l'échelon d'un bassin ou d'une région. Elles peuvent reposer sur jeu d'ombres et de lumières (I). Elles peuvent être ainsi, le fait de relations qui permettent aux divers principes et règles de se développer et se nourrir les uns des autres (II).

2 A PROPOS DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE NAVIGATION : JEU D'OMBRES ET DE LUMIÈRES ENTRE UNIVERSALITÉ ET PARTICULARISMES

Le principe de la liberté de navigation compte parmi les principes du droit international de l'eau dans sa dimension universelle. Néanmoins ses contours ont pu évoluer d'une région à une autre, voire même d'un cours d'eau à un autre. Ils ont pu également varier au cours du temps. Le régime libéral prôné par les puissances de l'époque, à la fin du XIX^e siècle jusqu'au sortir de la Première guerre mondiale n'a pas trouvé un ancrage dans la pratique internationale, montrant par là le souci des Etats riverains d'édifier des régimes reflétant leurs préoccupations.

La question de la liberté de la navigation a commencé à prendre de l'importance en Europe à la suite de la Révolution française et des guerres napoléoniennes⁶. Entendue de manière libérale, la liberté de navigation

5 Le droit international dans sa dimension universelle joue un rôle qui va au-delà d'une évaluation en termes de droit positif. Pour une analyse approfondie dans cette perspective, voir H. Ruiz Fabri, « Règles coutumières générales et droit international fluvial », 36 *AFDI*, 1990, 818-842.

6 Voir notamment les articles 108 à 117 de l'Acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815 qui contenaient des dispositions relatives à la navigation des rivières internationales des Etats signataires. L'article 109 ouvrait les fleuves internationaux des parties contractantes à la navigation commerciale des navires battant leur pavillon. Voir aussi l'Annexe XVI B de l'Acte final portant sur les « Règlements pour la libre navigation des rivières ». C. Parry (ed), *Consolidated Treaty Series* (Dobbs, Ferry, NY, Oceana, 1967), vol. 64, 1815, p. 453.

reconnue aux navires battant pavillon d'Etats riverains et non riverains sur toute l'étendue navigable d'un cours d'eau compte parmi les développements du *corpus juris* qui émerge à l'époque. Dans un contexte d'expansion coloniale, les puissances européennes vont transposer ce principe à d'autres continents. L'Acte général de la Conférence de Berlin a ainsi envisagé l'extension de ce régime aux rivières du Congo et du Niger⁷. Pour les puissances européennes, le principe de la liberté de navigation est alors un outil de grande importance en matière d'expansion coloniale, ainsi que pour le développement de leurs activités commerciales. Comme il a été observé par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire de l'Ile Kasikili/Sedudu :

la navigation semble avoir été un élément qui a orienté le choix des puissances contractantes [notamment la Grande Bretagne et l'Allemagne] lorsqu'elles ont procédé à la délimitation de leurs sphères d'influence. En effet, les grands fleuves de l'Afrique ont traditionnellement offert aux puissances colonisatrices des voies de pénétration à l'intérieur du continent africain⁸.

Cette vision libérale a culminé avec le Traité de Versailles conclu le 28 juin 1919⁹ et le Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international du 20 avril 1921¹⁰. Ces deux traités permettaient l'ouverture des voies navigables d'Europe à toutes les nations. Cette interprétation du principe de la liberté de navigation est restée néanmoins rivée à ces cadres conventionnels. Les accords conclus par la suite retiendront une conception de ce principe dont les contours vont varier d'une région à une autre et d'un cours d'eau à un autre.

L'avènement de régimes autoritaires en Europe dans les années trente et par la suite la guerre froide vont battre en brèche l'interprétation libérale du principe de la liberté de navigation¹¹. Ainsi, la Convention relative au régime de la navigation sur le Danube de 1948¹² a restreint la liberté de navigation sur le fleuve aux seuls pavillons des Etats riverains d'Europe orientale. Les riverains du Rhin ont imposé des limitations analogues aux Etats d'Europe de l'Est. La fin de la guerre froide a entraîné dans son pro-

7 Voir Acte général de la Conférence de Berlin, dans Jules Hopf, *Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, deuxième série, Tome X (Göttingen, Librairie de Dietrich, 1885), pp. 416-418.

8 *Affaire de l'Ile de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), *CIJ Recueil 1999*, par. 44.

9 Voir les articles 327 et 331 à 362 du Traité de Versailles, dans G.-F. De Martens, *Nouveau recueil général de traités*, 3^e série, vol. 11, p. 323.

10 En particulier, voir l'article 2 du Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. VII, p. 50.

11 L. Caffisch, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *op. cit.* (note 4), p. 42.

12 Convention relative au régime de la navigation sur le Danube, Belgrade, 18 août 1948, *Recueil ONU*, vol. 33, p. 196.

longement la fin de ces limitations, en reconnaissant aux navires de tous les Etats riverains un droit de navigation.

Dans le sillage de la décolonisation, le principe de la liberté de navigation connaîtra un sort différent selon les accords conclus. Le régime du fleuve Niger semble admettre un régime libéral¹³. La Convention relative au statut du fleuve Sénégal adoptée en 1972 restreint quant à elle l'application de ce principe aux navires battant pavillon des Etats contractants¹⁴.

En Asie, le régime du Mékong fait montre de spécificités. Au début du XX^e siècle, les progrès industriels et les besoins d'accroître le commerce par voie fluviale conduisent la France et le Royaume de Siam à négocier en 1926 un traité d'amitié, de commerce et de navigation qui aménage un régime de liberté de navigation sur le Mékong¹⁵. Au lendemain des accords de Genève de 1954, le Cambodge, le Vietnam et le Laos conclurent la Convention relative au régime de la navigation maritime et fluviale sur le Mékong et de la navigation fluviale d'accès au port de Saïgon¹⁶. Cette Convention ne remet

13 Voir l'article 3 de l'Acte de Niamey du 26 octobre 1963 relatif à la navigation et à la coopération économique qui stipule que : « Navigation on the River Niger, its tributaries and sub-tributaries, shall be entirely free for merchant vessels and pleasure craft and for the transportation of goods and passengers. The ships and boats of all nations shall be treated in all respects on a basis of complete equality ». *Recueil ONU*, vol. 587, p. 9.

14 Voir l'article 6 de la Convention relative au statut du fleuve Sénégal adoptée à Nouakchott le 11 mars 1972, qui se lit comme suit : « Sur les territoires nationaux des Etats contractants, la navigation sur le fleuve Sénégal et ses affluents, qui seront désignés ultérieurement, est entièrement libre et ouverte aux ressortissants, aux bateaux marchands et marchandises des Etats contractantes, aux bateaux affrétés par un ou plusieurs Etats contractants, sur un pied d'égalité en ce qui concerne les droits de port et les taxes sur la navigation commerciale. Les bateaux marchands et navires étrangers, de toute origine, seront soumis à une réglementation commune qui sera élaborée ultérieurement ». Nations Unies, *Traité concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Ressources naturelles/Série eau n° 13, Afrique, p. 16.

15 Convention franco-siamoise du 25 août 1926 Recueil ONU, vol. 69, p. 313. D'après son article 4: « Les Hautes Parties contractantes, désireuses de faciliter le développement des relations économiques entre leurs territoires respectifs, conviennent que la navigation commerciale sera libre pour chacune d'elles sur toute la largeur du Mékong, dans les deux parties du fleuve où celui-ci constitue la frontière entre le Siam et l'Indochine [. . .]. Les compagnies de navigation commerciale qui pourraient être dans l'avenir autorisées par l'Administration de chacun des deux pays riverains à utiliser des navires sur le Mékong-frontière devront être exclusivement des compagnies siamoises et indochinoises ». Voir Nguyen Quoc Dinh, « L'internationalisation du régime du Mékong », VIII *AFDI*, 1962, 101.

16 Convention relative au régime de la navigation maritime et fluviale sur le Mékong et de la navigation fluviale d'accès au port du Saïgon, Paris, 29 décembre 1954. Voir : J.-L. Ferret, « Le régime juridique du Mékong » in : R. Zacklin, L. Cafilisch (dir.), *The Legal Regime of International Rivers and Lakes/Le régime juridique des fleuves et des lacs internationaux* (La Haye, M. Nijhoff, 1981), pp. 75-93. Le texte de la Convention est reproduit dans VIII *AFDI*, 1962, 112-115. L'article premier se lit comme suit : « Sur la base de l'égalité de traitement, la navigation est libre sur tout le cours du Mékong, ses affluents, défluent et embouchures navigables, situés sur les territoires du Cambodge, du Laos et du Vietnam ainsi que sur les voies d'eau donnant accès au port de Saïgon et à la mer ».

pas en cause le régime de la liberté de navigation au bénéfice de la Thaïlande¹⁷. L'Accord sur la coopération pour le développement durable du bassin du Mékong signé à Chiang Rai le 5 avril 1995 prévoit quant à lui, l'application de ce principe au bénéfice des Etats riverains¹⁸.

La spécificité du régime de navigation sur le continent américain a constamment été revendiquée, s'appuyant sur la théorie des concessions nationales qui trouverait une expression dans les traités et dans les actes unilatéraux étatiques¹⁹. Ce faisant, l'analyse de la pratique diplomatique et conventionnelle des XIX^e et XX^e siècles montre que la liberté de navigation pour les navires battant pavillon des Etats riverains est admise. Elle trouve un reflet dans les traités contemporains, tels le Traité sur le Rio de la Plata de 1973²⁰ et le Traité de coopération sur l'Amazone conclu en 1978²¹. Le traité de 1909

17 La Note interprétative des articles I et II se lit comme suit : « Les dispositions des articles I et II de la présente Convention ne font pas obstacle à la navigation des bateaux thaïlandais sur la portion du Mékong située sur le territoire du Laos en application de la Convention franco-siamoise du 25 août 1926 ».

18 Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, 34 *ILM*, 1995, 865. L'article 9 de l'Accord se lit comme suit : "On the basis of equality of right, freedom of navigation shall be accorded throughout the mainstream of the Mekong River without regard to the territorial boundaries, for transportation and communication to promote regional cooperation and to satisfactorily implement projects under this Agreement. The Mekong River shall be kept free from obstructions, measures, conduct and actions that might directly or indirectly impair navigability, interfere with this right or permanently make it more difficult. Navigational uses are not assured any priority over other uses, but will be incorporated into any mainstream project. Riparians may issue regulations for the portions of the Mekong River within their territories, particularly in sanitary, customs and immigration matters, police and general security". La Chine et le Myanmar, Etats riverains du Mékong, ne sont pas parties à cet accord.

19 J.A. Barberis, *Regimen juridico del Rio de la Plata* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969), pp. 65-67.

20 Voir articles 7 et 11 du Traité entre l'Argentine et l'Uruguay du 19 novembre 1973, 13 *ILM*, 1974, 251. L'article 7 se lit comme suit : "Each Party shall, permanently and in all circumstances, recognize the freedom of navigation throughout the river of vessels flying the other's flag". L'article 11 stipule que : "In shared waters, the navigation of public and private vessels of the countries of the Rio de la Plata Basin and public and private merchant vessels flying the flags of third countries shall be permitted, without prejudice to the rights already granted by the Parties under existing treaties. Furthermore, each Party shall permit the passage of warships flying the flags of third countries and authorized by the other Party, provided that this does not adversely affect its public policy or security".

21 L'article 3 du Traité se lit comme suit : « En conformité et sans préjudice des droits accordés en vertu d'actes unilatéraux, des dispositions des traités bilatéraux entre les Parties et des normes et principes du droit international, les Parties contractantes s'engagent à se garantir les unes aux autres la liberté totale de la navigation commerciale sur l'Amazone et les autres cours d'eau amazoniens internationaux sur la base de la réciprocité, et à respecter les règlements fiscaux et de police actuellement en vigueur, ou qui pourraient ultérieurement prendre effet dans le territoire de chacune. Ces règlements devront autant que possible être uniformes et favoriser la navigation et les échanges commerciaux ». Traité de coopération amazonienne, 3 juillet 1978, *Recueil ONU*, vol. 1202, 1980, pp. 76-83.

relatif aux eaux limitrophes entre la Grande Bretagne (Canada) et les Etats-Unis étend la liberté de navigation aux navires battant pavillon de ces Etats aux eaux des lacs et rivières qui les relient, ou les parties de ces eaux le long desquelles passe la frontière internationale pour les deux pays riverains²².

Les décisions et avis de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI)²³ et de la Cour internationale de justice ont permis de clarifier les assises et corollaires de la liberté de navigation en matière d'accès et de transit sur les fleuves internationaux. Ils montrent la prégnance des régimes conventionnels qui trouvent application pour un cours d'eau, tout en évoquant le rôle des principes de droit international général.

Ainsi dans l'avis relatif à la Commission européenne du Danube, la Cour a pris en compte certains des corollaires de la liberté de navigation, tels l'accès aux ports et les opérations de chargement et déchargement des navires²⁴. L'arrêt relatif à la détermination du régime international de l'Oder a donné l'occasion à la Cour de se pencher sur le fondement de la liberté de navigation. Il s'agissait pour la Cour de déterminer si le régime international de l'Oder (sous administration de la Commission en vertu du mandat fixé par le Traité de Versailles) s'étendait à deux affluents qui étaient entièrement situés en territoire polonais. La Cour, ne pouvant se référer à la Convention de Barcelone de 1921 car la Pologne n'en était pas partie, recourut à l'article 331 du Traité de Versailles portant sur la compétence de la Commission, et cela à la lumière des principes généraux relevant de ce qu'elle dénomma le « droit fluvial international »²⁵. Elle conclut que la communauté d'intérêts sur laquelle se fondait le régime – par opposition à la théorie plus restrictive du droit de passage avancée par la Pologne –

22 Article préliminaire du Traité sur les eaux limitrophes entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne, 11 janvier 1909, Nations Unies, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation*, Traité n° 79, 1963. L'article préliminaire se lit comme suit : "For the purposes of this Treaty, boundary waters are defined as the waters from main shore to main shore of the lakes and rivers and connecting waterways, or the portions thereof, along which the international boundary between the United States and the Dominion of Canada passes, including all bays, arms, and inlets thereof, but not including tributary waters which in their natural channels would flow into such lakes, rivers, and waterways, or waters flowing from such lakes, rivers, and waterways, or the waters of rivers flowing across the boundary".

23 Voir l'avis consultatif relatif à la *Compétence de la Commission européenne du Danube* (entre Galatz et Braïla), 1926, *CPJI série B No. 14*, pp. 64-66 ; l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède et Tchécoslovaquie c. Pologne), arrêt n° 16, 1929, *CPJI série A No. 23*, p. 146 ; et l'affaire *Oscar Chinn*, 1934, *CPJI Série A/B No. 63*, p. 83.

24 *Compétence de la Commission européenne du Danube* (entre Galatz et Braïla), *op. cit.* (note 23) pp. 64-66.

25 *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*; *op. cit.* (note 23) p. 26.

justifiait une interprétation favorable à l'extension du régime à toute la surface navigable du cours d'eau. Comme l'explique la CPJI :

On peut bien admettre avec le Gouvernement polonais que la préoccupation d'assurer aux Etats en amont d'une rivière la possibilité du libre accès à la mer a joué un grand rôle dans la formation du principe de la liberté de navigation sur les fleuves dits internationaux. Mais, lorsqu'on examine de quelle manière les Etats ont envisagé les conditions concrètes créées par le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un Etat et la possibilité de réaliser les exigences de justice et les considérations d'utilité que ce fait met en relief, on voit tout de suite que ce n'est pas dans l'idée d'un droit de passage en faveur des Etats d'amont mais dans celle d'une certaine communauté d'intérêts des Etats riverains que l'on cherche la solution du problème²⁶.

Dans le cadre de l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu, la Cour internationale de justice, prenant en compte le Communiqué de Kasane de 1992 fait par les présidents de la Namibie et du Botswana²⁷, constate que :

les Parties se sont mutuellement garanties la liberté de navigation, sur les chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, pour les bateaux de leurs ressortissants battant pavillon national. Il en résulte que, dans le chenal sud autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants de la Namibie et les bateaux battant son pavillon sont en droit de bénéficier et bénéficieront du traitement accordé par le Botswana à ses propres ressortissants et aux bateaux battant son propre pavillon. Les ressortissants des deux Etats et les bateaux battant pavillon du Botswana ou de la Namibie seront soumis aux mêmes conditions en ce qui concerne la navigation et la protection de l'environnement. Dans le chenal nord, chaque Partie accordera également aux ressortissants et aux bateaux battant pavillon de l'autre Partie, sur un pied d'égalité, le régime de traitement national²⁸.

Le rappel de ces divers éléments de la pratique montre l'importance que les Etats riverains, dans les différentes régions du monde, attachent au principe de la liberté de navigation. Si on peut considérer que le principe de la liberté de navigation pour les bateaux battant pavillon des Etats riverains est de portée universelle²⁹, il n'en ressort pas moins que ce principe puise sa

26 *Ibid.*, pp. 25-27.

27 *Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu*, *op. cit.* (note 8), par. 102-103.

28 *Ibid.*

29 Voir l'article XIII des Règles relatives aux usages des eaux de cours d'eau internationaux, dites Règles d'Helsinki, adoptées par l'Association de droit international (ADI) en 1966 qui se lit comme suit : "Subject to any limitations or qualifications referred to in these Chapters, each riparian State is entitled to enjoy rights of free navigation on the entire course of a river or lake". ILA, *Report of the Fifty-Second Conference* (Helsinki, 1966), p. 506.

substance dans les réalités propres à chaque cours d'eau ou à chaque région. Seule une analyse approfondie des traités pertinents et de la pratique étatique permet de dégager les traits particuliers de chaque régime de navigation mis en place. L'articulation entre les principes et règles de portée universelle et ceux de portée plus spécifique se réalise en termes de complémentarité et d'approfondissement, en même temps que de distinction les uns des autres.

3 LES UTILISATIONS D'UN COURS D'EAU AUTRES QUE LA NAVIGATION : LE JEU DES RELATIONS ENTRE UNIVERSALITÉ ET PARTICULARISMES

Dès le début du XX^e siècle, le droit international va être appelé à appréhender les activités autres que la navigation. Les Etats ne privilégieront pas le recours à des traités multilatéraux. La Convention relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs Etats adoptée en 1923 restera isolée³⁰. Sur la base de la reconnaissance d'une communauté d'intérêts et de droits, cette Convention a pour objet d'inciter les Etats à prendre en compte les intérêts des autres Etats riverains dans la conduite de travaux d'aménagement des forces hydrauliques. Il est notamment prévu que lorsqu'un Etat désire procéder à de tels travaux et au cas où il pourrait en résulter un préjudice grave pour un autre Etat, les Etats intéressés conduisent des négociations en vue de la conclusion d'accords destinés à permettre l'exécution de ces travaux³¹. Cette obligation de négocier n'entraîne pas celle de conclure, mais elle doit être exécutée de bonne foi, avec la volonté de tenir en compte les intérêts des autres Etats riverains³². La Convention de Genève de 1923 n'a fait l'objet que d'un petit nombre de ratifications³³, elle a néanmoins servi de modèle à la Déclaration adoptée par la Septième Conférence Panaméricaine de 1933 qui en repris nombre des principes énoncés³⁴. Ceux-ci ne franchiront toutefois pas le cap de l'universalité, restant ceints dans les cadres conventionnel et déclaratoire qui les énoncent.

L'œuvre de codification universelle dans des domaines autres que la navigation reprendra au cours des années 1970 à la suite d'une demande faite par l'Assemblée générale des Nations Unies à la Commission du droit

30 Convention relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs Etats, Genève 9 décembre 1923, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 36, p. 75.

31 Voir article 4 de la Convention de Genève de 1923, *ibid.*

32 G. Sauser-Hall, « L'utilisation industrielle des fleuves internationaux », 83 *RCADI*, 1953, 534-535.

33 Dix-sept Etats ont signé la Convention et onze l'ont ratifiée.

34 Voir les articles 7 et 8 de la Déclaration relative à l'utilisation industrielle et agricole des fleuves internationaux, adoptée par la Septième Conférence interaméricaine à Montevideo le 24 décembre 1933, *Ann. CDI*, vol. II, deuxième partie, 1974, p. 229.

international (CDI)³⁵. Cette dernière prendra appui sur des travaux menés par les associations scientifiques, notamment la « Résolution relative à l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) » de l'Institut de droit international³⁶ et les règles dites « Règles d'Helsinki » relatives aux usages des eaux des cours d'eau internationaux de l'Association de droit international³⁷.

L'aboutissement des travaux de la CDI a permis que le 21 mai 1997 l'Assemblée générale adopte un traité multilatéral couvrant toutes les utilisations autres que la navigation³⁸. L'objectif de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (ci-après la Convention de 1997) est de fournir à l'échelon universel les bases conceptuelles et normatives du régime de gestion des cours d'eau internationaux pour les utilisations autres que la navigation. Tant la durée des travaux de la CDI que les négociations ayant précédé l'adoption de la Convention indiquent la difficulté d'identifier et de préciser des principes et normes de portée universelle en ce domaine. En outre, la volonté de donner à la Convention une portée universelle a contribué à ce que ses dispositions soient souvent réduites à un contenu peu défini. Il est vrai que l'ambition de cet instrument était celui d'être une Convention-cadre³⁹. Cette qualification a son intérêt pour souligner le rôle et la portée de la Convention et, par là même, les relations des principes et règles énoncés par la Convention avec ceux définis dans des accords régionaux ou ceux portant sur des cours d'eau spécifiques.

La Convention de 1997 constitue sans nul doute un cadre de référence normatif et opérationnel en matière de gestion des cours d'eau internationaux. Une approche intégrée est prônée. Elle lie la répartition et l'utilisation des ressources en eau à des mécanismes d'échanges d'informations et de coopération, à des exigences de protection de l'environnement ainsi qu'à la promotion du règlement pacifique des différends⁴⁰. Telle une convention-

35 La CDI a inscrit ce sujet à son programme de travail lors de sa vingt-troisième session, suite à une recommandation de l'Assemblée générale : Résolution 2669 (XXV), 8 décembre 1970.

36 IDI, *Ann. de l'IDI*, 1961, vol. 49-2, p. 381.

37 ILA, *Report of the Fifty-Second Conference*, *op. cit.* (note 29).

38 Le texte de la Convention est reproduit en L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M.M. Mbengue, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement* (Paris, Pedone, 2005), pp. 297-312. Sur cette Convention, voir L. Caffisch, « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau à des fins autres que la navigation », 43 *AFDI*, 1997, 751-798.

39 Voir le paragraphe 6 du Préambule de la Convention qui affirme :

« Convaincues qu'une Convention-cadre permettra d'utiliser, de mettre en valeur, de conserver, de gérer et de protéger les cours d'eau internationaux, ainsi que d'en promouvoir l'utilisation optimale et durable au bénéfice des générations actuelles et futures ».

40 Voir L. Boisson de Chazournes, « Eaux internationales et droit international : vers l'idée de gestion commune », in : L. Boisson de Chazournes, Salman M.A. Salman (dir.), *Les Ressources*

cadre, la Convention a pour vocation de prévoir les fondations de l'architecture globale d'un régime juridique. Celles-ci doivent nécessairement être consolidées au travers d'instruments de portée universelle mais surtout par le biais d'accords conclus à l'échelon régional ou au niveau d'un bassin.

Une autre fonction de la Convention de 1997 est celle de favoriser une harmonisation des pratiques relatives à la gestion des cours d'eau à la lumière des principes énoncés⁴¹. Des accords internationaux avaient précédemment été conclus. Bien souvent, ils ne contenaient que quelques-uns des principes énoncés par la Convention de 1997 et très rarement l'ensemble des diverses préoccupations exprimées dans la Convention de 1997 trouvant un reflet dans ceux-ci. Dans le sillage des travaux de la CDI et faisant suite à l'adoption de la Convention de 1997, de nouveaux accords ont été conclus ou sont en cours de négociation. Ils prennent pour appui la Convention de 1997, – même si celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur –,⁴² tout en mettant l'accent sur les spécificités des cours d'eau qui font l'objet de la réglementation. Tel est le cas du Protocole révisé sur les cours d'eau partagés dans la Communauté de développement de l'Afrique australe conclu le 7 août 2000⁴³, ou encore du projet de convention-cadre entre les dix Etats riverains du Nil, élaboré avec le soutien de la Banque mondiale, du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et d'autres bailleurs de fonds⁴⁴. D'autres accords, tels le Protocole relatif au développement

en eau et le droit international, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international de La Haye (La Haye, Kluwer Law International, 2005), pp. 3-43.

- 41 La Convention prévoit d'ailleurs cette possibilité en son article 3 relatif aux « accords de cours d'eau » qui se lit comme suit :
1. À moins que les Etats du cours d'eau n'en soient convenus autrement, la présente Convention ne modifie en rien les droits ou obligations résultant pour ces Etats d'accords en vigueur à la date à laquelle ils sont devenues parties à la présente Convention.
 2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les Parties à des accords visés au paragraphe 1 peuvent, si besoin est, envisager de mettre lesdits accords en harmonie avec les principes fondamentaux de la présente Convention.
 3. Les Etats du cours d'eau peuvent conclure un ou plusieurs accords, ci-après dénommés « accords de cours d'eau », qui appliquent et adaptent les dispositions de la présente Convention aux caractéristiques et aux utilisations d'un cours d'eau international particulier ou d'une partie d'un tel cours d'eau.
- 42 Le Projet d'articles de la CDI a joué un rôle semblable. Ainsi en a-t-il été le cas pour l'Accord sur coopération pour le développement durable du bassin du Mékong adopté en 1995, *op. cit.* (note 18).
- 43 Voir S.M.A. Salman, "Legal Regime for Use and Protection of International Watercourses in the Southern African Region: Evolution and Context", 41 *Natural Resources Journal*, 2001, 981-1022.
- 44 Voir J. Brunee et S.J. Toope, "The Changing Nile Basin Regime: Does Law Matter?", 43 *Harv Int'l LJ*, 2002, 107-159. En 2002 les pays riverains du Nil ont conclu un accord afin de reconnaître la personnalité juridique au mécanisme institutionnel créé par le projet de convention-cadre. Depuis décembre 2003, des négociations sont en cours.

durable du bassin du lac Victoria conclu en 2003 entre le Kenya, la Tanzanie et l'Uganda,⁴⁵ et la Charte des eaux du fleuve Sénégal adoptée en 2002⁴⁶ développent plus avant les principes et règles de la Convention de 1997 au regard des préoccupations des Etats signataires, de même qu'ils complètent en ajoutant d'autres principes et règles de comportement.

La Convention de 1997 n'est pas encore entrée en vigueur et pourrait d'ailleurs ne jamais l'être. Cette situation ne la départit pas de son rôle d'instrument de codification de principes et règles à portée universelle en matière de gestion et de protection des cours d'eau internationaux. La référence de la Cour internationale de Justice faite à cet instrument dans son arrêt relatif à l'affaire Gabcikovo-Nagymaros quant au principe de l'utilisation équitable et raisonnable, est illustrative de cette situation⁴⁷. Ainsi qu'il a précédemment été dit, tous les cours d'eau internationaux ne font pas l'objet d'un accord et ceux-ci lorsqu'ils ont été conclus peuvent ne lier que certains des Etats riverains d'un cours d'eau et ne couvrir que quelques aspects relatifs à la gestion d'un cours d'eau international. L'œuvre de codification universelle que représente la Convention de 1997 permet aux Etats dans ce contexte de donner une assise juridique plus claire à leurs intérêts et positions. Elle peut conduire à rompre avec la prévalence des inégalités matérielles entre les Etats riverains en donnant la possibilité à chacun de revendiquer l'application du droit à son bénéfice. Parmi les Etats qui ont choisi de devenir partie à la Convention, il ne fait d'ailleurs pas de doute que certains d'entre eux ont voulu bénéficier de l'application des principes et règles énoncés par celle-ci dans le cadre de leurs relations avec d'autres Etats riverains, au titre du droit coutumier ou à l'état de droit in *statu nascendi*⁴⁸.

45 Protocole relatif au développement durable du bassin du Lac Victoria, 29 novembre 2003, article 4 (f) et (g) <http://www.eac.int/lvdp/Protocol_LV_Basin.pdf>.

46 Le texte de la Charte est reproduit dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M.M. Mbengue, C. Romano, *op. cit.* (note 38), pp. 297-312.

47 *Affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), *CIJ Recueil 1997*, par. 147. Dans cette affaire, la Cour a affirmé :

Le rétablissement du régime conjoint reflétera aussi de façon optimale le concept d'une utilisation conjointe des ressources en eau partagées pour atteindre les différents objectifs mentionnés dans le traité et ce, conformément au paragraphe 2 de l'article 5 de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, aux termes duquel : 'Les Etats du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles' (Assemblée générale, doc. A/51/869 du 11 avril 1997).

Voir aussi l'opinion séparée du juge Kooijmans jointe à l'Affaire de l'Ile Kasikili/Sedudu, *op. cit.* (note 8), par. 25 et ss.

48 Il est à cet égard intéressant de voir la liste des Etats qui ont ratifié et adhéré à la Convention

L'émulation, l'harmonisation et la codification laissent place aux particularismes. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et de lacs internationaux (ci-après Convention d'Helsinki), adoptée en 1992, témoigne de cet état de fait⁴⁹. La négociation de cet instrument s'est appuyée à maints égards sur le projet d'articles de la CDI qui a donné lieu par la suite à l'adoption de la Convention de 1997. Elle a été conçue comme un accord-cadre pour les Etats de la région de la Commission économique pour l'Europe (CEE/ONU), énonçant des principes et règles d'application générale.

Les deux Conventions présentent des similarités pour ce qui est du contrôle de la pollution, de l'utilisation équitable et raisonnable et de la coopération entre Etats riverains. La perspective européenne de la Convention d'Helsinki est toutefois présente dans la volonté de renforcer les mécanismes institutionnels de coopération et dans l'accent davantage placé sur la protection des cours d'eau que sur leur partage. Ainsi la Convention d'Helsinki appelle les Etats parties dont le territoire jouxte les mêmes eaux transfrontières à créer des organes communs qui se verront confier diverses tâches. La collaboration entre Etats riverains ne s'arrête pas là. Ceux-ci doivent aussi élaborer des programmes d'action concertés, surveiller et évaluer conjointement la qualité des eaux, faciliter les activités communes de recherche et développement, mettre sur pied des voies efficaces assurant un échange soutenu d'information ou encore instaurer des systèmes d'alerte et d'assistance mutuelle dans les situations de crise⁵⁰. La Convention de 1997 se limite, quant à elle, à rappeler aux Etats qu'ils peuvent « créer des mécanismes ou commissions mixtes en vue de faciliter la coopération »⁵¹.

A la différence de la Convention issue des travaux de la CDI, la Convention d'Helsinki aborde de manière plus ample la protection des fleuves et lacs transfrontières. D'une part, le champ d'application de la Convention est plus large puisque la notion d'eaux transfrontières désigne

de 1997. Au 5 juillet 2006, la Convention avait recueilli 16 signatures – dont 8 seulement suivies de ratification (Afrique du Sud, Jordanie, Namibie, Norvège, République arabe syrienne), d'acceptation (Finlande, Pays-Bas) ou d'approbation (Hongrie) – auxquelles sont venues s'ajouter quatre adhésions (Irak, Liban, Qatar, Suède).

49 Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et de lacs internationaux, Helsinki, 17 mars 1992, Nations Unies, doc. ENWA/R.53 et Add.1. Au 1^{er} novembre 2005, 35 Etats ont ratifié cet instrument. Ce texte est reproduit dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M.M Mbengue, C. Romano, *op. cit.* (note 38), pp. 275-279.

50 Voir les art. 11 à 15 de la Convention d'Helsinki.

51 Voir les art. 8 et 24 de la Convention de 1997. Sur cette question, voir L. Boisson de Chazournes, "The Role of Diplomatic Means of Solving Water Disputes : A Special Emphasis on Institutional Mechanisms", in: *Resolution of International Water Disputes*, Peace Palace Papers (Kluwer Law, La Haye, 2003), pp. 91-110.

« toutes les eaux superficielles et souterraines qui marquent les frontières entre deux Etats ou plus, les traversent ou sont situées sur ces frontières »⁵² et non pas seulement « un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun »⁵³. D'autre part, la Convention d'Helsinki, plus sensible à la protection de l'environnement, requiert une gestion de l'eau écologiquement rationnelle et traite de la conservation et de la restauration des écosystèmes endommagés. De plus, elle fait référence aux principes de prévention et du pollueur-payeur dans le but de parvenir à un développement durable des ressources en eau. Elle fournit également une définition de la notion de « meilleure technologie disponible », permettant une prise en compte des avancées technologiques⁵⁴.

Un autre trait « européen » de la Convention d'Helsinki est l'accent placé sur la participation du public. La Convention de 1997 effleure ce principe au travers de sa disposition relative à la non-discrimination en matière d'accès à la justice⁵⁵. La Convention d'Helsinki contient, quant à elle, des obligations en matière de transmission d'informations au public⁵⁶. Cette préoccupation a également trouvé un relais dans les deux Protocoles additionnels à cette Convention adoptés subséquemment, le Protocole sur l'eau et la santé du 17 juin 1999 et le Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières du 21 mai 2003. Ces derniers accordent une place spécifique au public⁵⁷. Qui plus est, ces deux Protocoles permettent que les problèmes de sécurité et de salubrité de l'approvisionnement en eau et ceux de la responsabilité civile dans le domaine des ressources en eau soient appréhendés de manière pionnière par le droit international. Le premier Protocole vise à promouvoir la protection de la santé et du bien-être de l'homme en améliorant la gestion de l'eau et en combattant les maladies liées à l'eau. Le second prévoit un régime complet de responsabilité civile et d'indemnisation adéquate et rapide en cas de dommages cau-

52 Art. 1.1 de la Convention d'Helsinki.

53 Art. 2 (a) de la Convention de 1997.

54 Voir l'art. 1, par. 7, de la Convention d'Helsinki et l'annexe I, intitulée « Définition de l'expression 'meilleure technologie disponible' ».

55 Article 32 de la Convention de 1997.

56 Article 16 de la Convention d'Helsinki.

57 Voir l'article 10 du Protocole sur l'eau et la santé et l'article 8.5 du Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières. Les textes de deux Protocoles sont reproduits en L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M.M. Mbengue et C. Romano, *op. cit.* (note 38), pp. 279-299 et pp. 734-741.

sés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières.

A l'échelon des bassins, la Convention d'Helsinki a favorisé et servi de cadre de référence à l'adoption d'accords tels la Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube de 1994⁵⁸, la Convention pour la protection du Rhin de 1999⁵⁹ et les accords relatifs à la protection de l'Escaut et de la Meuse conclus en 1994⁶⁰. En outre, la Directive de l'Union européenne établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau qui a été adoptée en 2000 prend en compte cette Convention⁶¹.

Un amendement introduit en 2003 a pour objectif d'élargir la portée de la Convention d'Helsinki. Aux termes de cet amendement, les Etats non parties à la Commission économique pour l'Europe pourront adhérer à la Convention avec l'accord de la Réunion des Parties⁶². On saisit qu'au travers de cet amendement, la volonté est celle de regrouper le plus grand nombre d'Etats, notamment ceux voisins de la région couverte par l'organe susmentionné⁶³. Il n'est pas sûr que l'aspiration de la Convention d'Helsinki à plus d'universalité rencontre un écho favorable, à moins que cette forme

58 Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube, Sofia, 29 juin 1994, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/reg/fr_register_151040.html>.

59 Convention pour la protection du Rhin, Berne, 12 avril 1999, <http://www.admin.ch/ch/f/fr/c0_814_284.html>.

60 Accords relatifs à la protection de la Meuse et de l'Escaut, Charleville-Mézières, 26 avril 1994, <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

61 Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2000, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, Journal officiel L 327 du 22.12.2000.

62 D'après l'amendement introduit :

« 3. Tout autre Etat [. . .], qui est Membre de l'Organisation des Nations Unies, peut adhérer à la Convention avec l'accord de la Réunion des Parties. Dans son instrument d'adhésion, ledit Etat indique avoir obtenu l'accord de la Réunion des Parties pour adhérer à la Convention, et précise la date à laquelle il a reçu notification de cet accord. La Réunion des Parties n'examinera aucune demande émanant de Membres de l'Organisation des Nations Unies qui sollicitent son accord pour adhérer à la Convention avant que le présent paragraphe ne soit entré en vigueur à l'égard de tous les Etats et de toutes les organisations qui étaient Parties à la Convention au 28 novembre 2003 ».

Au 5 juillet 2006, six Etats, à savoir la Hongrie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie et la Suède, avaient déposé leurs instruments d'acceptation de l'amendement. Aux termes de l'article 21 de la Convention d'Helsinki, tout amendement à la Convention entre en vigueur à l'égard des Parties à la Convention lorsque les deux tiers des Etats parties (soit 23 Etats) ont déposé leurs instruments d'acceptation. Amendement aux articles 25 et 26 de la Convention, Décision III/1, Troisième Conférence des parties, ECE/MP.WAT/14, <http://www.unecce.org/env/documents/2004/wat/ece.mp.wat_14.f.pdf>.

63 L'amendement « encourage les Etats qui n'appartiennent pas à la région de la CEE, en particulier les Etats limitrophes de la région, à adhérer à la Convention et, à cet effet, à solliciter l'accord de la Réunion des Parties ».

d'universalité ne soit que partielle, se limitant à une expansion aux frontières de la région « Europe » des Nations Unies.

L'émulation qui a prévalu entre les travaux de la CDI et ceux conduits au sein de la Commission des Nations Unies pour l'Europe souligne l'importance des différents efforts de réglementation, conduits tant à l'échelon universel qu'à l'échelon régional. En outre, chacun ont permis que des accords relatifs à des cours d'eau spécifiques soient conclus. Le Protocole révisé sur les cours d'eau partagés dans la Communauté de développement de l'Afrique australe est lui aussi révélateur de ce jeu d'émulations entre les échelons universel, régional et local. Les Etats riverains restent néanmoins soucieux, lorsqu'ils négocient un accord, que celui-ci fasse place aux caractéristiques et spécificités du cours d'eau en question.

4 CONCLUSIONS

Les principes et règles de portée universelle et ceux forgés à l'échelon d'un cours d'eau ou d'une région sont complémentaires et se nourrissent les uns les autres. Les seconds sont mieux à même de tenir compte des intérêts et préoccupations des Etats concernés. Ils peuvent également être plus spécifiques dans leur approche du fait du contexte dans lequel ils sont élaborés. Il n'en reste pas moins que le droit dans sa dimension universelle donne une assise juridique de portée générale aux questions et préoccupations en matière de gestion des ressources en eau. Il permet également aux Etats riverains d'un cours d'eau qui ne sont pas liés par un accord et à ceux qui sont parties à des accords qui ne couvrent que quelques aspects de la gestion d'un cours d'eau, d'étayer et mieux faire valoir leurs intérêts juridiques. Lorsqu'un accord est en vigueur, les principes et règles de portée universelle peuvent aider à la clarification de son contenu.

Le prisme de l'universalité va de pair avec celui de la généralité du contenu des principes et normes. L'élaboration des règles spécifiques pour chaque cours d'eau est de ce fait un outil indispensable pour en combler les lacunes et les insuffisances. En même temps, ces dernières permettent d'enrichir le cadre juridique général de nouveaux éléments et d'approfondir son contenu en favorisant le développement. Le droit international de l'eau est, on le saisit, porteur d'un jeu d'émulations et de complémentarité entre des règles d'application universelle et celles empreintes de particularismes. Ces rapports sont la clé de son enrichissement.

On doit savoir gré à Lucius Caffisch d'avoir toujours été soucieux d'analyser de manière très érudite la pratique dans ses multiples contours, permettant de ce fait de mettre en valeur ces diverses caractéristiques du droit international de l'eau, dans ses acceptions universelle et spécifique.

LE DROIT À L'EAU :
DROIT DE L'HOMME OU DROIT DES ETATS ?

*Pierre-Marie Dupuy**

Le professeur Lucius Caflisch s'est affirmé au long de sa carrière comme un véritable internationaliste généraliste, au sens où, possédant un intérêt particulier pour certains domaines du droit international, il les a toujours abordés à la lumière de la vaste culture juridique qui lui permettait par ailleurs, notamment en qualité de conseiller juridique de son pays, de traiter des aspects les plus variés du droit des gens. Parmi les domaines de prédilection du dédicataire de ces lignes figurent le droit international des fleuves et des lacs (ou, plus largement, celui des eaux douces) et, bien entendu, celui des droits de l'homme.

Or, le droit positif dans certaines de ses évolutions les plus récentes incite précisément à se pencher sur les développements qu'est appelé à connaître un domaine placé à la conjonction du droit des eaux, du droit de l'environnement et des droits de l'homme¹. Depuis au moins deux décennies, en effet, est affirmé avec de plus en plus de force et de constance un nouveau droit de la personne que l'on désigne généralement sous le nom de « droit à l'eau ». Ainsi que le définit le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, « le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun »².

Ce droit fut par exemple affirmé pour l'une des premières fois dans la Convention sur les droits de la femme à l'article 14, paragraphe 2, lequel

* Professeur à l'Université de Paris II et à l'Institut universitaire européen, Florence.

1 Voir L. Boisson de Chazournes, *Les ressources en eau et le droit international*, Académie de droit international de La Haye (Leiden, Nijhoff, 2005).

2 Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Vingt-neuvième session (2002), Observation générale n° 15 : le droit à l'eau, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 116, par. 2.

dispose que les Etats parties doivent assurer aux femmes le droit de « bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne [...] l'approvisionnement en eau ». De même, à l'article 24.2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, il est fait obligation aux Parties de lutter contre la maladie et la malnutrition grâce « à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable ». Mais on aurait déjà pu trouver des émergences antérieures du même droit en droit international humanitaire ; par exemple, aux articles 85, 89 et 127 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre de 1949 ou aux articles 5 et 14 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1977.

Plus tard, des instruments relatifs à la protection de l'environnement énonceront également le droit à l'eau en termes de droit de la personne. Ainsi en est-il notamment au préambule de la Déclaration de Mer Del Plata de la Conférence des Nations Unies sur l'eau ou au paragraphe 18.47 d'*Action 21* qui constitue le programme d'action accompagnant le rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio en juin 1992. La Convention de New York sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation adoptée en 1997 demandera quant à elle qu' « une attention spéciale [soit] accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels » (art. 10 par. 2)³.

Plus généralement encore, le principe n° 2 du Programme d'action constituant le Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement tenue au Caire en septembre 1994 fera mention du même droit, par la suite régulièrement réitéré dans une série d'instruments programmatoires du même type. Le plus ambitieux d'entre eux est sans doute la résolution 55/2 adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. en l'an 2000, dite aussi « Déclaration du Millénaire ». Ce texte comporte une suite de chapitres énonçant les objectifs des chefs d'Etats et de gouvernement solennellement réunis à cette occasion. Au titre du chapitre III, relatif au développement et à l'élimination de la pauvreté, l'engagement (moral) est ainsi pris :

- De réduire de moitié, d'ici à 2015, la proportion de la population mondiale dont le revenu est inférieur à un dollar par jour et celle des personnes qui souffrent de la faim et de réduire de moitié, d'ici à la même date, la proportion des personnes qui n'ont pas accès à l'eau potable ou qui n'ont pas les moyens de s'en procurer.

3 Voir P.M. Dupuy, *Les grands textes de droit international public*, 4^e éd. (Paris, Dalloz, 2004), p. 752.

Un peu plus tard dans le même texte, au chapitre IV intitulé « Protéger notre environnement commun », il est promis de :

- Mettre fin à l'exploitation irrationnelle des ressources en eau, en formulant des stratégies de gestion de l'eau aux niveaux régional, national et local, permettant notamment d'assurer aussi bien un accès équitable qu'un approvisionnement adéquat.

Bien entendu, on n'oubliera pas ici le caractère juridiquement hétérogène des textes que l'on vient de citer. Certains sont des conventions multilatérales à objet spécial. D'autres sont des engagements très généraux mais intégrés dans des instruments sans portée juridique obligatoire. Certains, y compris parmi les conventions citées, se contentent, telle la Convention de New York de 1997, d'inviter les Etats à une diligence particulière en ce qui concerne la satisfaction des besoins essentiels des populations concernées ; d'autres, au contraire, comme les conventions sur les droits de la femme ou ceux de l'enfant, énoncent de véritables obligations à la charge des Etats Parties.

Quoiqu'il en soit, au-delà de leurs différences statutaires et substantielles, l'accumulation de ces manifestations de volonté contribue sans doute à l'affirmation progressive d'un « droit à l'eau » envisagé comme un droit de l'homme ou, si l'on préfère, un « droit de la personne », les deux termes étant ici utilisés indifféremment. C'est d'ailleurs pour prendre acte de cette tendance lourde qu'aux Nations Unies, la Sous-Commission de la protection et de la défense des droits de l'homme a adopté le 25 juin 2002 sur la base des travaux préliminaires de Monsieur El Hadji Guissé, une étude sur le « rapport entre la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels et la promotion de la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement »⁴.

Ce document fait écho, dans l'ordre des droits de l'homme en général, à l'importante « Observation générale » adoptée également en 2002⁵ par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du Pacte dont il a la charge de veiller à l'application. Cette « Observation générale » est intitulée « le droit à l'eau » et s'appuie sur diverses dispositions du Pacte dont elle relève à juste titre que sans mentionner explicitement un tel droit, elles l'impliquent directement. C'est ainsi que l'article 11.1 énonce de façon non exhaustive un certain nombre de droits découlant de celui à un « niveau de vie suffisant » cependant que le paragraphe suivant du même article énonce « le droit fondamental qu'à toute personne d'être à l'abri de

4 Commission des droits de l'homme, 54^e Session, Point 4 de l'ordre du jour, 25 juin 2002, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/10.

5 Voir *supra* (note 1).

la faim »⁶. L'Observation constate que « le droit à l'eau fait clairement partie des garanties fondamentales pour assurer un niveau de vie suffisant, d'autant que l'eau est l'un des éléments les plus essentiels à la survie ». Elle s'appuie qui plus est sur l'article 12.1 relatif au meilleur état de santé possible.

Il paraît en tout état de cause difficile de contester l'évidence et l'universalité d'un tel droit, fut-ce même au-delà de toute énonciation conventionnelle, surtout lorsqu'on garde en mémoire les données recueillies par l'Organisation mondiale de la santé selon lesquelles, en l'an 2000, 1,1 milliard de personnes (dont 80% vivaient dans des zones rurales) n'avait pas accès à un système d'approvisionnement amélioré capable de fournir au moins 20 litres d'eau salubre par personne et par jour et que 2,4 milliards de personnes n'avaient accès à aucun assainissement⁷. Or, la tendance à la contamination de l'eau comme à l'épuisement des ressources en eau et à leur répartition inégale, loin de se réduire, ne font que s'accroître et s'aggraver. La maladie, la malnutrition, la mortalité infantile croissante vont ainsi affecter entre un cinquième et un quart de la population mondiale dans les décennies à venir si le « droit à l'eau » n'est pas assuré.

Le propos de cet hommage au professeur Cafilisch n'est pas tant d'analyser en détails le statut juridique, le contenu et les prolongements de ce droit que de consacrer une série d'observations au fait qu'il soit désormais formulé en termes de droit de la personne et plus seulement comme une norme jouant dans le cadre classiquement interétatique. Que traduit ce choix normatif et dans quelle mesure s'inscrit-il dans le cadre d'une stratégie délibérée, appuyée par ses promoteurs sur une appréciation des avantages et des implications d'une telle option. On reviendra ainsi sur l'évolution normative (I) avant de tenter une comparaison des différentes dimensions des branches du droit international concernant l'eau douce (II) avant de conclure à la complémentarité des uns et des autres (III).

1 EVOLUTION

A. L'eau douce, celle des fleuves et des rivières en particulier, fut traditionnellement perçue comme support de la navigation. Le droit international moderne commence à cet égard dès le début du XIX^e siècle, avec le Congrès de Vienne, avec l'affirmation du principe de la liberté de navigation sur les fleuves internationaux. Mais, au-delà, et de très longue date également, le droit international s'est aussi intéressé aux eaux douces non pas

6 *Ibid.* p. 116, par. 3.

7 Voir OMS, *Evaluation mondiale 2000 de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement* (Genève, 2000), p. 1.

directement à partir des préoccupations vitales des populations concernées mais en fonction de l'assise même du territoire de chaque Etat. Le fleuve ou le lac étaient alors perçus non plus seulement comme de voies de communication mais aussi comme des moyens de délimiter les frontières⁸. Ils servent de point d'appui à la description de la ligne divisoire dans les traités les plus anciens⁹. Ce qui compte alors n'est pas leur substance ou contenu, l'eau, mais leur situation et leur configuration. C'est d'ailleurs pour ces raisons que les mêmes éléments naturels seront à l'origine de beaucoup de conflits territoriaux dont certains ont vu ou verront encore longtemps leur règlement apportés par le juge ou l'arbitre internationaux. La colonisation des vastes portions de l'Afrique ou de l'Asie exportera ce type de conflits territoriaux. C'est ainsi que les conseils et avocats d'Etats amenés aujourd'hui à instruire les pièces de contentieux territoriaux ont bien souvent l'occasion de se pencher sur le dessin et les contours de fleuves, de mares, de lacs ou de rivières constituant l'objet de la dispute entre Etats¹⁰. En d'autres termes, la dimension territoriale de l'eau est loin d'avoir disparu.

La révolution industrielle partie d'Europe sera paradoxalement à l'origine de l'« humanisation » du droit international de l'eau, au sens où il sera de plus en plus conditionné par la prise en considération de l'eau comme une ressource vitale. C'est en effet l'apparition des techniques et des industries qui entraînera la diversification de ses usages. Fleuves, rivières et lacs ne sont plus seulement des *voies* d'eau, encore moins de simples lignes ou des tâches sur des cartes au demeurant souvent fort incertaines. Ils s'affirment comme des enjeux vitaux pour le maintien de l'économie pastorale, le développement de l'agriculture ou l'essor de l'industrie, elle-même consommatrice d'un milieu dont on tardera trop longtemps à reconnaître qu'elle le corrompt et en rend l'usage impropre à la consommation humaine ; ainsi surgissent des sources de concurrences et de conflits, potentiels ou déclarés, entre les diverses utilisations de l'eau, en fonction des traditions locales, des niveaux et des projets de développements d'Etats aux territoires voisins et souvent contigus. L'eau devient un bien sinon déjà rare du moins de plus en plus sollicité, alors qu'il détermine souvent les conditions de vie du second élément fondamental de l'Etat : non plus le territoire, mais sa population.

8 Voir notamment D. Bardonnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (problèmes choisis) », 153 *RCADI*, 1976-V, 9-166.

9 Voir notamment Ch. De Visscher, *Problèmes de confins en droit international public* (Paris, Pedone, 1969).

10 Voir par exemple l'arrêt de la Chambre de la CIJ dans l'affaire de la délimitation frontalière entre le Mali et le Burkina-Faso, arrêt du 22 décembre 1986, *CIJ Rec. 1986* ; arrêt dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu entre le Botswana et la Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, *CIJ Rec. 1999*.

Au XX^e siècle, une affaire contentieuse heureusement réglée par un tribunal arbitral, dans l'affaire du *Lac Lanoux* (1957) met ainsi parmi les premières l'accent sur la nécessité pour l'Etat d'amont de restituer à l'Etat d'aval la quantité d'eau qu'il lui aura soustraite par des travaux de dérivation¹¹. Il est cependant frappant de constater que l'on reste encore dans une conception essentiellement interétatique de la gestion internationale des ressources en eaux. Même si les populations concernées ne sont à l'évidence nullement absentes des préoccupations étatiques comme des enjeux du litige, ce sont avant tout leurs droits propres que les Etats font valoir. Un peu comme dans l'exercice de la protection diplomatique, l'Etat se maintient au premier plan, l'individu ou les personnes demeurent en retrait. Par ailleurs, le contentieux du Lanoux, pour important qu'il soit, manifeste aussi que la question de l'eau reste abordée en termes essentiellement quantitatifs. Sa qualité écologique n'est pas encore en cause.

Quant à cette dernière, il est même difficile de dire que les perspectives vont fondamentalement changer dès la Conférence de Stockholm en 1972. Certes, comme son nom lui-même l'indique, l'environnement, notion alors encore neuve en droit international, y est désigné comme « humain ». Toutefois, ni la déclaration adoptée à l'issue de cette conférence ni celle qui en amplifiera encore les perspectives à Rio, en 1992, ne comportent cependant pas encore de principe spécifiquement consacré à l'eau potable en tant que bien rare, essentiel à la vie. En définitive, même la Convention de New York de 1997, déjà citée, n'est pas totalement probante du point de vue de l'établissement des liens entre droit de l'environnement, finalement encore très marqué par ses origines « territoriales » et droits de la personne. La mention à l'article 10, consacré au « rapport entre les utilisations » de l'eau de la satisfaction des « besoins humains essentiels » demeure très générale. Elle est cependant encourageante, dans la mesure où l'expression employée s'applique bien évidemment à l'eau potable dont la disponibilité est ainsi désignée comme prioritaire. On doit de plus mettre l'article 10 précité en relation avec la disposition contenue à l'article 21 de la même convention. Les « Etats du cours d'eau » y sont conviés à lutter contre la pollution « qui risque de causer un dommage significatif [. . .] à la santé ou à la sécurité de l'homme . . . ».

B. Tout se passe cependant comme si les différentes branches du droit international s'intéressant à la question de l'eau douce avaient longtemps gardé et conservaient encore en bonne mesure leurs orientations respectives, les unes fondées sur une approche macro-politique et en partie territoriale

11 Sentence du 16 novembre 1957, XII *RSA*, 307, par. 12.

et restant attachée à la dimension étatique classique, les autres centrées sur la personne humaine et ses droits propres. De son côté, l'affirmation du droit des personnes à l'eau potable comme condition essentielle de leur droit à la vie, à la santé et à la dignité poursuit son chemin par ses voies propres. Elles s'appuient comme on l'a vu en introduction sur la prise en considération initiale de la situation de certaines catégories de personnes particulièrement exposées ou dépendantes de l'accès à l'eau, comme les prisonniers en tant de guerre, les femmes ou les enfants en toutes conditions mais particulièrement dans les pays pauvres. Puis, à partir de cette réglementation sectorielle, on redécouvrira par l'intermédiaire du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels que le « droit à l'eau » est un droit proprement universel, et général.

Comme on l'a vu en introduction, on pouvait déjà voir apparaître les prolégomènes d'un droit de la personne « à l'eau » dans le droit international humanitaire dès les conventions de Genève de 1949 ; mais ceci restait largement étranger à l'évolution parallèle du droit « de l'eau » y compris lorsqu'il sera intégré dans le droit de l'environnement. Ainsi, la Cour internationale de Justice, il est vrai dans l'ensemble peu novatrice dans son seul véritable arrêt relatif à la protection de l'environnement, intervenu en 1997 entre la Slovaquie et la Hongrie à propos du barrage de *Gabcikovo-Nagymaros*¹², n'a pas non plus tenté de dépasser la distinction entre la dimension territoriale et la dimension humaine de l'eau. Ceci vaut d'autant plus la peine d'être relevé, et, en l'occurrence, déploré, que les ressources en eau dont il s'agissait concernaient non seulement les eaux du Danube mais son système aquifère (ou d'eaux souterraines). L'un des arguments auxquels la Hongrie¹³ était très attachée résidait précisément dans le fait que la construction du système de barrage en amont de Budapest risquait (et risque encore, en dépit de la non construction du barrage d'aval) de porter atteinte à l'une des plus importantes réserves d'eau naturellement potable en Europe. En écho, la Cour s'est contentée d'observer qu'elle « ne voit aucune difficulté à reconnaître que les préoccupations exprimées par la Hongrie en ce qui concerne son environnement naturel dans la région affectée par le projet Gabcikovo-Nagymaros avaient trait à un « intérêt essentiel » de cet Etat au sens où cette expression est utilisée à l'article 33 du projet de la Commission du droit international »¹⁴.

Entre l'une et l'autre perspective, ce que l'on pourrait désigner, d'une part, comme « le droit de l'eau », qui concerne les Etats, et, de l'autre « le

12 Arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec. 1997* et www.icj-cij.org.

13 Dont l'auteur de ces lignes était l'un des conseils.

14 *Ibid.*, par. 53.

droit à l'eau », qui concerne les personnes, on ne saurait manquer de rappeler une troisième dimension, affirmée notamment, sur les fondements de la Charte des Nations Unies elle-même, à partir des années soixante. C'est celle des droits des peuples, dont la Cour, là encore sans en tirer de conséquences concrètes, avait observé deux ans plus tôt, en 1995, qu'elle n'avait pas d'objection à ce qu'on leur reconnaisse un caractère d'opposabilité « erga omnes »¹⁵. Dans la mesure, difficilement contestable, où les ressources en eaux, et en eau douce en particulier comptent parmi ces ressources, elles font l'objet d'une souveraineté permanente affirmée par la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁶. Adoptée en 1962, elle a souvent été considérée, il est vrai dans le contexte différent du droit international économique et du développement, à l'origine de développements importants dans le droit coutumier.

Droit des Etats, droit des peuples, droit de la personne, l'accès à l'eau potable et aux usages essentiels que l'on peut en faire se conjugue à des niveaux sinon sur des registres divers. L'évolution que l'on vient d'évoquer ne procède cependant nullement par substitutions mais par adjonctions successives. Pour autant, il semble qu'il n'y ait pas de redondances ou d'abusives répétitions normatives dans cette accumulation. Au contraire, il paraît exister une certaine complémentarité entre les différents aspects du droit de l'eau et l'affirmation aujourd'hui très déterminée du « droit à l'eau ». On doit, dès lors, comparer ces droits convergents vers la protection d'une même ressource vitale.

2 COMPARAISON

Si l'on tente une comparaison, elle paraît s'imposer au moins sur trois plans : celui des fondements, celui des caractères et celui de la dynamique des droits « de » et « à » l'eau, trois aspects que l'on retrouvera conjugués dans les développements qui vont suivre.

A. Du côté du « droit de l'eau », tout d'abord, on a déjà pu noter que dans les relations interétatiques, l'eau est perçue comme une pièce ou un élément du territoire, ainsi soumis à la souveraineté de l'Etat concerné. Il est, dans la nature, peu d'eaux stagnantes ; même celles des lacs sont animées de flux provenant du courant des rivières. Cependant, par le jeu d'une fiction juridique, l'eau douce est ramenée statutairement à son contenant géographique sis sur un territoire ; elle devient, à l'instar de ce qu'elle est

15 Affaire du *Timor oriental*, arrêt du 30 juin 1995, *CIJ Rec. 1995* et www.icj-cij.org, par. 28.

16 Voir P.M. Dupuy, *Grands textes de droit international public*, op. cit. (note 3), p. 528.

dans le droit privé de la propriété, un « immeuble par destination ». Le principe de base entre Etats unis les uns avec les autres par cette mobilité et cet usage commun contrariés par des appropriations territoriales concurrentes et juxtaposées est alors celui de l' « utilisation équitable » au sens où elle est définie dans la convention de codification de New York déjà citée.

Adaptant au droit des fleuves le principe général d'utilisation non dommageable du territoire dégagé par la Cour internationale de Justice dès l'affaire du *Détroit de Corfou*¹⁷, l'article 7 de la convention précitée pose que « lorsqu'ils utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les Etats du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommage significatifs aux autres Etats du cours d'eau ». Cette obligation prend appui sur les deux articles précédents, au titre desquels est posé le principe de l'utilisation équitable (article 5), elle-même définie cas par cas en fonction d'un faisceau de critères dont celui de la due prise en considération de « la population tributaire du cours d'eau dans chaque Etat du cours d'eau »¹⁸, ce qui établit un lien tangible avec le « droit à l'eau » considéré plus haut.

Les principes généraux réitérés dans la Convention de New York dans les termes que l'on vient de rappeler sont déclaratoires du droit international coutumier et donc valables entre tous les Etats, y compris ceux, aujourd'hui minoritaires, qui n'ont pas ratifié la convention. Du point de vue du statut et des caractères juridiques du « droit de l'eau », une question intéressante est alors celle de savoir si les obligations ainsi posées obéissent encore étroitement ou non au principe de réciprocité. Quoique posées entre Etats, on pourrait en douter. Tout porte à croire qu'il s'agit en réalité d'« obligations interdépendantes ». Ainsi que Sir Gerald Fitzmaurice l'avait bien dégagé dans ses rapports à la Commission du droit international sur le droit des traités, il s'agit typiquement d'obligations dont l'exécution par chaque partie est conditionnée par l'exécution correspondante par toutes les parties, de telle sorte « qu'une violation fondamentale par . . . [l'une] des obligations conventionnelles justifie une non-exécution générale correspondante par les autres parties et pas seulement une non-exécution dans les relations de ces parties avec la partie en défaut »¹⁹.

Dans la mesure où le « droit de l'eau » entre Etats comprend l'obligation (mais aussi le droit opposable aux autres Etats) de veiller à la satisfaction des besoins fondamentaux (« basic needs ») de sa population et, notamment,

17 Arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Rec. 1949* et www.icj-cij.org. Pour une analyse du principe d'utilisation non-dommageable du territoire, voir P.M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle* (Paris, Pedone, 1976).

18 Art. 6.1, *litera c*.

19 *Ann. CDI*, 1958, II, commentaire de l'art. 19, p. 46, par. 91.

le besoin proprement vital de cette population, que l'on peut aussi considérer comme un « peuple » au sens de la Charte, d'accéder à suffisance à l'eau potable, on peut poser la question de savoir s'il ne s'agit pas là d'un « droit fondamental » de l'Etat tel que la catégorie en a été ranimée par la Cour internationale de Justice dans son avis de 1996 sur la *licéité de la menace et de l'emploi des armes nucléaires*. Un droit d'un tel caractère rencontrerait ainsi son caractère opposable « erga omnes » lorsqu'il est envisagé par référence au « peuple » de l'Etat considéré.

Ces deux références autoriseraient alors, très vraisemblablement, un Etat voyant ses ressources en eau potable menacées par les initiatives d'un autre Etat (par exemple un Etat d'amont) à invoquer un « droit de nécessité écologique » et sanitaire pour prendre des mesures éventuellement illicites afin de garantir la satisfaction des besoins précités. C'est très exactement l'un des arguments que l'auteur de ces lignes, s'autorisant du commentaire du professeur Roberto Ago sur ce qui était à l'époque l'article 33 de la première partie du projet de codification du droit de la responsabilité internationale avait invoqué devant la C.I.J. dans l'affaire du barrage de Gabčíkovo-Nagymaros. Il avait également souligné combien il s'agissait par là pour la Hongrie de faire valoir un « intérêt essentiel » au sens restrictif énoncé à l'article 33 du projet de la CDI. Comme on l'a vu plus haut, la Cour avait accepté cet argument en lui-même mais n'avait pas retenu qu'en l'occurrence l'existence d'une telle menace sur les ressources en eau potable de la Hongrie ait été suffisamment prouvée par ce pays²⁰. Ceci pose un autre problème, non seulement de fait mais aussi de droit ; celui de l'inadaptation du droit actuel de la preuve dans le procès international à la prise en compte des spécificités du dommage écologique. En l'occurrence, un dommage causé par l'envasement progressif du bassin de retenue des eaux en amont ne sera susceptible d'avoir d'effet sur les qualités de l'eau contenue dans la nappe aquifère que 20, 30, 40 ou 50 ans après la construction du barrage par la Slovaquie. La Cour n'était pas préparée à admettre cette réalité et s'en est tenue à la conception classique du dommage né, certain, personnel et direct hérité des droits privés.

Quoiqu'il en soit, on constate que le droit de l'eau est loin d'être obsolète. Ses racines anciennes comme ses développements contemporains lui offrent au contraire des perspectives intéressantes, tant dans le cadre de la négociation internationale d'« accords de cours d'eau » au sens défini par l'article 3 de la Convention de New York de 1997 que dans le cadre du procès contentieux.

20 Arrêt du 25 septembre 1997, *op. cit.* (note 12), par. 54.

B. Du côté du « droit à l'eau » en tant que droit de l'homme, à présent, on constate une inspiration et des fondements tout différents qu'il convient de replacer dans l'évolution générale de l'ordre juridique international après 1945²¹. Ce n'est pas faire du « droit de l'hommisme », expression aussi malsonnante qu'elle est aléatoire sur les plans théorique, que de constater le fait selon lequel les droits de l'homme ne sont pas cantonnés dans le domaine qui leur est formellement assigné par des textes dotés d'effet relatif. A partir de leur fondement dans la Charte des Nations Unies, ils ont introduit dans le mode d'être du droit international des innovations majeures, liées au dévoilement progressif du fait que l'exercice de la souveraineté ne peut désormais éviter de s'assigner des « fins humaines » aux sens où les envisageaient Charles de Visscher²² ou Hersch Lauterpacht²³. La promotion des droits et libertés fondamentaux fut énoncée dans la Charte en vue de la réalisation de la paix sans que les délégations réunies à San Francisco aient alors sans doute bien réalisé qu'elles offraient ainsi la possibilité aux individus de rappeler aux Etats que la souveraineté n'est pas une fin en soi mais qu'elle doit être exercée en vue des intérêts de l'homme. C'est très exactement ce que l'auteur de "*The Function of Law in the International Community*" avait dit de façon prémonitoire en 1933 dans les termes suivants :

No doubt it is true to say that international law is made for States and not States for international law, but it is true only in the sense that the State is made for human beings and not human beings for the State.²⁴

La vieille doctrine des « droits fondamentaux de l'Etat » dont on évoquait plus haut la surprenante réapparition dans la jurisprudence consultative de la Cour n'a du reste de légitimité après 1945 et l'entrée en vigueur de la Charte que dans la mesure où elle est mise au service des « droits de l'homme et des libertés fondamentales » énoncés à son article premier paragraphe 2. En d'autres termes, la logique d'implication introduite dans la Charte par la référence initiale aux droits des peuples et, surtout, aux libertés fondamentales va bien au delà de l'accumulation des déclarations et conventions relative aux droits de l'homme. Elle réoriente progressivement

21 Voir P.M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international, cours général de droit international public », 297 *RC.A.D.I.*, 2002, 414-418 et, du même auteur, « Dynamique des droits de l'homme et société civile internationale », in : *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan* (Bruxelles, Bruylant, 2004), pp. 747-760.

22 Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public* (Paris, Pedone, 1971).

23 H. Lauterpacht, "The International Protection of Human Rights", 70 *RCADI*, 1947-I, 1-108.

24 H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Cambridge, CUP, 1933), pp. 430-431.

l'exercice de la souveraineté étatique elle-même dans le sens du respect et de la promotion de ces droits²⁵. L'essor de la société civile internationale, manifesté par l'accroissement de la coopération entre les organisations non gouvernementales les plus représentatives et les organisations intergouvernementales illustre l'importance de cette « révolution des droits de l'homme » dont il est cependant réaliste de constater qu'elle reste par ailleurs largement contrariée par le maintien de l'affrontement classique des concurrences entre souverainetés.

Ceci posé, la dynamique des droits de l'homme et leur expansion hors du champ qui leur était initialement assigné a connu aussi des manifestations quelque peu inflationnistes, dont il est loisible de considérer que toutes n'ont pas forcément bien servi la cause qu'elles s'étaient assignées²⁶. C'est ainsi que l'on fit sans doute un usage inconsidéré dans les années 80 des « droits de troisième génération » dont le « droit à la paix » est sans doute resté l'une des illustrations les plus ambitieuses. La déclaration de 1986 sur « le droit au développement » est également un témoignage intéressant mais sans doute très exigeant de la stratégie consistant à vouloir doubler les obligations assignées aux Etats par l'affirmation corrélatrice de droits reconnus aux personnes²⁷.

Pour excessives voire inappropriées que ces tentatives aient pu s'avérer, elles s'expliquent néanmoins par les avantages qu'on en escomptait quant aux moyens de leur promotion effective.

- Leurs titulaires étant désignés à raison de leur qualité de personnes humaines et non plus de ressortissants d'un pays déterminé peuvent, du moins en théorie, les faire valoir eux-mêmes, directement à l'encontre d'Etats étrangers sans le recours à la protection diplomatique qui les maintenait dans la dépendance de leur Etat de nationalité. Les droits de l'homme lui sont propres, à la différence de ceux du « national » dont la protection est soumise aux aléas de l'Etat dont il relève.
- Mais, au-delà, l'affirmation d'un droit de l'homme « au développement », par exemple, lui offrent également et au minimum les bases théoriques sinon les moyens effectifs de s'en prévaloir face à son propre Etat. L'une des caractéristiques des droits de l'homme est en effet d'abolir la distinction entre le droit international et le droit interne dans la mesure où l'Etat qui y souscrit s'engage d'abord à les respecter à l'intérieur de sa propre sphère de compétence (ce qui rend l'exception de compétence nationale par principe inopérante en la matière).

25 Voir notre article cité, *supra* (note 21), « Dynamique des droits de l'homme et société civile internationale ».

26 Voir not. Ph. Alston, "Conjuring up New Human Rights : A Proposal for Quality", *AJIL*, No. 3, 1984, 607-621.

27 J.J. Israël, « Le droit au développement », *RGDIP*, n° 1, 1983, 1-41.

- Enfin, quant à la nature des obligations ainsi faites aux Etats à raison de l'affirmation des droits qu'ont les personnes à leur égard, elles sont quant à elles totalement dégagées de la règle de la réciprocité, à raison du caractère dit « objectif » des droits de l'homme.

Qu'en est-il, alors, du « droit à l'eau » en tant qu'il vient doubler et prolonger les droits et obligations de l'Etat dans ce domaine ? On peut sans doute considérer, tout en faisant preuve de prudence et de réalisme, qu'il a plus de chance d'être effectivement promu ou moins délibérément négligé que les droits « de troisième génération » du type « droit à la paix », dont on a pu à juste titre critiquer en leur temps le caractère inflationniste. Le droit à l'eau ne fait d'ailleurs pas partie de cette catégorie dans la mesure où on a vu qu'il est directement lié à des droits fondamentaux affirmés dès la Déclaration universelle de 1948 à son article 3 comme le droit à la vie. A l'inverse du « droit à la paix », il n'est pas seulement une formule incantatoire ou un rituel de compensation symbolique à son ineffectivité dans la mesure où un tel droit dispose de moyens organiques du contrôle de son application : comités des droits de la femme, de l'enfant ou, d'une façon plus générale, Comité des droits économiques, sociaux et culturels en fournissent les instruments à l'échelle universelle. Il s'agit de mécanismes de suivi dotés de pouvoirs effectifs de contrôle, dotés d'une pratique interprétative des conventions dont ils relèvent sinon même d'une véritable jurisprudence, leur permettant de faire évoluer cette interprétation. Dans le cas du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, il fait même preuve d'une compétence à certains égards quasi normative, par le biais de l'émission d'Observations générales dont la n° 15 a précisément joué un rôle important pour fixer et préciser la définition, les contours et les implications du « droit à l'eau ».

A l'échelle régionale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a su elle aussi manifester son dynamisme à partir de droits reconnus dans la Convention européenne. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Lopez Ostra*, du 9 décembre 1994, et bien qu'il ne s'agisse pas seulement d'une affaire ayant trait à la pureté de l'eau mais, d'une façon plus générale, aux conditions dans lesquelles la construction d'une station d'épuration avait porté atteinte aux droits de la requérante, la Cour a constaté que « de graves atteintes à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile »²⁸. Constatant la carence des autorités nationales espagnoles à cet égard, la Cour détermina l'indemnité qui devrait être versée à la victime pour réparation du préjudice ressenti.

On est en droit d'attendre dans la logique d'une telle décision que, *mutatis mutandis*, et en s'appuyant en particulier sur l'article 2 de la Convention

28 Par. 51 de l'arrêt, disponible sur le site de la Cour, www.echr.coe.int.

européenne (droit à la vie) ou sur toute autre disposition présentant, compte tenu des données de l'espèce, un lien de connexité suffisant avec le « droit à l'eau », ce dernier trouve une défense effective dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La reconnaissance explicite par un nombre croissant de législations internes d'un « droit à l'eau » comme droit de la personne devrait contribuer à une telle évolution²⁹. Des remarques analogues pourraient être formulées à propos des autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, en particulier celui de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Est-ce à dire que les potentialités du droit à l'eau le rendent concurrent du « droit de l'eau » ?

3 COMPLÉMENTARITÉ

Beaucoup d'internationalistes positivistes classiques, encore fascinés par la dépendance de ce droit à l'égard de la souveraineté étatique, dans laquelle ils se plaisent à trouver son « génie propre » ont bien des réticences à intégrer dans leur vision ces droits venus d'ailleurs que sont les droits de l'homme. Ces derniers compliquent leur schéma puisque, ainsi qu'on l'a vu plus haut, ils viennent, plus manifestement encore que par le passé, assigner des « fins humaines » à cette fascinante souveraineté.

Cette opposition de principes n'a cependant rien de technique mais tout d'idéologique. En réalité, si l'on intègre bien l'axiome qu'énonçait Hersch Lauterpacht dans la formule lapidaire que l'on rappelait plus haut, selon lequel la souveraineté est faite pour l'homme et non pas l'homme pour la souveraineté, on voit immédiatement qu'il n'y a pas concurrence mais complémentarité entre droit *de* et droit à l'eau. Le premier appartient aux Etats ; le second à l'individu. Mais, on l'a dit assez, le premier s'exerce au bénéfice du second.

Ainsi, si, devant la Cour internationale de Justice ou tout autre tribunal international, un Etat était demain amené à défendre sa souveraineté sur la portion d'un fleuve ou d'un lac, il le fera d'autant mieux sur le plan juridique qu'il pourra s'appuyer sur le droit de sa population à l'eau. Son droit territorial propre sera d'autant plus légitime qu'il est le garant de l'obligation faite, par ailleurs, à cet Etat à l'égard de son propre peuple ou de cha-

29 Voir H. Smets, « Reconnaissance et mise en œuvre du droit à l'eau », 13 *RTDH*, n° 52, 2002, 837-852 ; du même auteur, *Pour un droit effectif à l'eau potable* (Académie de l'Eau, 2005) ; S.M.A. Salman, S. McInerney-Lankford, *The Human Right to Water. Legal and Policy Dimensions* (Washington D.C., World Bank, 2004) ; B. Morgan, "The Regulatory Face of the Human Right to Water", 15 *The Journal of Water Law*, No. 5, 2004, 179-186.

cun de ses ressortissants de leur garantir l'accès à l'eau et, en tout premier lieu, à l'eau potable. Un droit, pour les peuples, inaliénable et permanent, et, pour les individus, tout simplement vital.

On voit ainsi que les droits les plus classiquement fondés sur la souveraineté loin d'être contrecarrés par leurs prolongements individuels, sont tout au contraire accrus et confirmés par eux. Les uns sont les moyens de garantie des autres. L'Etat, dans l'hypothèse contentieuse que l'on vient d'évoquer n'a, en réalité pas le droit mais le devoir de veiller à ce qu'aucune portion de son territoire recelant une ressource en eau n'échappe à sa souveraineté. A l'inverse, le droit de chaque national et, collectivement, le droit du peuple que leur rassemblement compose ne pourront être effectivement satisfaits que si l'Etat leur garantit l'accès à l'eau potable nécessaires à leur survie et à leur dignité.

Ce serait, cependant, un résultat bien paradoxal, et certainement erroné, de laisser envisager que l'adjonction des droits de l'Etat, de son peuple et des individus qui le composent sur une ressource en eau pourront servir demain à alimenter des conflits sinon même des guerres, alors que la Charte des Nations Unies n'a affirmé la promotion des droits de l'homme que dans la perspective de la promotion de la paix. Or, ce que l'Etat d'amont peut arguer pour justifier de son droit, l'Etat d'aval peut tout autant l'invoquer au nom des obligations qu'il a à l'égard de son propre peuple. Et, comme tous les rapports d'experts l'attestent, l'avenir, y compris l'avenir immédiat pourrait voir se multiplier des situations de concurrences des droits revendiqués par plusieurs Etats (et plusieurs peuples) sur la même ressource et à partir des mêmes fondements juridiques.

C'est alors que l'on doit revenir aux principes fondamentaux du « droit de l'eau » tel qu'il a été codifié dans la Convention de New York de 1997 : ceux, en particulier, de partage équitable, d'informations réciproques et, plus largement, de collaboration active qui doivent caractériser les Etats d'un même bassin à l'égard des ressources (y compris aquifères) que ce bassin comporte. L'affirmation du « droit à l'eau » n'est pas l'apanage d'un peuple au détriment d'un autre. Parce qu'il est aussi un droit individuel, il appartient par définition à tous. Etant une expression des droits à la vie, à la santé et à la dignité humaine, le « droit à l'eau » est aussi totalement indifférent aux distinctions de races, de sexe, de religion mais aussi de nationalité ; il est à tout le monde. Les ressources se raréfiant dangereusement et rapidement, il va falloir s'en souvenir pour développer les moyens de l'entraide et de la coopération multilatérale.

L'une des composantes essentielles du développement que chacun voudrait durable n'est pas seulement la liberté ni même l'égalité. C'est aussi la fraternité ! Personne n'a intérêt à l'oublier.

L'ETAT DU PAVILLON ET LA PROTECTION DES INTÉRÊTS LIÉS AU NAVIRE

*Philippe Gautier**

INTRODUCTION

1. C'est le droit de la mer qui m'a donné l'occasion de rencontrer Lucius Cafilisch il y a près de 20 ans. C'est dès lors tout naturellement à cette branche du droit qu'est consacré le présent exposé qui lui est dédié. La question qu'isera débattue ci-dessous concerne la nature et l'étendue de la compétence qu'exerce l'Etat du pavillon à l'égard des navires ayant sa nationalité. A cet effet, la situation de l'Etat du pavillon sera examinée plus particulièrement sous l'angle de la protection des intérêts privés liés au navire. En guise d'illustration, l'on rappellera quelques questions concrètes qui se sont posées à l'occasion d'affaires portées devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM).

1 ETAT DU PAVILLON ET PROPRIÉTÉ DU NAVIRE DANS LA JURISPRUDENCE DU TIDM

A. *La discrète mise en cause du « bénéficiaire effectif »¹ dans des affaires de « prompte mainlevée »*

2. La plupart des affaires de prompte mainlevée soumises au Tribunal sur la base de l'article 292 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le

* Greffier, Tribunal international du droit de la mer ; professeur, Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve). Les opinions de l'auteur sont exprimées à titre personnel.

1 « La (ou les) personne(s) physique(s) qui possède(nt) ou contrôle(nt) effectivement une société (ou dans le cas qui nous intéresse, un navire) et/ou la personne au nom de qui une transaction est effectuée. Il s'agit aussi des personnes qui exercent un contrôle effectif ultime sur une personne ou une construction juridique », OCDE, Direction de la Science, de la Technologie et de l'Industrie, La sécurité maritime – possibilités d'action pour renforcer la transparence sur la propriété et le contrôle des navires », Rapport final, juin 2004, p. 8, <http://www.oecd.org/dataoecd/59/1/34757219.pdf>.

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Cafilisch, pp. 717-745.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

droit de la mer (« la Convention ») concernaient l'immobilisation de navires pour infractions de pêche illicite². Les navires concernés battaient divers pavillons (Panama, Seychelles, Belize, Fédération de Russie). Chacun d'entre eux étaient la propriété d'une société domiciliée dans l'Etat du pavillon mais peu de détails furent donnés quant à l'identité des bénéficiaires effectifs³. L'équipage était composé de ressortissants de diverses nationalités. A l'exception de l'*Affaire du « Volga »*, les procédures devant le Tribunal furent introduites au nom de l'Etat du pavillon, ce dernier ayant autorisé un avocat international à agir en son nom, en qualité d'agent.

3. A l'occasion de ces affaires, les Etats défendeurs ont mis en cause les montages juridiques qui sous-tendent les activités de pêche illicite. Ainsi, dans l'*Affaire du « Monte Confurco »*, le conseil de la France déclara : « La pêche illicite est en effet structurée en véritable organisation, dirigée par de puissants intérêts économiques et financiers attirés par des profits considérables qu'elle leur procure. . . . Ces navires changent souvent de nom, . . . ils sont très souvent la propriété de ce que l'on pourrait appeler en anglais les *One ship companies*, formule bien utile pour masquer l'identité des véritables intérêts pour lesquels ils travaillent et pour empêcher toute véritable poursuite contre les responsables . . . »⁴. Dans le cadre de l'*Affaire du « Volga »*, des observations semblables furent formulées par l'Australie⁵. A l'audience, le conseil de celle-ci affirma d'ailleurs que des recherches avaient été menées en Fédération de Russie afin de vérifier l'adresse du propriétaire du navire et que cette adresse s'était révélée faussée⁶.

2 *Affaire du « Camouco » (Panama c. France), prompte mainlevée ; Affaire du « Monte Confurco » (Seychelles c. France), prompte mainlevée ; Affaire du « Grand Prince » (Belize c. France), prompte mainlevée ; Affaire du « Volga » (Fédération de Russie c. Australie), prompte mainlevée.*

3 Voy. p. ex., « *Grand Prince* » (Belize c. France), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2001*, p. 29, par. 32-34. Le *Grand Prince* battait pavillon du Belize. Son propriétaire était une société domiciliée au Belize. Celle-ci avait acheté le navire en 2000 à une autre société établie au Belize à la même adresse. Le capitaine était de nationalité espagnole et les marins de nationalité espagnole et chilienne. Dans l'*Affaire du « Camouco »*, il fut mentionné au cours de l'audience que la société panaméenne propriétaire du *Camouco* était associée à deux sociétés espagnoles (voy. ITLOS/PV.00/1/Rev.1, p. 17). Voy. sur ce point, T. Treves, "Flags of Convenience before the Law of the Sea Tribunal", *San Diego International Law Journal*, 2004, 179-189.

4 ITLOS/PV.00/6, p. 2.

5 "Then there was the series of three cases much more directly concerned with illegal fishing. They are, in chronological order, the *Camouco*, the *Monte Confurco* and the *Grand Prince*. . . . All these cases involved reflagged fishing vessels, whose ultimate beneficial ownership was in doubt. In every case the vessel had been reflagged many times. Sometimes that reflagging was of doubtful effectiveness or validity. All three cases involved credible, substantiated allegations of illegal fishing in the Southern Ocean. . . . The Tribunal should not think that these are isolated instances of illegal conduct or that there is no general law enforcement problem in these waters", ITLOS/PV.02/02, p. 19.

6 ITLOS/PV.02/04, p. 20.

4. Dans le cadre de la procédure urgente de prompt mainlevée, le Tribunal n'est pas appelé à examiner la question des responsabilités liées à l'exploitation illicite ou non réglementée des océans. Sa compétence se limite en effet à la question de la mainlevée de l'immobilisation du navire. Dès lors, les arguments mentionnés ci-dessus furent invoqués par les Etats ayant immobilisé les navires essentiellement en vue de démontrer la gravité des infractions reprochées aux navires et la nécessité d'imposer des amendes d'un montant dissuasif.

5. Ces affaires, qui se déroulent dans un contexte marqué par un souci croissant à l'égard des activités de pêche illicite, ne passent pas inaperçues. Ainsi, un rapport préparé en vue de la réunion de la « High Seas Task Force » de l'OCDE du 9 mars 2005 se réfère expressément à plusieurs affaires de prompt mainlevée portées devant le Tribunal avant d'examiner la possibilité de contrôler et de sanctionner l'action des nationaux engagés dans des activités de pêche en haute mer, indépendamment de la nationalité du navire concerné. Les droits et devoirs de l'Etat du pavillon semblent alors s'effacer pour laisser la place à une juridiction exercée sur la base de la nationalité des personnes, physiques ou morales, liées à l'exploitation du navire.

B. La confiscation du navire et le droit d'action internationale de l'Etat du pavillon

6. Dans l'« *Affaire du Grand Prince* », le Belize, Etat du pavillon, agissait contre la France afin d'obtenir la libération du navire de pêche *Grand Prince*, détenu à la Réunion pour délit de pêche illicite. La saisie administrative du navire avait été confirmée par une ordonnance du tribunal d'instance de Saint-Paul en date du 12 janvier 2001, ce dernier fixant le montant de la caution requise pour la libération du navire. Sur ces entrefaites, dans le cadre des poursuites pénales intentées contre le capitaine, le tribunal de grande instance de Saint-Denis en janvier 2001 conclut à la culpabilité de ce dernier et ordonna la confiscation du navire, avec exécution provisoire nonobstant appel.

7. Devant le TIDM, la France plaida que la demande de mainlevée de l'immobilisation du *Grand Prince* était sans objet puisque le navire avait été confisqué⁷. La France faisait en outre observer que le Tribunal n'était pas compétent pour examiner la régularité de la confiscation étant donné que dans une telle procédure, la compétence du Tribunal est limitée, selon les termes du paragraphe 3 de l'article 292, à la question de la mainlevée, « sans

7 Voy. « *Grand Prince* », *op. cit.* (note 2), par. 61 ; PV 5/4/2001, p. 15 (intervention de J.-P. Quéneudec).

préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée ». En l'espèce, une suite avait déjà été donnée à l'immobilisation du navire, à savoir sa confiscation⁸. Le Tribunal n'eut pas l'occasion de se prononcer sur ce point⁹. Il conclut à son incompétence en raison du fait que le Belize n'avait pas apporté la preuve qu'il était l'Etat du pavillon du navire¹⁰.

8. Les rapports entre confiscation du navire et droit d'action de l'Etat du pavillon ont refait surface dans le cadre d'une autre procédure de prompt mainlevée, l'*Affaire du « Juno Trader »* entre Saint-Vincent-et-les Grenadines, Etat du pavillon, et la Guinée-Bissau. Il était reproché au *Juno Trader*, navire de transport frigorifique, d'avoir commis des infractions de pêche dans la zone de pêche de la Guinée-Bissau. Au terme d'une procédure administrative, une amende fut imposée à l'égard du navire. L'amende ne fut pas payée, ce qui entraînait la confiscation du navire en vertu de la législation bissau-guinéenne applicable. La confiscation, intervenue, par l'effet de la loi, le 5 novembre 2004, ne fut notifiée aux représentants de l'armateur du navire que le 3 décembre 2004. Auparavant, le 23 novembre 2004, sur recours de l'armateur, le tribunal régional de Bissau avait décidé la suspension immédiate de la décision administrative ayant imposé l'amende dans l'attente d'un règlement définitif de l'affaire.

9. Le défendeur invoqua l'incompétence du Tribunal au motif que le demandeur n'avait plus la qualité d'Etat du pavillon lors de l'introduction de la demande, le 18 novembre 2004, puisque le navire, à cette date, avait déjà été confisqué¹¹. Dans son arrêt, le Tribunal n'accepta pas cette thèse. Sans

8 Voy. *ibid.*, par. 57 ; PV 5/4/2001, p. 14 (intervention de J.-P. Quéneudec).

9 La question subsiste de savoir si le Tribunal dans le cadre d'une procédure de prompt mainlevée est compétent pour prononcer la mainlevée de l'immobilisation d'un navire ayant fait l'objet d'une mesure de confiscation lorsque la décision qui prononce celle-ci fait l'objet d'un appel devant les tribunaux de l'Etat qui a immobilisé le navire. Ce problème est examiné par B. Oxman et V. Bantz. Selon ceux-ci, « [il] n'apparaît pas que l'obligation de mainlevée contre dépôt d'une caution disparaisse à la lueur d'un jugement de confiscation susceptible d'appel », B. Oxman, V. Bantz, « Un droit de confisquer ? L'obligation de prompt mainlevée des navires », in : *La mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec* (Paris, Pedone, 2003), pp. 493-494.

10 Voy. « *Grand Prince* », *op. cit.* (note 2), par. 93.

11 "I confess that I do not have an answer to the question of what normally happens in respect of the flag of a vessel when the vessel is confiscated by another state for violations of its fisheries regulations or other laws. . . . My understanding is that it may be the case that when a ship is confiscated in those circumstances it is thereupon regarded as ceasing to fly any flag at all and to have become an ordinary chattel until such time as the state that has confiscated it has sold the ship and it is reflagged by a new owner. . . . My submission is that the Applicant has not discharged its initial burden of establishing that it was the flag state of the *Juno Trader* at the time of the filing of the Application in these proceedings", ITLOS/PV.04/03, p. 47.

se prononcer sur « l'effet d'un changement définitif de propriété d'un navire sur sa nationalité »¹², il considéra que la décision du tribunal régional de Bissau du 23 novembre 2004, « en suspendant l'exécution de l'amende imposée au navire . . . a donc rendu inapplicable toute sanction imposée pour non-versement de l'amende, y compris la confiscation du navire »¹³.

10. La question des effets d'une confiscation d'un navire sur la nationalité de ce dernier est examinée par les Juges Mensah et Wolfrum dans leur opinion commune jointe à l'arrêt. Pour ceux-ci, il n'est pas juridiquement fondé de prétendre qu'un changement de propriété du navire a automatiquement pour effet la perte ou un changement du pavillon¹⁴. Ils soulignent que le statut d'Etat du pavillon a pour effet de tisser un réseau de droits et d'obligations réciproques entre cet Etat et le navire. Dans ce cadre, les législations nationales énoncent les conditions qui doivent être remplies pour une immatriculation. "Similarly, the laws of these States establish clear procedures to be followed for ships to leave the register, including the conditions under which a ship may lose the right to remain on the register"¹⁵. A l'égard des tiers, l'Etat du pavillon a un rôle de protection du navire, ainsi que la responsabilité d'exercer un contrôle sur ce dernier. Pour ces raisons, un changement de pavillon est un acte lourd de conséquences qui doit répondre aux procédures prévues par l'Etat du pavillon¹⁶.

11. Les affaires qui viennent d'être commentées ont ceci d'intéressant qu'elles illustrent, dans des registres différents, les relations qui s'établissent entre la nationalité du navire et la propriété (réelle) de celui-ci. Il est dès lors utile de revenir quelque peu sur les notions de pavillon, d'immatriculation et de nationalité.

2 NATIONALITÉ, PAVILLON ET IMMATRICULATION

12. Utilisé à propos d'un navire, le terme « nationalité » comporte, on le sait, une part de fiction puisque le navire est dépourvu de personnalité juridique¹⁷. Il s'agit néanmoins d'une fiction commode qui est consacrée par le

12 *Affaire du « Juno Trader » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau)*, prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2004, par. 63.

13 *Ibid.*, par. 62.

14 Opinion émise à titre collectif par les juges Mensah et Wolfrum, par. 9.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*, par. 10. En outre, les juges Mensah et Wolfrum observent qu'en l'espèce les faits ne semblaient pas corroborer la thèse d'un changement de pavillon. Ainsi, le défendeur n'avait pris apparemment aucune mesure afin de procéder à l'immatriculation du navire dans un autre registre (par. 13).

17 Voy. R. Pinto, « Les pavillons de complaisance », *JDI*, 1960, 351.

droit international. Son utilité pratique est d'exprimer le rattachement d'un navire à un Etat, ce qui entraîne l'application de règles spécifiques en droit international, relatives aux droits et obligations de l'Etat du pavillon (jurisdiction exclusive sur le navire en haute mer, droit de protection, . . .), et en droit interne, le navire étant soumis au régime juridique déterminé par la législation de l'Etat concerné¹⁸.

13. L'article 91 de la Convention, intitulé « Nationalité des navires » prévoit au paragraphe 1 que la nationalité découle du pavillon : « Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon ». Normalement, cette autorisation résulte de l'immatriculation du navire, c'est-à-dire l'inscription de données permettant l'identification du navire dans un registre tenu par les autorités publiques de l'Etat du pavillon¹⁹. L'article 91 de la Convention prévoit également, au paragraphe 2, l'obligation pour l'Etat qui a autorisé un navire à battre son pavillon de doter celui-ci de documents à cet effet.

14. À première vue, la Convention établit ainsi une équation entre les notions de nationalité, pavillon et immatriculation²⁰. En pratique, la situation est sans doute plus complexe et l'on peut assister dans certains cas à une fragmentation des différents éléments. Ainsi la nationalité a pu parfois être attribuée à un navire par certains Etats sur la base de la nationalité du propriétaire du navire indépendamment de toute immatriculation²¹. L'on peut également faire référence au contrat d'affrètement coque nue²² (« bareboat charter ») par lequel un navire immatriculé dans un Etat passe sous le contrôle de l'affrèteur²³. Pendant la durée du contrat, le navire pourra battre

18 Voy. L. Lucchini, M. Voelckel, *Droit de la mer*, t. II (Paris, Pedone, 1996), p. 47.

19 Voy. R. Coles, N. Ready (eds), *Ship Registration* (London, LLP, 2002), p. 2.

20 "Ordinarily a state confers its nationality on a ship by registering it; then, the state provides the ship with basic documents and authorizes it to fly the state's flag", *Restatement of the Law (Third), The Foreign Relations Law of the United States*, 1987, Vol. 2, p. 10.

21 "A vessel may be considered as possessing the nationality of a State even though she is unregistered, possesses no documents evidencing that nationality, nor even flies the flag of that State. Thus, the United Kingdom Merchant Shipping Act 1894, prior to its amendment by the Merchant Shipping Act 1988, defined a British ship purely in terms of ownership, regardless of whether or not she had been registered . . .": R. Coles and N. Ready (eds.), *op. cit.* (note 19), p. 3. A ce sujet, voy. *Oteri and Oteri v. Regina*, Australia, Privy Council, 4 October 1976 (*ILR*, vol. 69, p. 162) : "Section 2 of the Merchant Shipping Act 1984 imposes an obligation to register in the appropriate register of merchant shipping . . . every British ship . . . If it is not registered it is not recognized as a British ship; but non-recognition does not deprive the ship of her British nationality . . .".

22 Pour une définition, voy. l'article 2 de la Convention des Nations Unies de 1986 sur les conditions d'immatriculation des navires : « L'expression 'affrètement coque nue' s'entend d'un contrat de location d'un navire pour une période de temps stipulée en vertu duquel le preneur a la pleine possession et l'entier contrôle du navire, y compris le droit d'engager le capitaine et l'équipage du navire, pour la durée du bail ».

23 Voy. R. Coles, N. Ready (eds), *op. cit.* (note 19), pp. 35-42.

le pavillon d'un autre Etat. L'intérêt de cette formule est notamment de permettre des économies de salaire en évitant l'application des normes édictées par l'Etat de la première immatriculation. En l'absence de convention internationale en vigueur applicable à cette situation²⁴, la validité et les effets de l'affrètement coque nue dépendront des termes du contrat et de la législation des Etats concernés, ce qui peut avoir pour conséquence la radiation, la suspension ou même le maintien de l'immatriculation originaire. En pratique, l'absence de radiation de la « première » immatriculation durant le contrat peut engendrer une dissociation entre le régime applicable au navire en vertu du droit international, lié au pavillon, et la loi applicable aux relations de droit privé (hypothèque et sûretés) qui restent régis par le droit de l'Etat de la « première » immatriculation²⁵.

15. Ceci dit, la relation d'équivalence établie par la Convention entre immatriculation et nationalité semble aujourd'hui constituer la norme et l'on reconnaît habituellement que l'immatriculation est le seul critère communément applicable permettant de déterminer la nationalité d'un navire²⁶.

3 LA COMPÉTENCE DE L'ÉTAT EN MATIÈRE D'OCTROI DU PAVILLON

A. Nationalité et droits de propriété

16. Selon l'article 91, paragraphe 1, de la Convention, il appartient à chaque Etat de fixer les conditions auxquelles est subordonné l'octroi de son pavillon. Il s'agit là d'une « règle bien établie du droit international général »²⁷.

24 Voy. *infra*, par. 17 et note 39.

25 Cf. R. Cole, N. Ready (eds), *op. cit.* (note 19), p. 36, qui observent que l'absence d'un registre unique peut avoir des conséquences fâcheuses pour les créanciers du navire. "This is particularly so in view of the fact that under international Conventions at present in force, mortgages and liens are governed by the law of a vessel's country of registry and no account is taken of a situation where a vessel may effectively be subject to the jurisdiction of a second State".

26 *Ibid.*, p. 4. Les auteurs se réfèrent par exemple au Merchant Shipping Act 1988 du Royaume-Uni en vertu duquel "British character can only be assumed by registration" (*ibid.*, p. 3). Voy. également Navire « SAIGA » (No. 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 37, par. 64 : « Le droit international reconnaît plusieurs modalités pour l'attribution de la nationalité à différents types de navires. Dans le cas des navires marchands, la procédure normale à laquelle les Etats recourent pour l'attribution de leur nationalité est celle de l'immatriculation conformément à la législation nationale adoptée à cet effet. Cette procédure est celle qu'a adoptée Saint-Vincent-et-les-Grenadines dans sa loi sur la marine marchande » ; « Grand Prince », *op. cit.* (note 2), par. 83 : « Au Belize, aux termes de la *Registration of Merchant Ships Act* [loi relative à l'immatriculation des navires marchands] de 1989, le droit de battre le pavillon du Belize découle de l'accomplissement de l'acte d'immatriculation dans ce pays. De ce fait, à moins qu'un navire de pêche comme le *Grand Prince* soit immatriculé au Belize, le Belize ne saurait en être l'Etat du pavillon. »

27 Navire « SAIGA » (No. 2), *op. cit.* (note 26), p. 36, par. 63.

Traditionnellement, parmi les critères²⁸ retenus par les Etats pour l'octroi de la nationalité à un navire figurait la nationalité du propriétaire du navire, à côté de la nationalité de l'équipage et, parfois, du lieu de construction du navire²⁹. Le recours à ces critères permettait le maintien d'un ancrage du navire dans l'ordre juridique de sa nationalité. L'on sait que le phénomène des pavillons de complaisance, qui a pris son essor après 1945, a bouleversé cette situation en permettant une immatriculation sur la base de conditions minimales, et cela pour des raisons de concurrence économique (avantages sociaux, fiscaux, financiers). Comme l'observent L. Lucchini et M. Voelckel, « [l']immatriculation est accordée à des navires appartenant à des étrangers, ou contrôlés par des étrangers, dont les équipages ne sont pas des nationaux et qui n'entrent que rarement, voire jamais, sous la juridiction ou le contrôle, ni même dans les ports de l'Etat dont ils battent pavillon »³⁰. Si les pavillons de complaisance se définissent par le fait que le navire est la propriété ou sous le contrôle d'intérêts étrangers, il faut cependant reconnaître que cela est commun à bon nombre d'Etats de pavillon sans que ceux-ci soient considérés comme « complaisants ». La raison en est simple. Si la plupart des Etats requièrent comme condition à l'immatriculation que le propriétaire du navire ait leur nationalité³¹, ils admettent également la possibilité d'immatriculer des navires qui sont la propriété de personnes morales. Or, ces sociétés peuvent être des filiales contrôlées de l'étranger et faire partie de montages destinés à préserver l'anonymat des propriétaires effectifs. Un rapport de 2003 du Comité des transports maritimes de l'OCDE consacré à la propriété et au contrôle des navires observe à ce propos³² : « aucun

28 En guise d'illustration, voy. l'article XV du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 10 février 1870 entre le Pérou et la Colombie (*The Consolidated Treaty Series*, Parry, Vol. 140, p. 388) : "Those shall be considered as Peruvian vessels in Colombia, and as Colombian vessels in Peru, which may belong to citizens of Colombia or Peru respectively, and which may be provided with patents or sea-letters, issued in the usual form, according to the laws and regulations of each Republic".

29 L. Lucchini, M. Voelckel, *op. cit.* (note 18), p. 63.

30 *Ibid.*, p. 64.

31 "The laws of most states authorize only vessels owned by nationals to fly the state's flag . . . Some states require total national ownership, others require only that a 75 percent interest be owned by nationals, and some even less than 50 percent. When a vessel is owned by a corporation, the right to fly a state's flag usually depends upon the amount of capital of the corporation owned by the state's nationals, the required percentage ranging from 50 percent to 100 percent. In many states it is sufficient that the corporation be incorporated under the law of the state; in others it is required that the principal place of business be located in the state or that the corporation be managed, in whole or in part, by nationals of that state", *Restatement of the Law (third)*, *op. cit.* (note 20), pp. 13-14.

32 OCDE, Direction de la science, de la technologie et de l'industrie, Comité des transports maritimes, Propriété et contrôle des navires, mars 2003. Le rapport est disponible sur le site de l'OECD : <http://www.oecd.org/dataoecd/54/25/17942771.pdf>.

registre maritime, quel que soit le soin qu'il apporte à examiner la propriété du navire et à appliquer rigoureusement la loi, ne serait en mesure de suivre la piste du propriétaire dans le dédale des arrangements complexes »³³ qui sont utilisés dans ce domaine. Dès lors, sur ce point, la différence entre registres réside d'une part dans la condition de nationalité du propriétaire du navire (qui est d'ailleurs exigée par certains pavillons dits de complaisance³⁴) et d'autre part dans le fait que « certains font manifestement des efforts pour connaître le véritable propriétaire . . . alors que d'autres prônent l'anonymat comme un attrait propre au registre »³⁵.

17. La nationalité du propriétaire du navire ne laisse pas le droit international indifférent. Premièrement, l'exercice d'un contrôle véritable par l'Etat du pavillon suppose que le navire ait quelque attache avec celui-ci. A cet effet, la Convention des Nations Unies de 1986 portant sur les conditions d'immatriculation contient certaines obligations concernant la participation des nationaux en tant que propriétaires des navires et sur le niveau de cette participation ou relatives à la présence de nationaux ou résidents dans la composition des équipages³⁶. Ensuite, l'immatriculation entraîne l'application de règles de droit privé qui organisent et protègent les droits des propriétaires et des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur le navire³⁷. Par exemple, sont normalement mentionnés dans le registre de l'Etat du pavillon l'identité du ou des propriétaire(s) du navire³⁸, ou de l'affrètement coque nue « si les lois et règlements nationaux prévoient l'immatriculation des navires

33 *Ibid.*, p. 16, par. 82.

34 R. Cole, N. Ready (eds), *op. cit.* (note 19), pp. 44 et 49, mentionnent le Liberia, Chypre et Vanuatu. Par contre la législation du Panama et des Bahamas ne contient aucune condition de nationalité.

35 *Op. cit.* (note 32), p. 8, par. 26. Voy. également R. Cole, N. Ready (eds), *op. cit.* (note 19), p. 44 : "None of the open registries are concerned with the underlying beneficial interests, whether or not the owning company is incorporated in the flag State".

36 Ainsi, l'Etat du pavillon est tenu (voy. l'art. 7) soit de faire figurer dans sa législation « des dispositions appropriées sur la participation de cet Etat ou de ses nationaux en tant que propriétaires des navires qui battent son pavillon ou à la propriété de ces navires et sur le niveau de cette participation ; ces lois [devant] être suffisant[e]s pour permettre à l'Etat du pavillon d'exercer effectivement sa juridiction et son contrôle sur les navires qui battent son pavillon » (article 8, paragraphe 2), soit de respecter « le principe qu'une partie satisfaisante de l'effectif des officiers et des équipages des navires marchands qui battent son pavillon est constitué par des nationaux ou des personnes domiciliées ou ayant légalement leur résidence permanente dans l'Etat d'immatriculation » (art. 9, par. 1). Voy. D. Momtaz, « La Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires », *AFDI*, 1986, 715-735.

37 Cf. R. Coles, N. Ready (eds), *op. cit.* (note 19), pp. 6-7.

38 Voy. l'article 2 de la Convention de 1986 sur les conditions d'immatriculation des navires : « Aux fins de la présente Convention : . . . Par 'propriétaire' ou 'propriétaire de navire' on entend . . . toute personne physique ou morale qui est inscrite au registre des navires de l'Etat d'immatriculation comme étant le propriétaire d'un navire ».

affrétés coque nue»³⁹, ainsi que « le détail de toutes hypothèques ou autres charges analogues grevant le navire selon les dispositions des lois et règlements nationaux⁴⁰. De même, la Convention internationale de 1993 sur les privilèges et hypothèques maritimes, dont l'objet est d'harmoniser les droits nationaux en ce qui concerne la protection des créanciers privilégiés et hypothécaires sur le navire, prévoit qu'en cas de vente forcée – une hypothèse particulièrement grave dont l'effet est de mettre fin à toutes les hypothèques et privilèges grevant le navire – l'Etat qui procède à ladite vente a l'obligation de notifier celle-ci notamment à « l'autorité chargée du registre dans l'Etat d'immatriculation » ainsi qu'au « propriétaire du navire, dont le nom est inscrit au registre »⁴¹.

B. Une compétence réglementée

18. Si l'article 91 de la Convention consacre le droit des Etats de déterminer les conditions auxquelles ils subordonnent l'octroi de leur pavillon, doit-on en conclure que cette compétence relève du domaine réservé des Etats et que dès lors la nationalité d'un navire ne pourrait faire l'objet d'une contestation que par l'Etat du pavillon⁴² ? Cette position est difficilement tenable. D'une part, la nationalité des navires fait l'objet d'une disposition incluse dans la Convention et est donc soumise au mécanisme de règlement prévu par celle-ci⁴³. D'autre part, le renvoi en faveur du droit interne, s'agissant de l'attribution de la nationalité, s'opère sous le contrôle du droit international, celui-ci pouvant apporter des limites à la compétence de l'Etat. Comme le souligne la sentence arbitrale du 8 août 1905 dans l'*affaire des boutres de Mascate*, « un souverain peut être limité dans l'exercice de ce droit par des traités »⁴⁴. De même, la décision rendue par la Cour de justice

39 Art. 11, par. 2 h, de la Convention de 1986. La Convention prévoit également (art. 12) que l'immatriculation d'un navire affrété coque nue doit répondre aux conditions communes d'immatriculation prévues par la Convention. A cet effet l'affrèteur est considéré comme propriétaire. Les modalités sont pour le reste soumises à la liberté contractuelle des parties.

40 Art. 11, par. 2 i, de la Convention de 1986.

41 Art. 11, par. 1, de la Convention.

42 Voy. sur ce point la décision de la Cour suprême des Etats-Unis du 25 mai 1953 dans l'affaire *Lauritzen v. Larsen* : "Each State under international law may determine for itself the conditions on which it will grant its nationality to a merchant ship, thereby accepting responsibility for it and acquiring authority over it. Nationality is evidenced to the world by the ship's papers and its flag. The United States has firmly and successfully maintained that the regularity and validity of a registration can be questioned only by the registering state", *ILR*, vol. 20, p. 205; Voy. également D.P. O'Connell (I. Shearer ed.), *The International Law of the Sea*, Vol II (Oxford, Clarendon Press, 1984), p. 757.

43 *Navire « SAIGA » (No. 2)*, *op. cit.* (note 26), p. 37, par. 65.

44 Sentence du tribunal arbitral de La Haye du 8 août 1905, *JDI*, 1906, pp. 1291 et suiv. Le

des Communautés européennes dans l'affaire *Factortame*, tout en reconnaissant le droit des « Etats membres de déterminer, conformément aux règles générales du droit international, les conditions nécessaires pour permettre l'immatriculation d'un bateau dans leurs registres », précise que les Etats « dans l'exercice de cette compétence . . . doivent respecter les règles du droit communautaire »⁴⁵. Par ailleurs, l'on sait, après l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*⁴⁶, que, s'agissant des personnes physiques, la nationalité, ou du moins l'opposabilité de celle-ci, est, dans certaines circonstances⁴⁷, susceptibles de faire l'objet de contestations.

19. En octroyant sa nationalité, l'Etat du pavillon doit également respecter les conditions qu'il a lui-même fixées, sous peine de voir celle-ci contestée⁴⁸. Lorsque, au cours de la guerre Iran-Irak, les Etats-Unis ont accepté le transfert de 11 pétroliers koweïtiens sous pavillons américains afin d'assurer leur protection, ils ont pris le soin de respecter les conditions contenues dans leur législation, par exemple en ce qui concerne l'exigence d'avoir un capitaine de nationalité américaine, de soumettre les navires à une inspection et de vérifier leur conformité aux normes de sécurité⁴⁹. L'*Affaire du navire Saiga (No. 2)* illustre une contestation liée au non respect des formalités internes. La Guinée contestait en effet la nationalité du *Saiga* en raison du fait que le certificat provisoire d'immatriculation délivré par l'Etat

différend, qui opposait la France au Royaume-Uni, mettait en cause la délivrance par la France à certains sujets du sultanat de Mascate « de pièces les autorisant à arborer le pavillon français » sur leurs boutres. Dans sa sentence, le tribunal arbitral a considéré que le droit de la France avait en l'espèce été limité par l'Acte général de la Conférence de Bruxelles du 2 juillet 1890 concernant la suppression de la traite des esclaves africains.

45 Arrêt du 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, Affaire C-221/89, *Recueil de jurisprudence 1991*, p. I-03905.

46 *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, Arrêt du 6 avril 1966, *CIJ Recueil 1955*, pp. 4 et suiv.

47 Par exemple en cas de double nationalité (*ibid.*, p. 22), ou lorsque la nationalité ne repose sur aucun attachement réel et qu'elle est invoquée à l'encontre d'un Etat avec lequel la personne a un lien étroit de rattachement (*ibid.*, p. 26), ou encore quand l'octroi de la nationalité s'apparente à un abus de droit ou à une fraude (*ibid.*, p. 26 ; sur ce point, voy. l'opinion dissidente des juges Klaestad, p. 30, et Read, p. 37).

48 D.P. O'Connell, *op. cit.* (note 42), p. 756 : "Whether a ship is entitled to claim attribution to a State is a matter in the first instance for the law of that State to determine. But it cannot be said that other States and their courts are denied competence to ascertain if the ship's documentation is properly completed, and the flag worn really indicates the ship's nationality". L'on observera également que dans l'affaire des boutres de Mascate, un des arguments invoqués par le Royaume-Uni était qu'aucune des conditions auxquelles la concession du pavillon était soumise en vertu de la législation française n'avait été appliquée par la France aux boutres de Mascate ; cf. M. Bressonnet, « L'arbitrage franco-anglais dans l'affaire des boutres de Mascate », *JDI*, 1906, 151.

49 Voy. M. Nordquist, M. Wachenfeld, "Legal Aspects of Reflagging Kuwaiti Tankers and Laying of Mines in the Persian Gulf", *GYIL*, 1988, 145-151. A ce sujet voy. également L. Lucchini, M. Voelckel, *op. cit.* (note 18), p. 65 et pp. 72-73, note 149.

du pavillon avait expiré à la date où s'était produite la violation alléguée du droit international⁵⁰. En l'espèce, le Tribunal a reconnu la nationalité saint-vincentaise du navire en s'appuyant sur le contenu de dispositions de la législation de l'Etat du pavillon⁵¹, certains signes extérieurs de la nationalité⁵², ainsi que le comportement des Etats concernés⁵³. Il ne faudrait cependant pas en déduire que la preuve de la nationalité, en l'absence de documents d'immatriculation valables, peut être facilement apportée par l'Etat du pavillon⁵⁴. Dans cette affaire, le comportement des deux parties a sans doute joué un rôle non négligeable et en particulier le comportement du défendeur qui semblait avoir accepté par acquiescement la nationalité du navire⁵⁵.

C. Le lien « substantiel », « authentique » ou « véritable »

20. Il reste à examiner l'obligation inscrite à l'article 91, paragraphe 1, de la Convention selon laquelle « [il] doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire ». Ce n'est pas ici le lieu de se pencher sur la genèse de cette disposition. L'on sait que la position de la Commission du droit international, inspirée par l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Nottebohm* et visant à subordonner la reconnaissance de la nationalité à l'existence d'un lien substantiel ne fut pas retenue par l'article 5 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer⁵⁶. Cela indique que « l'on a voulu limiter à l'extrême, voire même éliminer la faculté pour un Etat de contester directement par un refus immédiat de reconnaissance l'attribution de son pavillon faite par un

50 *Navire « SAIGA » (No. 2)*, *op. cit.* (note 26), pp. 33-34.

51 Saint-Vincent-et-les-Grenadines avait ainsi fait notamment référence à la « section 36, paragraphe 2, de la loi sur la marine marchande qui stipule qu'un certificat provisoire 'a le même effet qu'un certificat ordinaire d'immatriculation au cours d'une période d'une année à compter de sa date d'établissement' », *ibid.*, p. 35, par. 60.

52 « Parmi ces indications, il y a l'inscription 'Kingstown' en tant que port d'attache sur la poupe du navire, les documents se trouvant à son bord et le sceau du navire qui comportait les mots 'SAIGA Kingstown', de même que la charte-partie qui était alors d'application et qui mentionnait le pavillon du navire comme étant celui de 'Saint-Vincent-et-les-Grenadines' », *ibid.*, p. 37, par. 67.

53 Pour le Tribunal, le demandeur « a agi à tous moments du présent différend sur la base du fait que le *Saiga* était un navire ayant sa nationalité », *ibid.*, p. 37, par. 68. Par contre la Guinée a soulevé tardivement l'exception tirée de la nationalité, *id.*, p. 38, par. 69.

54 Pour une approche critique de la décision du Tribunal sur ce point, voy. M. Kamto, « La nationalité des navires en droit international » in : *Mélanges Lucchini et Quéneudec*, *op. cit.* (note 9), pp. 359-361.

55 *Navire « SAIGA » (No. 2)*, *op. cit.* (note 26), p. 38, par. 69-70; voy. également l'opinion individuelle du vice-président Wolfrum.

56 Article 5, par. 1, de la Convention sur la haute mer du 29 avril 1958. Voy. sur ce point R. Pinto, *op. cit.* (note 17), pp. 345-369.

autre Etat à tel ou tel navire »⁵⁷. Par ailleurs, par la relation qu'il établit entre le contrôle et le lien substantiel⁵⁸, l'article 5 de ladite Convention suggère que celui-ci découle de celui-là. La Convention de 1982 reprend la même démarche, à ceci près que l'exigence du lien substantiel est désormais mentionnée dans l'article 91 traitant de la nationalité tandis que l'obligation pour l'Etat du pavillon d'exercer sa juridiction et son contrôle sur le navire est contenue à l'article 94⁵⁹.

21. Dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le TIDM a observé que la Convention de 1982 suivait l'approche suivie par la Convention de 1958 et a souligné le lien existant entre les articles 91 et 94 de la Convention. Selon lui, « le but des dispositions de la Convention relatives à l'exigence d'un lien substantiel entre un navire et l'Etat dont il bat le pavillon est d'assurer un respect plus efficace par les Etats du pavillon de leurs obligations, et non d'établir des critères susceptibles d'être invoqués par d'autres Etats pour contester la validité de l'immatriculation de navires dans un Etat du pavillon »⁶⁰. Le TIDM précisa que cette interprétation n'est pas contredite par les dispositions contenues dans la Convention de 1986 des Nations Unies portant sur les conditions d'immatriculation⁶¹ et est conforme à la tendance que traduisent plusieurs conventions récemment conclues⁶². En faveur de ce raisonnement, l'on ajoutera que jusqu'à présent aucune décision internationale n'a consacré le droit pour un Etat de ne pas reconnaître un

57 P. Bonassies, « La loi du pavillon », 138 *RCADI*, 1969-III, 524. Contra : opinion individuelle du juge Jessup dans l'arrêt de la CIJ du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *CIJ Recueil 1970*, p. 188 : « Si un Etat entend conférer sa nationalité à des navires en les autorisant à battre son pavillon, sans veiller à ce qu'ils satisfassent à des conditions comme celles de gestion, de propriété, de juridiction et de contrôle, les autres Etats ne sont pas tenus de reconnaître la nationalité ainsi attribuée aux navires ».

58 « Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire; l'Etat doit notamment exercer effectivement sa juridiction et son contrôle, dans les domaines technique, administratif et social, sur les navires battant son pavillon ».

59 Cf. M. Kamto, *op. cit.* (note 54), qui considère sur cette base que, dans la Convention de 1982, « l'exigence du lien substantiel apparaît très clairement comme une condition de l'acquisition de la nationalité ».

60 *Navire « SAIGA » (No. 2)*, *op. cit.* (note 26), p. 42, par. 83.

61 La Convention, qui n'est pas entrée en vigueur, fut conclue afin d'assurer ou de renforcer l'existence d'un lien « authentique » entre les navires et l'Etat dont ils battent le pavillon. Elle contient essentiellement des dispositions imposant à l'Etat du pavillon l'adoption de mesures administratives destinées à contrôler les navires, voy. également *supra*, par. 17.

62 Le Tribunal, *op. cit.* (note 26), p. 42, par. 85, se réfère à l'Accord sur les stocks chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs du 4 août 1995 (entré en vigueur le 11 décembre 2001, texte in *JOCE*, L189/14 (1998)) et à l'Accord visant à favoriser le respect des mesures internationales de conservation et de gestion des stocks de poissons par les navires de pêche en haute mer du 24 novembre 1993 (entré en vigueur le 24 avril 2003, texte in *JOCE*, L177/26 (1996)).

pavillon étranger pour le motif tiré de l'absence d'un lien substantiel entre l'Etat et le navire. Dans son avis consultatif sur la composition du Comité de la sécurité maritime, la CIJ évita de se prononcer sur les arguments qui avaient été développés sur la base du lien substantiel⁶³. La sentence arbitrale dans l'affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France affirma sans doute que « le droit, pour un Etat, de déterminer par sa législation les conditions d'immatriculation des navires . . . relève de la compétence exclusive de cet Etat, pour autant qu'il existe un lien substantiel entre l'Etat et le navire . . . »⁶⁴ mais n'en tira pas de conséquence pratique⁶⁵. Dans l'affaire de l'« *Onkel Sam* » où la nationalité d'un navire de pêche panaméen était en cause, la Cour de justice des Communautés européennes jugea que l'existence d'un lien substantiel entre le navire et le Danemark ne permettait pas d'écarter la nationalité résultant du pavillon⁶⁶. Enfin, l'on observera que les Etats-Unis, à l'occasion de l'affaire des *plates-formes pétrolières*⁶⁷, firent référence devant la CIJ à des incidents ayant impliqué deux pétroliers (auparavant sous pavillon koweïtien) immatriculés aux Etats-Unis, sans que la nationalité de ces navires soit mise en cause. Certes, les Etats-Unis avaient respecté les formes prescrites par leur législation en matière d'immatriculation mais l'on aurait pu se demander si cette pratique était bien conforme à l'exigence d'un lien substantiel⁶⁸. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'en 1991 un tribunal amé-

63 Dans l'avis consultatif de la CIJ sur la composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, il était question de l'interprétation à donner à l'expression « pays . . . qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » contenue à l'article 28a) du traité constitutif de l'Organisation, relatif à la composition du Comité de la sécurité maritime. Deux positions étaient en lice, l'une prônant la prise en compte du « tonnage qui appartient réellement aux ressortissants d'un Etat », l'autre visant « le tonnage immatriculé dans l'Etat du pavillon, qu'il appartienne à des particuliers ou à l'Etat » (*CIJ Recueil 1960*, p. 167). Sur la base de la pratique de l'organisation, la Cour conclut que le critère à retenir était celui du tonnage immatriculé et se contenta de préciser que parvenue à cette conclusion, « il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la thèse du lien substantiel en vue de répondre à la question soumise à la Cour » (*ibid.*, p. 171).

64 Texte de la sentence du 17 juillet 1986 in *RGDIP*, 1986, 733 et suiv.

65 Voy. sur ce point H. Dipla, « L'affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France », *AFDI*, 1986, 244, qui observe, à propos de l'immatriculation du chalutier « La Bretagne » à Saint-Pierre et Miquelon, que les vrais intérêts liés aux navires étaient métropolitains. Ainsi, le navire était la propriété d'une société saint-pierraise qui, elle, appartenait à trois autres sociétés métropolitaines. « L'immatriculation du chalutier à Saint-Pierre et Miquelon serait en d'autres termes un 'pavillon de complaisance' permettant à celui-ci de jouir des droits » prévus à l'article 4b) de l'accord franco-canadien de 1972 au profit des chalutiers français immatriculés à Saint-Pierre et Miquelon.

66 Affaire C-286/90, *Recueil CJCE 1992*, p. I-06019, arrêt du 24 novembre 1992.

67 *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003.

68 Cf. M. Nordquist, M. Wachenfeld, *op. cit.* (note 49), p. 151 : "The United States attempted to

ricain⁶⁹ refusa d'étendre le bénéfice de la législation américaine relative au salaire minimum (Fair Labor Standards Act)⁷⁰ à 228 marins philippins qui avaient servi à bord de pétroliers koweïtiens immatriculés aux Etats-Unis pendant la guerre Iran-Irak, pour des raisons liées au caractère artificiel ou « complaisant » de cette immatriculation⁷¹.

22. La question du lien substantiel ou « authentique »⁷² reste posée. Elle a d'ailleurs retenu l'attention de l'Assemblée générale des Nations Unies qui a demandé à l'OMI en coopération avec d'autres organisations internationales « d'étudier, d'analyser et de clarifier le rôle du 'lien véritable' au sujet de l'obligation des Etats du pavillon d'exercer un contrôle effectif sur les navires auxquels ils attribuent leur nationalité, y compris les navires de pêche, et les conséquences potentielles d'un manquement par les Etats du pavillon à leurs devoirs et obligations tels que ceux-ci sont décrits dans les instruments internationaux pertinents »⁷³. Comme l'on peut s'en rendre compte,

fit its Kuwaiti reflagging within the international standard of the genuine link. As this article has discussed, the United States did so within the letter but not within the spirit of the law. Dans l'opinion jointe à l'arrêt de la CIJ, le Juge *ad hoc* Rigaux considère d'ailleurs que le changement de pavillon, qu'il qualifie par ailleurs de « pavillon de complaisance », « ne saurait être opposable » à l'Iran (par. 10).

69 *Cruz v. Chesapeake Shipping Inc.*, 932 F.2d 218, Court of Appeals, Third Circuit, 29 April.

70 La disposition pertinente de la loi concernée s'énonce comme suit : "(a) Every employer shall pay to each of his employees who in any workweek is engaged in commerce or in the production of goods for commerce, or is employed in an enterprise engaged in commerce or in the production of goods for commerce, wages at the following rates: . . .

(4) if such employee is employed as a seaman on an American vessel, not less than the rate . . .", M. Plummer, "Choice of Law or Statutory Interpretation?: the Fair Labor Standards Act Applied Overseas – Cruz v. Cheseapeake Shipping Inc.", *Indiana International and Comparative Law Review*, 1992, 179, note 15.

71 Aux yeux de la Cour, des marins étrangers à bord de navires qui n'ont jamais pénétré dans des eaux ou ports américains ne sont pas "engaged in commerce", condition requise pour l'application du Fair Labor Standards Act. Voy. *op. cit.* (note 69), p. 228: "Generally, '[r]elevant for flag of convenience [considerations] . . . [is] the nationality of the ultimate owner.' . . . Here, it is Kuwait"; *ibid.*, p. 232: "Foreign seamen employed on vessels engaged in foreign operations entirely outside the United States, its waters and territories do not become subject to FLSA when their vessels are temporarily reflagged under the United States flag and transferred to a corporation chartered under the laws of an American state and immediately leased back to the foreign operating company . . .". Voy. à ce sujet L. Lamb, "Cruz v. Chesapeake Shipping, Inc. : Statutory Interpretation or Nonstatutory Choice of Laws", *North Carolina Journal of Int'l Law & Commercial Regulation*, 1992, 339-382. Selon l'auteur, le refus de la juridiction américaine de reconnaître l'application de la loi américaine en matière de salaire "if done at the time the vessels were operating with United States Navy escort, would have made the United States susceptible to a challenge by a foreign state that it was not evidencing a 'genuine link' with the flagged vessel", pp. 379-380.

72 L'expression est utilisée par la Convention des Nations Unies de 1986 portant sur les conditions d'immatriculation des navires, voy. *supra* (note 61).

73 Rés. 59/24 du 17 novembre 2004, par. 41. Voy également les rés. 59/25 du 17 novembre 2004, par. 30 ; 58/240 du 23 décembre 2003, par. 28 et 58/14 du 24 novembre 2003.

le « lien », qui après avoir été « substantiel » et « authentique » s'est mué en « lien véritable », est ici une fois de plus mis en relation, non pas avec une éventuelle inopposabilité du pavillon, mais bien avec les obligations de contrôle effectif qui doivent être assumées par l'Etat du pavillon. Dans le même sens, l'Assemblée générale engage vivement les Etats du pavillon qui ne disposent pas « d'administration maritime solide ni de cadres juridiques appropriés » à renforcer leurs capacités « et, en attendant que ces mesures soient prises, à envisager de refuser leur pavillon à de nouveaux navires, de ne plus immatriculer de navires ou de ne pas ouvrir de registres »⁷⁴.

23. Enfin, l'on ne manquera pas de souligner que la CDI, elle qui se situe pourtant à l'origine du « lien substantiel », dans son projet sur la protection diplomatique semble avoir pris ses distances avec l'exigence d'un lien effectif entre l'Etat et son ressortissant comme condition d'exercice de la protection diplomatique⁷⁵. La Commission estime que la position adoptée par la Cour dans l'*affaire Nottebohm* était limitée aux faits de l'espèce⁷⁶ et ne doit pas être généralisée. Elle observe en outre que « si la condition de l'existence d'un lien effectif posée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, puisque, dans le monde contemporain, sous l'effet de la mondialisation économique et des migrations, ils sont des millions à avoir quitté l'Etat de leur nationalité pour s'installer dans des Etats dont ils n'ont jamais acquis la nationalité ou à avoir acquis, par leur naissance ou leur ascendance, la nationalité d'Etats avec lesquels ils ont les liens les plus ténus »⁷⁷.

74 Rés. 59/24 in A/RES/59/24 du 4 février 2005, par. 38.

75 Voy. l'article 4 du projet adopté en première lecture en 2004, Rapport de la CDI, 56^e session, A/59/10, p. 18 : « Etat de la nationalité d'une personne physique Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'Etat de la nationalité est l'Etat dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'Etat, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international ».

76 « . . . en particulier le fait que les liens entre M. Nottebohm et le Liechtenstein . . . étaient « extrêmement ténus » par rapport à ceux qu'il avait avec le Guatemala . . . depuis plus de 34 ans, ce qui avait amené la Cour à répéter que le Liechtenstein 'n'[était] pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala'. Cela donne à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale applicable à tous les Etats, mais uniquement une règle relative selon laquelle, vu la situation, le Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm s'il voulait pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel l'intéressé avait des liens extrêmement étroits » : *ibid.*, p. 31.

77 *Ibid.*, pp. 31-32.

4 L'ORGANISATION INTERNE DU NAVIRE : CONCURRENCE ENTRE LA LOI DU PAVILLON ET LA LÉGISLATION D'ÉTATS TIERS

24. Si la loi du pavillon exprime un rattachement à l'ordre juridique d'un Etat, en ce inclus les conventions internationales qui le lient, elle n'exclut cependant pas « toute concurrence entre le droit de l'Etat du pavillon et le droit d'Etats tiers »⁷⁸. Cela est aisément visible dans les rapports de droit international privé où, en matière de conflits de lois, la loi du pavillon est un critère de rattachement dont l'importance varie en fonction du for saisi⁷⁹. De même, la juridiction de l'Etat du pavillon, exclusive en haute mer « sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention », doit se conjuguer avec la compétence de l'Etat côtier au fur et à mesure que le navire pénètre dans la zone économique exclusive de ce dernier ou sa mer territoriale, ou accoste dans ses ports.

25. Dans certaines situations particulières où la sécurité est en jeu, la loi du pavillon s'efface face à la loi de la nationalité des propriétaires réels du navire. Ainsi, les Etats-Unis considèrent qu'ils sont habilités à réquisitionner des navires pour des raisons liées à la défense nationale "if they are owned by nationals or by a corporation controlled by nationals, or are under construction within the State"⁸⁰. L'on peut aussi faire référence à la jurisprudence des tribunaux de prise qui privilégient la nationalité réelle des navires, telle qu'elle résulte notamment de la nationalité de son propriétaire⁸¹, afin d'en déterminer le caractère « ennemi »⁸². Une approche identique se retrouve dans certaines résolutions par lesquelles des sanctions sont édictées par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Ainsi, dans la résolution 787 du 16 novembre 1992 relative aux sanctions contre la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), le Conseil décida que « tout navire dans lequel une personne ou une entreprise de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ou y exerçant ses activités détient un intérêt majoritaire ou prépondérant sera considéré . . . comme un navire de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), indépendamment

78 L. Lucchini, M. Voelckel, *op. cit.* (note 18), p. 48.

79 Voy. P. Bonassies, *op. cit.* (note 57), pp. 580-583.

80 *Restatement of the Law (Third)*, *op. cit.* (note 20), p. 18. Voy. également H. Meyers, *The Nationality of Ships* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1967), p. 69 ; L. Lucchini, M. Voelckel, *op. cit.* (note 18), p. 46, note 88.

81 Voy. A. Gervais, « La jurisprudence française des prises maritimes dans la seconde guerre mondiale », *RGDIP*, 1948, 118 ; « La jurisprudence britannique des prises maritimes dans la seconde guerre mondiale », *RGDIP*, 1949, 260.

82 Voy. Lucchini, Voelckel, *op. cit.* (note 18), pp. 61-62 ; D.P. O'Connell, *op. cit.* (note 42), p. 1113.

du pavillon sous lequel il navigue »⁸³. Dans le même sens, une juridiction néerlandaise, statuant sur la base du règlement européen 1432/92 du 1^{er} juin 1992 (destiné à mettre en œuvre les sanctions contre l'ex-Yougoslavie adoptée par la résolution 757 du Conseil de sécurité)⁸⁴, refusa l'entrée au port de Rotterdam à un navire maltais, propriété d'une société maltaise, en considérant que cette société était contrôlée par une société monténégrine et que dès lors la mise à la disposition du navire de services portuaires (pilottage, . . .) tombait sous le champ d'application du règlement européen interdisant la fourniture de services non financiers à « tout organisme exerçant une activité économique . . . sous le contrôle de personnes . . . ou d'organismes érigés en société . . . sous la loi [des républiques de Serbie et du Monténégro] »⁸⁵.

26. En dehors de ces situations, l'on peut considérer que l'Etat du pavillon a vocation à régir l'organisation interne du navire et à établir le cadre législatif qui s'y rapporte. N'est-il pas en effet tenu, en vertu de l'article 94 de la Convention, d'exercer sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon ? Mais, même dans ces domaines où il est censé faire appel à ses prérogatives de puissance publique, l'Etat du pavillon ne bénéficie pas d'une juridiction exclusive. Dans certains cas, le navire sera soumis à la législation d'un Etat tiers où à l'application de règles internationalement convenues sur la base de critères de rattachement fondés sur la propriété du navire où sur le contrôle exercé sur celui-ci.

27. Un exemple bien connu concerne l'application aux navires étrangers de différentes législations américaines en matière de relations de travail⁸⁶. Ainsi, le Jones Act (Merchant Marine Act, 1920), qui autorise tout marin blessé durant son service à exercer une action en dommage et intérêt contre l'armateur, a été appliqué à des accidents survenus sur des navires étrangers sur la base de critères permettant de percer le voile du pavillon lorsque le rattachement avec les Etats-Unis est prépondérant⁸⁷, notamment dans le cas où le propriétaire réel du navire y réside.

83 *Ibid.*, p. 62, note 130.

84 *Zeta Ocean Shipping Limited v. the State of the Netherlands*, District Court of Rotterdam, 9 September 1992, *NYIL*, 1993, 411-413.

85 *JOCE* N°L 151, p. 4 ; voy à ce sujet N. Angelet, « La mise en œuvre des mesures coercitives économiques des Nations Unies dans la Communauté européenne », *RBDI*, 1993, 530-531.

86 H. Meyers, *op. cit.* (note 79), pp. 60-68; P. Bonassies, *op. cit.* (note 57), pp. 553-555 et 592-594, D.P. O'Connell, *op. cit.* (note 42), pp. 862-865.

87 D.P. O'Connell, *op. cit.* (note 42), p. 863. Par exemple, dans l'*affaire Lauritzen v. Larsen*, la Cour suprême des Etats-Unis par une décision du 25 mai 1953 décida que le Jones Act n'était pas applicable à l'action d'un marin danois blessé dans le port de La Havane, bien que le marin ait signé son contrat d'engagement à New York. La Cour passa en revue divers critères

28. Une tendance plus récente consiste pour un Etat à vouloir sanctionner des activités de pêche non réglementée en haute mer, commises par des navires battant pavillon d'Etat tiers, en poursuivant pénalement ses nationaux embarqués à bord desdits navires. L'Espagne a ainsi adopté en 2002 un décret⁸⁸ sur l'application de sanctions pénales en matière de pêche à l'égard de citoyens espagnols travaillant à bord de navires immatriculés sous un pavillon de complaisance⁸⁹. Le décret prévoit que sont passibles des sanctions pénales prévues par la loi sur la pêche du 26 mars 2001 les personnes (physiques ou morales) de nationalité espagnole juridiquement liées à des navires d'Etats tiers qui ne respectent pas les obligations internationales en matière de pêche. La compétence pénale de l'Etat, basée sur le principe de la personnalité active de l'auteur de l'infraction, est ici subsidiaire. Elle n'intervient que dans la mesure où l'Etat du pavillon ne poursuit pas les infractions dans un délai de trois mois qui suit la communication des faits à ce dernier⁹⁰. Le décret vise en particulier les infractions aux dispositions de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer ainsi qu'aux mesures de conservation édictées par une organisation régionale de pêche à laquelle l'Espagne ou la Communauté européenne a adhéré⁹¹.

29. La législation espagnole ne doit pas être perçue comme une curiosité. Elle participe d'une démarche menée par plusieurs Etats⁹² et organisations internationales et destinée à combattre plus efficacement les activités

de rattachement (Place of the wrongful act, law of the flag, allegiance or domicile of the injured, allegiance of the defendant shipowner, place of contract, inaccessibility of foreign forum, the law of the forum) et considérait qu'en l'espèce "this review of the connecting factors . . . shows an overwhelming preponderance in favor of Danish Law", 20 *ILR*, p. 210. Voy à ce sujet P. Bonassies, *op. cit.* (note 57), p. 553.

88 Le décret est pris sur la base de la loi 3/2001 du 26 mars 2001, Bulletin officiel du 28 mars 2001.

89 Real decreto 1134/2002 du 31 octobre 2002 « sobre application de sancions en materia de pesca maritima a espanois enrolados en buques con abandeiramento de conveniencia », Bulletin officiel du 2 décembre 2002, pp. 1563 et suiv.

90 *Ibid.*, art. 2, par. 2, p. 1564.

91 *Ibid.*, art. 2, par. 1, p. 1564.

92 D'autres Etats ont également adopté des mesures dans le même sens. Par exemple, les ressortissants japonais qui travaillent à bord de navires de pêche opérant dans certaines zones doivent être en possession d'un permis délivré par les autorités japonaises, Cf. *Do we need to control Nationals?*, document HSTF/08 du 25 février 2005, High Seas Task Force, OCDE, p. 3 ; de même, aux Etats-Unis le Lacey Act "makes it unlawful for any person subject to U.S. jurisdiction to 'import, export, transport, sell, receive, acquire, possess or purchase any fish . . . taken, possessed or sold in violation of any . . . foreign . . . law, treaty or regulation'. Hence, a U.S. national may be prosecuted for engaging in certain forms of IUU fishing aboard foreign vessels or in waters under the jurisdiction of another State", D. Balton, "IUU Fishing and State Control Over Nationals", Paper presented at the International Conference against Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, Santiago de Compostela, Spain, 25-26 November 2002.

de pêche illicite ou non règlementée⁹³, qui sapent les efforts des organisations régionales de pêche. Dès lors, si la responsabilité première de l'Etat du pavillon reste soulignée, celle-ci n'est pas considérée comme suffisante et d'autres mesures sont envisagées. L'adoption de sanctions par les Etats à l'encontre de leurs ressortissants est d'ailleurs prévue par le plan d'action international visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche illicite, non déclarée et non règlementée, adopté par la FAO en 2001⁹⁴. La démarche est assurément nouvelle. Certes, rien n'empêche un Etat de sanctionner le comportement de ses ressortissants dans des espaces soustraits à la juridiction des Etats, qu'il s'agisse de la haute mer ou de l'Antarctique⁹⁵. Mais justement le navire est soumis en haute mer à la juridiction de l'Etat du pavillon⁹⁶. En établissant une distinction entre le navire et les membres de son équipage, l'on vide ainsi d'une certaine substance le contenu de la juridiction exercée par l'Etat du pavillon. L'on peut dès lors s'interroger sur la licéité du développement de compétences concurrentes exercées sur le navire par des Etats tiers sur la base d'un critère de nationalité. Somme toute, en 1992, dans l'affaire de l'*Onkel Sam* – où il était question d'un navire contrôlé par des intérêts danois et immatriculé au Panama pour contourner des règles internationalement convenues en matière de pêche⁹⁷ – la Cour de

93 La pêche illicite en haute mer se réfère à des activités de pêche effectuées « par des navires battant pavillon d'Etats qui sont parties à une organisation régionale de gestion des pêches compétente, mais qui contreviennent aux mesures de conservation et de gestion adoptées par cette organisation et ayant un caractère contraignant . . . » ou « contrevenant aux lois nationales ou aux obligations internationales, y compris celles contractées par les Etats coopérant avec une organisation régionale de gestion des pêches compétente ». Les activités de pêche non règlementée visent notamment des activités « qui sont menées dans la zone de compétence d'une organisation régionale de gestion des pêches compétente par des navires sans nationalité, ou par des navires battant pavillon d'un Etat non partie à cette organisation, ou par une entité de pêche, d'une façon non conforme ou contraire aux mesures de conservation et de gestion de cette organisation », *Plan d'action de la FAO de 2001 visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche illicite, non déclarée et non règlementée*, par. 3.1 et 3.3.

94 Voy. le par. 18 du plan d'action de la FAO de 2001, qui déclare que chaque Etat « devrait autant que possible prendre des mesures ou coopérer pour s'assurer que ses ressortissants placés sous sa juridiction ne s'adonnent pas à la pêche illicite, non déclarée et non règlementée ». Selon le par. 19, « les Etats devraient s'assurer que les sanctions . . . des navires et, dans toute la mesure du possible, des ressortissants relevant de leur juridiction sont d'une sévérité suffisante pour contrecarrer ce type de pêche . . . ». Le décret espagnol de 2002 précise d'ailleurs qu'il est destiné à mettre en œuvre le plan d'action de la FAO.

95 Voy. p. ex. la loi belge du 12 janvier 1978 relative à la protection de la faune et de la flore dans l'Antarctique (Moniteur belge du 19 septembre 1978) qui assortit de sanctions pénales les interdictions qu'elle énonce.

96 Les paragraphes pertinents du plan d'action de la FAO de 2001 (voy. P. ex. *supra*, note 94) se réfèrent d'ailleurs aux ressortissants placés sous ou relevant de la *juridiction* de l'Etat qui est appelé à prendre des sanctions.

97 Voy. *supra*, par. 21 et note 66. En l'espèce, le navire en question, « Onkel Sam », était

justice des Communautés européennes, en réponse à la question des autorités danoises qui envisageaient d'appliquer un règlement européen⁹⁸ aux membres danois de l'équipage « au motif qu'ils sont des ressortissants d'un Etat membre »⁹⁹, souligna « que la loi applicable à l'activité de l'équipage ne dépend pas de la nationalité des membres de cet équipage, mais de l'Etat dans lequel le bateau est enregistré et, le cas échéant, de la zone maritime dans laquelle se trouve le bateau »¹⁰⁰. Il est cependant vrai que les initiatives prises par des Etats tiers sont destinées à pallier les carences de l'Etat du pavillon. Ainsi, la réglementation espagnole de 2002 réserve la primauté à la loi du pavillon et n'a vocation à s'appliquer qu'à titre subsidiaire. Elles visent également à faire en sorte que les navires immatriculés dans un Etat respectent les règles internationalement reconnues, adoptées par les organisations compétentes (OMI, FAO, OIT), ainsi que les devoirs de préservation de l'environnement marin et de coopération inclus dans la Convention de 1982, dont la valeur coutumière peut être raisonnablement affirmée¹⁰¹.

30. L'adoption de sanctions pénales n'est du reste pas réservée au secteur de la pêche. En matière de pollution par les navires, un projet de directive européenne du 5 mars 2003 entend instaurer un régime de sanctions pénales en cas de pollution par les navires (rejets, dégazages, ...) en infraction aux dispositions de la Convention MARPOL 73/78. L'article 6 du projet précise que la directive vise toute personne dont la culpabilité a été reconnue par un tribunal : armateur, propriétaire de la cargaison, société de classification ou toute autre personne¹⁰².

31. Il convient également de mentionner que les mesures prises par les Etats, afin d'éviter que des navires, en s'immatriculant sous certains pavillons, échappent à l'application de règles internationalement convenues en matière de sécurité, de pollution ou de pêche, ne se bornent pas à

« inscrit sur les registres du Panama et bat[tait] pavillon panaméen. Il appart[enait] à Diva Navigation, qui est une société de droit panaméen dont toutes les actions sont la propriété d'un ressortissant danois. Poulsen [était] le capitaine de ce bateau; comme le reste de l'équipage, il [était] danois et rémunéré au Danemark. Entre ses voyages, le bateau [était] normalement à quai dans un port danois » (par. 3).

98 Règlement n° 3094/86 du 7 octobre 1986.

99 *Recueil CJCE 1992*, p. I-06019, par. 17.

100 *Ibid.*, par. 18.

101 Dans le sens d'une reconnaissance en droit international général de l'obligation pour tous les Etats de respecter les « mesures de conservation et de gestion adoptées par les organisations et arrangements régionaux et sous-régionaux de gestion des pêcheries, conformément aux dispositions pertinentes » de la Convention des Nations Unies de 1982 et de l'Accord sur les stocks chevauchants de 1995, voy. la résolution de l'AG A/RES/59/25 du 17 novembre 2004, par. 9.

102 Document COM (2003) 92 final du 5 mars 2003. Une version amendée de la proposition a été adoptée par le Parlement européen le 23 février 2005 (l'article 6 du projet n'ayant cependant pas été modifié), voy. P6_TA-PROV(2005)0040.

l'utilisation de l'effet dissuasif que représente le droit pénal. Le domaine d'action le plus important reste lié aux compétences qui ont une assise territoriale, à savoir celles de l'Etat du port. La Communauté européenne a ainsi utilisé cette base de compétence en intégrant dans sa réglementation un ensemble de règles internationalement convenues dans les matières de la sécurité maritime, la prévention de la pollution et les conditions de travail à bord des navires, et en y soumettant tout navire faisant escale dans les ports européens¹⁰³. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le rôle de l'Etat du port est consacré par l'Assemblée générale des Nations Unies dans les résolutions qu'elle adopte sur le droit de la mer¹⁰⁴.

5 PROTECTION DU NAVIRE ET ETAT DU PAVILLON

A. *Dompage (in)direct et épuisement des recours internes*

32. La question de l'étendue du droit de protection exercé par l'Etat du pavillon a été examinée par le TIDM à l'occasion de *l'Affaire du navire SAIGA (No. 2)*. Le demandeur, Saint-Vincent-et-les Grenadines, réclamait à titre de violation du droit international la réparation des dommages « subis par le navire, des pertes financières subies par les propriétaires du navire, les exploitants du *Saiga*, les propriétaires de la cargaison, ainsi qu'au sujet du capitaine, des membres de l'équipage et des autres personnes qui se trouvaient à bord du navire »¹⁰⁵. Le défendeur, quant à lui, invoquait l'irrecevabilité de la demande en raison du non respect de la règle de l'épuisement des recours internes. Le Tribunal, en faisant remarquer que l'épuisement des recours internes est applicable, selon l'article 22 du projet (de l'époque) de la CDI, à la violation d'une « obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers », conclut qu'« [a]ucune des violations des droits dont se prévaut Saint-Vincent-et-les-Grenadines, [articles 33, 56, 58, 111 et 292], ne peut être présentée comme une violation d'obli-

103 Voy. la directive 95/21/CE du 19 juin 1995 concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des Etats membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'Etat du port), JOCE L157 du 7 juillet 1995, telle que modifiée notamment par la directive 2001/106/CE du 19 décembre 2001, JOCE L019 du 22 janvier 2002 ; la directive 1999/95/CE du 13 décembre 1999 concernant l'application des dispositions relatives à la durée du travail des gens de mer à bord des navires faisant escale dans les ports de la Communauté, JOCE L014 du 20 janvier 2000.

104 Voy. les résolutions 59/25 du 17 novembre 2004, par. 31 et 59/24 du 17 novembre 2004, par. 44.

105 *Navire « SAIGA » (No. 2)*, *op. cit.* (note 26), par. 168.

gations concernant le traitement à réserver à des étrangers. Elles sont toutes des violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les Grenadines. De ce fait, les demandes présentées au sujet de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle qui requiert l'épuisement des recours internes »¹⁰⁶. La détermination du caractère direct du dommage découle ici du fait que la règle a été prescrite au profit des Etats et ne vise pas directement le traitement à assurer aux étrangers, comme le ferait par exemple la règle interdisant tout traitement discriminatoire entre étrangers de différentes nationalités. En l'espèce, les articles précités de la Convention sont effectivement libellés sous la forme de droits et d'obligations dont les Etats sont les destinataires, à l'exception de l'article 111, relatif au droit de poursuite, dont le paragraphe 8 prévoit qu'un navire arrêté en dehors des conditions prescrites « est indemnisé de tout perte ou de tout dommage éventuels ». Mais même dans cette hypothèse, il est permis de penser que le préjudice est causé en violation d'un droit propre de l'Etat du pavillon, étant donné que le droit de poursuite constitue une exception à la compétence conférée à l'Etat du pavillon par les articles 90 et 92 de la Convention.

33. Le projet de la CDI auquel se réfère l'arrêt précité du TIDM a été depuis lors modifié. A l'article 15 du projet sur la protection diplomatique, adopté en première lecture par la CDI, il est ainsi prévu que l'épuisement des recours internes s'applique lorsque la réclamation « repose principalement sur un préjudice causé à une des personnes ayant la nationalité de l'Etat réclamant ». L'on peut s'interroger sur le bien-fondé de ce changement de paramètre, qui abandonne le critère tiré de la nature de l'obligation violée pour lui préférer celui basé sur la personnalité (interne ou internationale) de la victime du préjudice. Le nouveau test proposé pose des questions délicates en cas de dommages mixtes, causés à la fois à l'Etat et aux particuliers. Par exemple, dans le cas d'une pollution par hydrocarbures causant un préjudice grave à l'environnement et des dommages économiques importants aux particuliers d'un Etat, comment caractériser la réclamation introduite par cet Etat contre l'Etat du pavillon pour manquement à ses obligations internationales ? La question des critères permettant de définir la nature (in)directe du dommage divise en tout cas la doctrine¹⁰⁷. Quel que soit le critère choisi, l'on ne pourra de toute façon pas faire l'économie d'un travail de qualification et d'interprétation lorsque l'acte illicite a causé un préjudice et à l'Etat et à des personnes privées¹⁰⁸.

106 *Ibid.*, par. 98.

107 Voy. p. ex. C. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2004), pp. 146-168.

108 Voy. le deuxième rapport sur la protection diplomatique de J. Dugard, rapporteur spécial, in

B. *Nationalité des demandes et unité du navire*

34. A l'occasion de l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le TIDM a également sanctionné le principe de l'unité du navire. En écartant l'objection élevée par le défendeur au motif que la réclamation formulée par l'Etat du pavillon englobait des dommages subis par des membres de l'équipage qui n'avaient pas la nationalité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, le Tribunal a affirmé, sur la base d'un examen des dispositions de la Convention, que celle-ci « considère un navire comme constituant une unité . . . Ainsi, le navire, tout ce qui se trouve sur le navire, et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'Etat du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence »¹⁰⁹. L'on notera que ce principe a reçu l'appui de la CDI qui l'a incorporé à l'article 19 du projet sur la protection diplomatique¹¹⁰.

C. *Protection diplomatique ou « fonctionnelle » ?*

35. Peut-on qualifier la protection exercée par l'Etat de pavillon de protection diplomatique ? Il ne le semble pas. A l'article 19 du projet sur la protection diplomatique, la CDI opère une distinction entre la protection diplomatique exercée par l'Etat de nationalité des membres de l'équipage et le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au

A/CN.4/514, 28 février 2001 : « Dans la pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est 'directe' ou 'indirecte', lorsque se mélangent des éléments constituant un préjudice pour l'Etat et des éléments constituant un préjudice pour ses nationaux » (par. 19). Le rapporteur observe que différents critères ou facteurs « sont communément avancés pour expliquer la distinction entre réclamations directes et indirectes : la prépondérance, l'objet du litige, la nature de la réclamation, la nature des remèdes recherchés et le critère de la condition *sine qua non*. » (par. 20). Il ajoute également que « [d]ans la plupart des cas, la violation d'un traité sera considérée comme à l'origine d'une réclamation directe à moins qu'elle ne soit accessoire ou secondaire par rapport au préjudice subi par le national, comme dans les affaires de l'Interhandel et de l'ELSI » (par. 25).

109 *Navire « SAIGA » (No. 2)*, *op. cit.* (note 26), par. 107. Dans le même sens, voy. H. Meyers, *op. cit.* (note 79), p. 107. L'on observera également que ce principe fut invoqué devant la CIJ par Israël, à propos d'un aéronef civil, à l'occasion de l'*affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955* : "in the present case . . . which is not a case of diplomatic protection, the starting point is . . . the unity of the aircraft with every person and everything on board", *CIJ Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 531.

110 Rapport de la CDI, 56^e session, A/59/10, p. 22 : « Article 19. Equipage des navires

Le droit qu'a l'Etat de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ces derniers n'est pas affecté par le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés à la suite d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite ».

bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité . . . »¹¹¹. Le commentaire de la CDI ajoute : « Le droit de l'Etat du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage du navire bénéficie d'un appui substantiel et justifié. Il ne saurait pour autant être rangé dans la même catégorie que la protection diplomatique, pas plus qu'il ne devrait être considéré comme l'ayant remplacée »¹¹². La protection exercée par l'Etat du pavillon se rapproche ainsi d'une protection fonctionnelle, semblable à celle mise en œuvre par une organisation internationale à l'égard de ses agents¹¹³.

36. Les raisons qui militent en faveur d'un droit de protection de nature fonctionnelle en faveur de l'Etat du pavillon sont sans doute d'ordre pratique. Comme le souligne le TIDM, étant donné la pluralité des nationalités impliquées dans l'exploitation d'un navire, il ne serait pas raisonnable d'exiger de « chacune des personnes ayant subi un préjudice [de] rechercher une protection auprès de l'Etat dont cette personne a la nationalité »¹¹⁴. L'approche se justifie également sur un plan théorique, du moins chaque fois que l'Etat réclame réparation des dommages causés par un acte qui viole un droit qui lui est propre. Enfin, elle correspond à la fonction confiée par le droit international à l'Etat du pavillon qui est d'exercer sa juridiction sur le navire afin d'assurer que le navire respecte des règles minimales dans les matières administratives, sociales, techniques et environnementales.

37. Si l'on accepte que le droit de l'Etat du pavillon n'est pas fondé sur la nationalité des personnes liées à l'exploitation du navire, il en découle que l'Etat conserve son droit d'action indépendamment des aléas qui affectent les droits de propriété sur le navire, par exemple en cas de confiscation du navire par les autorités d'un Etat tiers. Cette constatation a un effet utile dans le cas d'une action en prompt mainlevée concernant un navire ayant fait l'objet d'une confiscation. Si l'Etat du pavillon conserve ainsi un droit d'action, il s'agira cependant pour celui-ci de prouver que la mainlevée conserve un quelconque objet, par exemple parce que la décision de confiscation fait l'objet d'un recours interne ou qu'elle constitue un abus de droit. Une autre conséquence est que le droit d'agir de l'Etat du pavillon n'est pas soumis à

111 *Ibid.*, p. 22, art. 19. Dans son cinquième rapport (A/CN.4/538, 4 mars 2004), le rapporteur spécial, à l'article 27, utilisait l'expression « protection diplomatique de l'équipage d'un navire par l'Etat du pavillon » (p. 22), tout en précisant que la disposition « diffère substantiellement de la protection diplomatique en ce qu'elle ne repose pas sur la nationalité » (pp. 22-23).

112 *Ibid.*, p. 93.

113 Le rapport de la CDI observe d'ailleurs que « [d]ans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la Réparation pour les dommages subis au service des Nations Unies, deux des juges, dans leurs opinions dissidentes, ont reconnu le droit d'un Etat d'exercer sa protection au bénéfice des membres étrangers d'un équipage », *ibid.* p. 91. Voy. l'opinion des juges Hackworth et Badawi Pacha, *CIJ Recueil 1949*, pp. 202-203 et 206-207.

114 *Navire « SAIGA » (No. 2)*, *op. cit.* (note 26), p. 48, par. 107.

la règle de la continuité de la nationalité applicable aux cas de protection diplomatique. Dans ce sens, l'on peut remarquer que le TIDM, dans l'*Affaire du navire SAIGA (No. 2)*, s'est intéressé à la question de la qualité d'Etat du pavillon de l'Etat demandeur à la date de l'acte illicite, à savoir l'arraisonnement du navire¹¹⁵. Il est exact cependant que, dans les affaires de prompt mainlevée, le Tribunal semble avoir exigé que la qualité d'Etat du pavillon soit également démontrée lors du dépôt de la demande¹¹⁶. Mais il ne faut probablement pas y déceler une inclination en faveur de la règle de la continuité de la nationalité. En effet, la qualité d'Etat du pavillon au moment du dépôt de la requête est exigée par le libellé même de l'article 292 de la Convention selon lequel « la demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom ».

38. Dans la mesure où la protection assurée par l'Etat du pavillon ne se substitue pas au mécanisme de la protection diplomatique, logiquement celle-ci subsiste au profit des autres Etats concernés, qu'il s'agisse de l'Etat de nationalité des membres de l'équipage, du propriétaire du navire ou de sa cargaison, ou de l'affréteur. A ce propos, l'on rappellera, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'un cas de protection diplomatique¹¹⁷, que dans l'*affaire du vapeur Wimbledon* trois des Etats demandeurs – la France, le Royaume-Uni et la Pologne (Etat intervenant) – étaient intéressés par les activités du navire ; le *Wimbledon* était en effet un navire « britannique » affrété par la compagnie française « Les Affréteurs réunis »¹¹⁸ et au moment des faits « battant pavillon français »¹¹⁹. Le gouvernement polonais était propriétaire de la cargaison, ce qui justifiait à ses yeux l'intérêt juridique qu'il pouvait faire valoir en l'espèce¹²⁰.

39. Si l'existence de droits concurrents est admise, l'on doit également envisager l'hypothèse d'un différend mettant en présence l'Etat du pavillon et un autre Etat ayant un certain titre sur le navire. L'éventualité d'un différend entre l'Etat du pavillon et l'Etat de la nationalité des membres de l'équi-

115 *Ibid.*, dispositif, par. 183 3). Il est vrai qu'en l'espèce, la Guinée avait invoqué le caractère non recevable de la demande en affirmant que « le jour de son arraisonnement, le navire « n'était pas valablement immatriculé sous pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines » (*ibid.*, par. 55).

116 « *Grand Prince* », *op. cit.* (note 2), p. 44, par. 93.

117 L'obligation dont la violation était invoquée était incluse à l'article 280 du traité de Versailles, qui assurait la libre navigation dans le canal de Kiel « aux navires de guerre et de commerce de toutes les nations en paix avec l'Allemagne », l'article 386 dudit traité permettant à toute puissance intéressée de faire appel à la Cour en cas de violation de cette disposition.

La Cour semble avoir considéré qu'il s'agissait là d'obligations énoncées au bénéfice des Etats : « chacune des puissances demanderesse a un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon », CPJI Recueil, *Série A, N° 1*, p. 20.

118 CPJI Recueil, *Série A, N° 1*, pp. 18-19.

119 Discours de M. Schiffer (Allemagne), CPJI, *Série C, N° 3/1*, p. 300.

120 Lettre du Ministre de Pologne à La Haye au Greffier de la Cour en date du 16 juin 1923, CPJI, *Série C, N° 3/1*, p. 109.

page est d'ailleurs envisagée par la CDI en ces termes : « Aux yeux de la Commission, la protection diplomatique exercée par l'Etat de nationalité et le droit de l'Etat du pavillon de demander réparation au nom de l'équipage devraient tous deux être reconnus sans que l'un ou l'autre ne se voie accorder priorité. Les équipages de navires sont souvent exposés à des difficultés émanant de l'Etat du pavillon, sous forme de mauvaises conditions de travail, ou d'Etat tiers, en cas d'arraisonnement du navire. Dans ces cas-là, ils devraient bénéficier du maximum de protection que le droit international peut offrir »¹²¹. Une autre illustration peut être donnée au départ de *l'affaire du Grand-Prince* où l'Etat du pavillon avait radié le navire de son registre d'immatriculation en raison des faits de pêche illicite qui lui étaient reprochés. Le navire était la propriété d'une société établie au Belize. Mais celle-ci était apparemment contrôlée par des intérêts étrangers et l'on pourrait dès lors envisager une action introduite contre l'Etat du pavillon par l'Etat de la nationalité du propriétaire effectif, du moins si l'on accepte que cet Etat puisse agir « lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société »¹²².

40. Dans ce type de situation, il est tentant de suivre le raisonnement développé par la CIJ dans *l'affaire Nottebohm* et de subordonner l'opposabilité du pavillon à la preuve d'une nationalité effective. Mais le problème ne se pose pas dans ces termes. Il n'y a pas en effet deux titres concurrents qui portent sur le même objet. L'Etat national de l'armateur ou d'un membre de l'équipage prend fait et cause pour celui-ci sans confondre son rôle avec celui de l'Etat du pavillon. Par ailleurs, l'on a vu que la jurisprudence est peu encline à conclure à l'inopposabilité du pavillon sur la base de l'absence d'un lien substantiel. En réalité, l'affaire qui ici peut servir de point de comparaison est celle du navire « *I'm alone* » qui opposa le Canada aux Etats-Unis. Le navire « *I'm alone* » battait pavillon canadien et était la propriété d'une société canadienne dont les actionnaires avaient la même nationalité. Il se livrait à la contrebande d'alcool et fut coulé par un navire américain au terme d'une longue poursuite dont la légalité fut contestée par la Canada, ce dernier réclamant réparation du dommage causé au navire, à sa cargaison et à l'équipage. Il apparut bientôt que la société canadienne était une société écran qui agissait sous le contrôle *de facto* de personnes ayant, à l'exception d'une seule, la nationalité américaine¹²³. Dans

121 Rapport de la CDI, 56^e session, A/59/10, p. 93.

122 *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970*, p. 48, par. 92. Voy. également l'art. 11 (« protection des actionnaires »), lettre a), du projet de la CDI sur la protection diplomatique, *op. cit.* (note 121), p. 20.

123 Voy. L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1969), pp. 109-111 ; G. Fitzmaurice, "The Case of the *I'm Alone*", *BYIL*, 1936, 82-111.

leur rapport final du 5 janvier 1935, les deux commissaires conclurent que la destruction du navire constituait un acte illicite mais qu'étant donné le contrôle *de facto* exercé par les citoyens américains dans le but d'utiliser le navire pour des activités de contrebande, il n'y avait pas lieu à réparer le dommage causé au navire et à sa cargaison. Au lieu du montant de 400'000 dollars des Etats-Unis demandés, il fut recommandé que les Etats-Unis présentent des excuses au Canada et allouent à ce dernier un montant de 25'000 dollars pour réparation du préjudice et qu'ils versent des indemnités pour un montant total d'environ 25'000 dollars pour les dommages causés à chaque membre de l'équipage¹²⁴. Comme le signale L. Cafilisch, il ne faut sans doute pas exagérer la portée de ce précédent¹²⁵. Dans le même sens, G. Fitzmaurice estime que les commissaires ont statué en équité¹²⁶ et que les raisons pour lesquelles fut rejetée la réparation du dommage au navire et à la cargaison "lay less in any non-British de facto ownership than in the fact that the vessel was employed for an illegitimate purpose"¹²⁷. Toujours est-il que le droit d'agir du Canada en tant qu'Etat du pavillon ne fut pas contesté. C'est sous l'angle de la réparation des dommages que les commissaires percèrent le voile de la personnalité de la société propriétaire du navire et refusèrent la réclamation faite au profit de celle-ci. Dès lors, l'on pourrait peut-être considérer que la décision a pour effet de priver l'Etat de la nationalité d'une société du droit d'agir en réparation « lorsque la société est contrôlée, directement ou indirectement, par des individus possédant la nationalité de l'Etat défendeur »¹²⁸. En pratique, cela signifierait qu'en cas d'acte illicite commis par un Etat tiers à l'égard d'un navire, l'Etat du pavillon ne pourrait en demander réparation à l'Etat tiers en raison du fait que la société propriétaire du navire, ayant la nationalité de l'Etat du pavillon, serait contrôlée par des ressortissants de l'Etat tiers. L'on perçoit tout de suite les difficultés d'une telle approche qui bouleverse l'utilité même de la notion de personne morale¹²⁹. Ceci dit, il n'est pas exclu que le caractère artificiel de l'immatriculation dans un pays tiers, par exemple dans le but d'éviter l'application de mesures convenues au sein d'un organisme régional de pêche, puisse être sanctionné par le droit, non pas lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le *locus standi* de l'Etat du pavillon, mais plutôt lorsqu'il s'agit d'éva-

124 *AJIL*, 1935, 326-331.

125 *Op. cit.* (note 123), p. 110.

126 G. Fitzmaurice, *op. cit.* (note 123), pp. 94-95.

127 *Ibid.*, p. 94, note 1.

128 L. Cafilisch, *op. cit.* (note 123), pp. 110-111. G. Fitzmaurice semble accepter cette idée, du moins lorsque le contrôle repose sur un lien juridique, *op. cit.* (note 123), pp. 110-111.

129 La décision rendue par un tribunal de Chicago dans l'affaire de l'Amoco Cadiz, qui attribua à la société Standard Oil la responsabilité pour des actes fautifs accomplis par ses filiales, reste un cas isolé (pour le texte de la décision du 19 avril 1984 de la District Court for the Northern District of Illinois, voy. *Droit européen des transports*, vol. XIX, n° 5, 1984, pp. 583 et suiv.).

luer les responsabilités en cause et le montant de la réparation. En effet, peuvent ici entrer en ligne de compte des éléments tels que la méconnaissance par l'Etat du pavillon de ses obligations à l'égard du navire, en raison par exemple d'une attitude trop laxiste de ses autorités, le fait que cet Etat ait pu commettre un abus de droit ou une fraude¹³⁰ en accordant sa nationalité sans se soucier d'assurer un contrôle effectif sur le navire, ou encore l'argument selon lequel la victime a contribué à la réalisation du préjudice¹³¹.

CONCLUSION

42. Au terme de ce tour d'horizon consacré au rôle de l'Etat du pavillon dans la protection du navire et des intérêts liés à celui-ci, l'on peut formuler les observations suivantes :

- la nationalité des navires résulte normalement de leur immatriculation. L'immatriculation relève de la compétence des Etats et ceux-ci ne subordonnent pas nécessairement l'octroi de leur pavillon à la condition que le propriétaire du navire ait leur nationalité ;
- l'Etat du pavillon a l'obligation d'assurer un contrôle effectif sur le navire qui a sa nationalité. L'exigence d'un lien substantiel traduit cette obligation mais ne semble pas être énoncée comme condition mise à l'opposabilité du pavillon par les tiers ;
- l'on assiste à l'émergence de compétences concurrentes exercées sur le navire par des Etats tiers et basées sur une critère de nationalité (équipage) ou territorial (port), afin de pallier les carences d'Etats qui n'assurent pas le respect de règles internationalement convenues par les navires qui battent leur pavillon ;
- lorsqu'il invoque la violation d'un droit qui lui est propre, l'Etat du pavillon exerce une protection qui se caractérise par les notions de dommage direct et d'unité du navire. Ce type de protection s'écarte de la protection diplomatique et s'apparente à une protection de type fonctionnelle. Dans ce cas, l'exercice d'un tel droit est susceptible de se conjuguer, ou d'entrer en conflit, avec la protection diplomatique des autres Etats qui, en raison de la nationalité des personnes intéressées à l'exploitation du navire, sont habilités à exercer celle-ci.

130 Voy. *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, Arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil 1955*, opinions dissidentes des juges Klaestad, p. 31, et Read, p. 37.

131 Voy. l'article 39 du projet adopté par la CDI sur la responsabilité de Etats, Rapport de la CDI, 53^e session (2001), A/56/10, p. 54 : « Article 39, Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée ».

JUS COGENS AND THE LAW OF THE SEA

*Vladimir Ibler**

This contribution questions whether public international law, and specifically whether the discipline of the law of the sea incorporates the notion of *jus cogens*, and further which norms of the codified law of the sea need to be considered as cogent law.

1

No matter what legal system it may be, i.e., the Roman law system,¹ or any other legal system, feudal or bourgeois, which for a given period used positive law, explicitly mentioning the notion and the term of *jus cogens*² or not, obligatory peremptory norms at variance with “dispositive” norms exist in each and every legal system.³

In his comprehensive and in-depth work, Gómez Robledo,⁴ referring to internal legal orders (national legal systems), and in support of the existence

* Professor of Public International Law, Faculty of Law, University of Zagreb.

1 For the relationship between the notions and the terms of *jus publicum* and *jus cogens* and their employment in Roman law and current legal systems, see A. Romac, *Izvori rimskog prava* (Zagreb, 1973), pp. 4-5; A. Romac, *Rimsko pravo*, 3rd ed. (Zagreb, 1989); M. Horvat, *Rimsko pravo* (Zagreb, 1998); E. Schwelb, “Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission”, in: *The Draft Articles on International Jus Cogens* (Yale Law School, 1966).

2 In the doctrine and publications it can be found that authors arbitrarily, inconsistently and alternatively pre-modify the term *jus cogens* with the following attributes: “notion”, “doctrine”, “concept”, “institute”, “idea” (Virally). Moreover, when considering and expounding whether a certain norm is *jus cogens* or not, authors (e.g. Verdross, Virally) use the expression “character”. Namely, they question whether that norm does or does not have a “character” which renders it, or in turn, does not render it, *jus cogens*.

3 A. Levan, “Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law”, *RCADI*, 1981-III, p. 233.

4 A. Gómez Robledo, “Le Jus cogens International: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *RCADI*, 1981-III, pp. 9-217.

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Cafisch, pp. 747-765.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

of peremptory norms in those orders as well, quotes Article 6 of the *Code civil français* (the *Code Napoleon*) which stipulates:

On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

Such and similar legislation, as well as doctrinal and judicial quotations could be further outlined to demonstrate the place and the role of *jus cogens* in national legal systems. Internal legal order systems impose restrictions on the physical and legal persons' freedom of contract. The order specifies the content, legal liabilities and rights that should not be stipulated, and renders them null and void should they, nevertheless, be incorporated into a contract.

However, it should not be deduced that the notions of *jus cogens* or other closely related such as "*ordre public*", stemming from the Digest and the Pandects and incorporated in internal legal orders, share a similar understanding in international law based on the fact that they were introduced into national legal systems before the international legal system. This is not the case, although the term appears in both national and international orders. The legislative power of a State endows it with enough opportunities and resources at its disposal to legislate peremptory norms. In turn, these norms are more specific and visible than the case may be in the international legal order. The position of a subject in internal law, especially the position of a physical person, is considerably weaker than the position of an international legal subject, e.g., a State, in international law. There are considerable differences between these two orders, between their systems and functioning. Accordingly, the modern doctrine and practice of international public law could and should consider the notion of *jus cogens* separately, independent from the general theory of law and *jus cogens* in internal (national) legal orders.

It seems that it is not easy to find generally accepted, comprehensive, intelligible and easily applicable definitions of the notion of *jus cogens* in textbooks, systems, monographs, judicature, or legal dictionaries,⁵ especially if the definition is postulated in the otherwise common *genus proximum et*

5 The excellent *Dictionnaire de la terminologie du Droit International* (Paris, Sirey, 1960) (the so-called *Basdevant's dictionary*) does not contain a *Jus cogens* entry, but does contain the entries for *Droit public* (p. 239) and *Ordre public* (p. 430); the latter are sometimes considered synonymous or confounded with *jus cogens*. The *Encyclopedia of Public International Law* contains a more in-depth article on *Jus cogens* written by J.A. Frowein, which, naturally, refers only to international law. This excellent and relatively recent article naturally provides the text of Article 53 of the VCLT. The article also outlines the most important and up-to-date references. However, this author likewise fails to provide a completely satisfactory definition in terms of the doctrine and its requirements. See, R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III (Amsterdam, Elsevier, 1997).

differentia specifica terms. Currently, the most accessible definitions are provided in the footnote below.⁶

This author holds that *jus cogens* norms are those legal norms in international law that originate and are derived from the conscience of humanity and are considered peremptory for the coexistence of subjects of international law within the international community of States. He also contends that the definition should clearly imply that *jus cogens* norms are only those norms that are contained in **general**, and not in any **particular** regime of international law.

This should be sufficient general exposition of the notion of *jus cogens*.

2

We will now narrow down our topic exclusively to the following question: can the notion of *jus cogens* be found not only in internal (national) legal systems, but also in public international law?

At a glance, it seems that the answer to that question is very easy and simple. However, this is not really the case. For example, how could anyone doubt the existence of this notion in the international legal discipline

6 “Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.” (D, 2, 14, 38 Papinianus libro secundo questionum) “Privatorum conventio juri publico non derogat.” (D, 50, 17, 45, 1 Ulpianus libro trigensimo ad edictum); “In national law, *jus cogens* (or its equivalents: rules of public order or public policy) as distinct from *jus dispositivum*, means overriding and peremptory rules which cannot be affected in any way by the will, or modified by the consent, of those subject to the law. They form part of the national constitution in the substantive meaning of the term and can be altered or replaced only by legislative or revolutionary action.” G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* (London/Dobbs Ferry NY, Stevens & Sons/Oceana, 1965), p. 100; “A mandatory norm of general international law from which no two or more relations may exempt themselves or release one another.” B.A. Garner (ed.), *Black’s Law Dictionary*, 8th ed. (St. Paul, West Group, 2001); “Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n’est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.” (Art. 50 ILC’s Draft on the Law of Treaties); “*Jus cogens* rules are rules impermissible of any deviations in special contracting or other close relations. All these rules belong to general international law. Any other rule in conflict with the peremptory rule is void.” V. Degan, *Međunarodno pravo* (Rijeka, 2000), p. 9; “This doctrine (*ius cogens*) espouses the Natural Law belief that there are certain peremptory norms of International Law from which no State or organization of States may deviate. A particular custom may be staunchly ingrained in I.L. that no other competing obligation may be undertaken – or continue – which vitiates the effect of that customary practice.” W. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law*, 3rd ed. (St. Paul, Wadsworth Publishing Company, 1999), p. 16; “For it is the quintessence of norms of this character that they prescribe a certain, positive or negative behaviour unconditionally; norms of this character, therefore, cannot be derogated by the will of the contracting parties.” A. Verdross, “Forbidden Treatises in International Law”, 31 *AJIL*, 1937, pp. 571-572.

when we know that in the title of Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (hereinafter, the 1969 Vienna Convention) ratified by many States and in force since 27 January 1980⁷, we can *expressis verbis* find the words *jus cogens*?⁸ Later on, in the same Article, there is a definition of the notion as well. It is to our belief that to a considerable, but by no means satisfactory extent, this substantiates our claim that *jus cogens* is a notion which certainly belongs to international law system as well. Therefore, not only should it be discussed, but also its position and role in conventional law⁹ should be considered, analyzed and determined. Besides the aforementioned Article, Articles 64, 65, 67 and 71 of the 1969 Vienna Convention also refer to our question and broaden our knowledge about *jus cogens*, supporting our viewpoint.¹⁰

The 1969 Vienna Convention evidently codifies a portion of general customary international law. Should it be claimed that this general customary international law does not contain any norms regarding the notion of *jus cogens*, then it should simply be accepted that besides codification, the 1969 Vienna Convention also introduces a certain legislation that incorporates *jus cogens* into the conventional law system.

We hold that the authenticity of our claim that *jus cogens* has its justification and an established position in the international law system is not contested by the fact that a part of the doctrine does not consider this viewpoint impeccable and accordingly, makes its value relative. These objections, among other things, also refer to the definition contained in Article 53 of the 1969 Vienna Convention. The doctrine, undoubtedly, has a right to criticize, but it cannot, as a matter of course, invalidate or modify conventional law, codified in properly concluded and ratified international conventions, in accordance with constitutions of the State Parties.¹¹

7 Article 53

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ('*ius cogens*')

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

8 Published in 1155 *UNTS*, 1980.

9 Throughout the article, the term *conventional law* is considered as treaty-created or treaty-made law.

10 Of the articles mentioned, here we only cite Article 64 since its title contains the words "*jus cogens*", and since, to a certain but not satisfactory extent, it extends the definition of the notion:

Article 64

Emergence of a new peremptory norm of general international law ('*jus cogens*')

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

11 M. Virally, "Réflexions sur le '*Jus Cogens*'" XII *AFDI*, 1966, p. 23.

Regardless of the viewpoint in this matter, it is a fact that in the period after the Second World War, the issue of *jus cogens* in the international law doctrine generated considerable interest and this issue has now become a topic interrelated to some other current topics, such as *ordre public*, nullity of treaties, and also the prohibition against the use of force, humanitarian law, the prohibition against genocide, etc. Hence, for instance, there were, in a single course of The Hague Academy of International Law in 1981, three extensive papers under the following titles:

- Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions (Gómez Robledo),
- Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law (L.A. Alexidze),
- *Jus cogens* beyond the Vienna Convention (G. Gaja).¹²

Even if works cited as selected references in the entry “*Jus Cogens*” in EPIL¹³ by Frowein were added, it still, naturally, would not account for all works published on the subject, but it surely would demonstrate how topical it is.

What can then be said in a nutshell albeit with criticism and disapproval – and what with consideration and acknowledgement – about *jus cogens* in international law system?

Apart from the aforementioned, there is a valid objection that we do not know which international law norm is or is not a “*jus cogens* norm”. There is no specific method or criteria that could be used to answer that question.

In layman’s terms, it “does not say” on the norms that they are “*jus cogens* norms”. “There is little international support for identifying norms as being *jus cogens*”.¹⁴

The most reliable definition we have is the one from the 1969 Vienna Convention (Art. 53). And it is restricted only to “. . . the purposes of the present Convention”. We, however, could not consider this as satisfactory, even if we did deem *jus cogens* non discussible within customary international law. And that would be wrong.

It is not known who and in what manner determines if “the international community of States” has really “accepted” and “recognized” a particular norm as a “*jus cogens* norm”. How can it be determined that really “all” States, for that matter, have accepted it? Moreover, the definition in Article 53 is insufficient regarding the “modification” (“can be modified”) of the

12 These papers were published in *RCADI*, 1981-III, 172.

13 J.A. Frowein, “*Jus Cogens*”, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III (Amsterdam, Elsevier, 1997), p. 65.

14 W. Slomanson, *supra* (note 6), p. 16.

norm. How is this “modification” made and by whom and how shall it be determined that a **new** norm is of the “same character” as the original “*jus cogens* norm”?

We also take it seriously when there is a fear that referring to the extant “*jus cogens* norm” could cause severe difficulties in practice. As we have already mentioned, it cannot be positively specified which norm is a “*jus cogens* norm” – and in practice, it is possible to imagine *mala fide* claims that a certain norm has such a character, in order to be relieved from a legal obligation, thus proving the treaty null, and accordingly, the maxim *pacta sunt servanda* inapplicable.

In favour of our viewpoint, namely that the *jus cogens* already has its (right) place in international law system, we give the following reasons:

As far as the objections to the definition are concerned, they are valid. Nevertheless, the fact that a certain definition is not perfect, that it is empty and vague, does not mean that the notion, which has not been defined in a satisfactory manner, does not exist. The objections against the notion of *jus cogens* – not only against its definition – can be more or less valid, but they still cannot be taken as proof that this notion should not be contained in the international legal system. Very convincing examples that prove the necessity of extant *jus cogens* norms in international law are those that protect the international community against infringement of “human” achievements. Apart from being morally justified, these values have, in contemporary international relations, also been placed under the protection of cogent international law (slavery, war prohibition, genocide, apartheid, biological and chemical weapons, etc.). The necessity to sanction versatile infringements and violations of hard-earned emerging human principles, guaranteed as “general principles of civilized nations” probably does not merit any argument or disagreement. If the complete freedom to conclude treaties allowed for the derogation of part of the international law norms that protect the just mentioned human achievements, and prohibited the use of force and threat, then it would be a lethal blow to international law in general. This could be advocated only by extreme orthodox positivism. Verdross’s indignation in that regard is understandable.¹⁵ The rights and freedom to make treaties need to be restricted. Any *legal* notion, assuming it really is a legal notion if it has a normative substratum, needs to be restricted. If it is not restricted, then it is not a *legal* notion. Furthermore, we justify our viewpoint by the fact that even in the past, when **general** international law used to exist only as customary law, cogent norms existed in the system. Even at that time in general customary international law, States were forbidden to obstruct the mutual use of the sea. According to Verdross, that “would be in contradiction to a compulsory principle of **general** international law”.¹⁶

15 “These fruits show us with terrifying clarity the dogmatic positivism which wishes to separate positive law from its ethical mother soil.” A. Verdross, *supra* (note 6), p. 576.

16 *Ibid.*

Further, according to our viewpoint, there is a general principle that States are forbidden to make treaties with *contra bonos mores* content. Such prohibitions are extant in internal legal orders of all, or almost all, civilized States. Ethical conceptions are not identical all over the world, in all civilizations, yet, in manifold ways they are, in fact, identical, unified in their assent to the content of Art. 38, (1)(c) of the Statute of the International Court of Justice, i.e., “general legal principles ratified by civilized nations”.

While defending the *jus cogens* phenomenon against fierce criticism and excessive emphasis of its weaknesses and possible application difficulties, we must not forget that the 1969 Vienna Convention did not disregard potential disputes between States, directly or indirectly related to the notion of *jus cogens*.

In Part V, Section 4, the mentioned Convention introduces this matter in a way that it also takes into account litigation, arbitration and settlement proceedings. We mention this because the application of means stated in Art. 33 of the UN Charter, and especially the settlement of the dispute before the International Court of Justice, could perhaps improve and enrich the notion and the definition of *jus cogens* in international law. The proceedings before the “third”, and especially before the most competent extant forum, the Hague Court of Justice, could help to make legal notions more accurate. This, by all means, cannot be guaranteed in any way, but is feasible. Therefore, it is impressive that the 1969 Vienna Convention *expressis verbis* mentions *jus cogens* (Articles 53 and 64) and that, in fact, it incorporated it into its system.

In conclusion, it should be emphasized that the “*jus cogens* norm” most frequently challenges the validity and application of a morally unacceptable stipulation in an international treaty. Thus, it defends the ethical values which the entire pertinent system of international law rests on, or the system of one of its integral parts, for instance the law of the sea. The aforementioned refers to the method of “discovering” (identifying, finding) a “*jus cogens* norm”: if, that is to say, it is established that a certain norm is fundamental in the system of the pertinent discipline in question and that the absence of this fundamental norm would render the system non-extant, i.e., unsustainable, then it can be taken as indicative of *jus cogens*, of a “*jus cogens* norm”. We believe this viewpoint is contained in the already-mentioned analysis by J.A. Frowein.¹⁷

What ensues from the confrontation of the following assertions:

17 “It would seem correct to assure that all basic values of the international legal order may give rise to rules of *jus cogens* which thereby protect the community as a whole.” J.A. Frowein, *supra* (note 13), p. 67.

- there is *jus cogens* and it has its justification and role in international law;
- there are serious doubts, criticisms and objections to the notion and the definition of *jus cogens* in international law.

Both assertions provide some true and convincing arguments. Hence, for instance, it is impossible to prove Mosler wrong when he points out the ambiguity that the notion of *jus cogens* suffers from.¹⁸

We hold, and repeat, that, indeed, the truly extant vagueness and the truly justified objection cannot alter the fact that there is a “*jus cogens* norm” and that it is applied in present day international relations and international law.¹⁹ There are other international-legal rules that are not completely clear, and accordingly, their practical application may pose questions which (still) have not found satisfactory theoretical answers in the form of incontestable integral viewpoints.

Thus, we have put forward arguments for our assertion that *jus cogens* is a notion and a norm that is not merely an “idea”,²⁰ but a living reality in the doctrine and practice of international law.

3

The previous pages have supported and reinforced the viewpoint that the notion of *jus cogens* is justified, and, for that matter, constitutes a necessity in the public international law system. It is especially evident and convincing in conventional international law.

Now we shall narrow down our exposition exclusively to the *law of the sea*, i.e. only to a specific part of general international public law, the part that has recently undergone comprehensive codification and considerable legislation.²¹ It needs to be verified whether in this clearly specified, separate part of international law, that is to say, in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter 1982 Convention),²² the assertion postulated on the above pages for the entire public international law system, namely, that the notion of *jus cogens* was introduced with good reason in this system, both in the doctrine and the practice likewise, holds

18 H. Mosler, “Jus Cogens im Völkerrecht”, XXV *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, 1968, p. 9 (“... Unklarheit des Begriffs ‘Jus Cogens’...”).

19 “Today there are no longer serious scientific opinions that would deny the existence of imperative norms in international legal order.”, V. Degan, *supra* (note 6), pp. 9-10.

20 M. Virally, *supra* (note 11).

21 See V. Ibler, in: Barbat (ed.), *Međunarodno pravo mora i Hrvatske* (Zagreb, 2001).

22 Ibler, *ibid.*, provides the integral text of the Convention 82 in Croatian; for the English and Croatian versions see 1833 *UNTS*, 1994, p. 397.

true. The mere existence of peremptory norms in the entire international public law system recognized in this exposition does not necessarily imply their existence in only one of its separate parts, i.e., in the *law of the sea*. We should not settle for the question and its perfunctory answer, denoting why this particular part of international law should not hold true for what has been established for the whole, for the entire international public law system. It is the purpose and aim of this contribution to establish with all certainty, whether the law of the sea should make a difference between “dispositive” law and cogent law norms. Besides, the need for the author to specifically warn the reader about at least some of the norms he holds as “*jus cogens* norms” is completely justified. What are the norms that he holds as “*jus cogens* norms”?

In the entire text of the 1982 Convention, there is not a single occurrence of the term *jus cogens*. Likewise, there is not any other term which could, perhaps, be considered its equivalent, for instance, “peremptory norm”. Neither is there any descriptive definition of the notion *jus cogens* with the use of other words, such as “a norm permitting no derogation” and the like.

Although the terms we looked up in the 1982 Convention do not appear *expressis verbis*, in some of its articles there are places, i.e. sentences, which could and should imply that the notion of *jus cogens* is in fact incorporated into the 1982 Convention.

To corroborate this by example and evidence, which has already been pointed out by the doctrine,²³ we cite Article 155, (2) of the 1982 Convention, which stipulates:

The Review Conference

...

2. The Review Conference shall ensure the maintenance of the principle of the common heritage of mankind, the international regime designed to ensure equitable exploitation of the resources of the Area for the benefit of all countries, especially the developing States, and an Authority to organize, conduct and control activities in the Area. Etc.

This article undisputedly implies that the principle of the common heritage of mankind, the international regime for the Area and the existence of its Authority shall be **maintained**, that is to say that they shall not and must not be either abrogated or modified by the Review Conference. In other words, this is what the notion of *jus cogens* implies (“*Jus cogens* are rules

23 F. Orrego Vicuña, “Exploration and Exploitation of Mineral Resources”, in: *Antarctic Mineral Exploitation. The Emerging Legal Framework*, Handbook 1 (Cambridge, Cambridge University Press, 1998), p. 646.

impermissible of any deviations.”)²⁴ In case this nonetheless happens, then pursuant to the stipulation in Art. 53 of the 1969 Vienna Convention, which specifies: “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law . . .”

We mention this example first and foremost as the evidence of a recent development of the law of the sea and the example of contemporary views about national sovereignty and its restrictions. This example (Art. 155, (2) 1982 Convention) restricts the right to “review” of the States that would participate in the “Review” Conference in advance, for a still uncertain case (*incertus an, incertus quando*). This undoubtedly restricts the sovereign States’ freedom of contract. It is evident, therefore, that UNCLOS III did not hold that States could always and without any exception have a right and freedom to conclude – and accordingly, modify – treaties, the way extreme positivism would have it. “States are free to conclude treaties on any subject whatsoever” is true only “as a matter of principle.”²⁵ The international law doctrine explains the justification of seeking and finding exceptions to the freedom of contract, and in the international practice, the exceptions in specific and justified cases that derogate from the above-mentioned “principle” of the freedom of contract.

Furthermore, we emphasize Article 311, (3) of the 1982 Convention, which holds:

Article 311

Relation to other conventions and international agreements

3. Two or more States Parties may conclude agreements modifying or suspending the operation of provisions of this Convention, applicable solely to the relations between them, provided that such agreements do not relate to **a provision derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of this Convention**, and provided further that such agreements shall not affect the application of the **basic principles embodied herein**, and that the provisions of such agreements do not affect the enjoyment by other States Parties of their rights or the performance of their obligations under this Convention.

We have emphasized those words which we believe **must** be understood as a fairly convincing example of the contractual description of the notion of *jus cogens* (without the notion being mentioned itself), since they clearly interpret the notion and point out the existence and significance of **basic principles** of the law of the sea system.

24 V. Degan, *supra* (note 6), p. 9.

25 A. Verdoss, *supra* (note 6), p. 571.

Let us still linger on the text of the 1982 Convention. We do not intend here to enumerate all norms in the Convention that we could assume might be *jus cogens* norms. We leave such an attempt for some other occasion. Here, we will merely single out from the mentioned group of norms two norms which by the history of their existence and their apparent conviction provide an example of the civilization achievement adopted and incorporated into the law of the sea and codified in the 1982 Convention. These two norms are contained in Articles 99 and 100 of the 1982 Convention.

Articles 99 and 100 are good examples for rules which are in the doctrine²⁶ referred to as “rules of international public policy”, and which are, according to the prevalent understanding, considered equivalent to the notion of *jus cogens*. If, on the other hand, we considered the normative content of Articles 99 and 100 as “dispositive” norms, we would provide a certain rehabilitation (at least within the relationship of the parties in question) of politically condemned and legally sanctioned notions of “slavery”²⁷ and “piracy”.²⁸

How should the “right” of States to conclude international agreements be defended if, for instance, they made a mutual commitment to transport slaves for that matter, as well as if they did not deem themselves obliged to cooperate in the repression of slavery? How should the assertion that Articles 99 and 100 of the 1982 Convention contain “dispositive” law be defended?

How could such an explicit and specific question be answered even by the most resolute positivists, supporters of the freedom of contract, independent from the subject and content of a treaty? As the answer to a similar question in the international law practice or doctrine, we could not find uncompromising or evident insistence on the complete and unrestricted freedom to conclude treaties of any content. It seems that the criticism of the notion of *jus cogens* is satisfied with a warning against previously emphasized weaknesses of its definition and potential difficulties in the identification of “*jus cogens* norms”, as well as difficulties in their application. It seems that the criticism stops in cases where the international legal practice provokes a reaction, for instance, at the invalid claim of a State (Art. 89 of the 1982 Convention), or at the performance of sovereign acts over the high seas contrary to Part VII of the 1982 Convention, to “**subject**” any part of the high seas to its national order.²⁹

26 G. Schwarzenberger, *International Law and Order* (London, Stevens and sons, 1971).

27 For the notion of “slavery” see the Slavery Convention (1926) and the Convention signed in Geneva in 1956 (TS 266). A.M. Trebilcock, “Slavery,” in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VIII (Amsterdam, North-Holland, 1985), p. 422.

28 Piracy is defined in Article 101 of the 1982 Convention.

29 Since it is indisputable in the international legal practice and doctrine that: “The high seas are

Critics like Schwarzenberger have a right to criticize both the notion of *jus cogens* in international law and its definition; however, there is an indisputable right to respond to the critics that their criticism is unconstructive since neither do they put forward a better solution, nor openly advocate either permissibility of the freedom of contract which would – naturally be only between States Parties – annul particular prohibitions with respect to slavery, genocide, aggression, war prohibition, human rights, biological and chemical weapons prohibition, etc, and thus invalidate the achievements sanctioned by the awareness of the international community to protect the human being and basic, civilization-wide common, ethical and moral values. To sum up, the criticism of *jus cogens*, which comes from a more or less consistent **positivism** in international law,³⁰ does not provide a solution to the problem of prevention from the introduction of immoral, non-human, aggressive, racist, discriminatory and similar content into treaties. The criticism that strikes down the acceptance of *jus cogens* norms in international law, and simultaneously does not provide any substitute for the notion as a better solution, only corroborates the previously exposed viewpoint; namely, that “**in principle**” there is a freedom of contract, which implies that in effect it really does always “**exist**” “**in principle**”; however, it cannot be reasonably claimed pursuant to international law, and from the position of the governing system of this international law that there is a clear restriction as to the content which could be a contractual subject. The presumption is always in favour of the freedom of contract. We hold this view understandable and proper. This view was already emphasized and reasoned by the international law doctrine, and especially after the Second World War, when it was concluded more frequently and in clear formulations. We believe Paul Guggenheim and Krystyna Marek expressed this view in the most straightforward and concise manner: on the one hand, the view about the freedom of contract in principle and on the other, the view about restrictions of such freedom.³¹

not governed by any national order, but rather by the immediate international law order” and that “The most important content of the principle of freedom of the sea is the norm which establishes the non-existence of any territorial sovereignty over the high seas, which is to be upheld.” See, V. Ibler, *Međunarodno pravo mora i Hrvatska* (Zagreb, Barbat, 2001), pp. 80–81, the task to prove Article 89 of the Convention 82 dispositive law or that the norm it contains is by no means *jus cogens*, etc. would understandably be unrewarding.

30 See R. Ago, “Positivism”, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III (Amsterdam, Elsevier, 1997), p. 1072.

31 “Es steht den Parteien frei, einen Vertrag über jeden beliebigen Gegenstand abzuschliessen. Es steht also grundsätzlich keinerlei Begrenzung des Inhalts völkerrechtlicher Verträge. Dieser Grundsatz gilt nicht unbeschränkt. Doch sind Beschränkungen, die hier in Frage kommen, ausschliesslich solche, die vom positiven Völkerrecht selbst herrühren, und nicht solche, die

However, we argue that there were “*jus cogens* norms” in the classical (traditional) law of the sea, preceding its codification, while it was still under general custom international law. Here, we support the viewpoint that a treaty between two or more States, in which they would not commit to respect the right of harmless passage through their territorial waters to vessels flying a flag of a particular State (particular States), when not being at war with it (with them), would represent the infringement of international law, and such a treaty would *ab initio* be void. At the same time, it would also be unlawful, *contra bonos mores*, and above all, it would infringe and violate the essential normative substratum of the entire system, the law of the sea system.

The same naturally holds for a treaty that would commit States Parties to obstruct, in a particular or any possible manner, any third State (third States) in the use of high seas at the time of peace. This intentional obstruction and hindrance of the use of the high seas is a violation of the major and universally acknowledged political and legal principle of the freedom of the sea³² and the legal regime of the high seas (Art. 87 of the 1982 Convention) and thus a violation of international law.

The question in respect of the relationship between the notion of *jus cogens* and the law of the sea can be addressed in another way as well, without seeking *jus cogens* among many norms in the 1982 Convention. Namely, we could ask a question whether it is conceivable that an entire normative subsystem within the entire public international law system that exclusively consists of “dispositive” norms exists, and further whether it could be logically supported?³³ If **each and every** norm of the law of the sea could be renounced by the agreement of States Parties to a treaty, would

man aus ausserrechtlichen Quellen wie Naturrecht, Moral und Sitte, abzuleiten versucht hat. Damit wird das Problem im Rahmen des positiven Völkerrechts verankert und alle Willkür in der Auslegung und Gültigkeitsbeurteilung der Verträge ausgeschaltet.” P. Guggenheim, K. Marek, “Verträge, Völkerrechtliche”, in: Strupp-Schlochaner (ed.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2nd ed. (Berlin, W. de Gruyter, 1962), p. 531.

32 What should be implied under the term freedom of sea? By all means, something that is legally and politically larger than the content of the regime of the open sea. “The phrase ‘freedom of the seas’ means, and has always meant, many things to many men.” P.B. Potter, *The Freedom of the Seas in History, Law and Politics* (New York, 1924); see also V. Ibler, *Sloboda mora* (Zagreb, 1965).

33 “Die wichtigste und schwierigste Frage ist jedoch, ob das Völkerrecht, das im Wesentlichen einen ausgesprochen dispositiven Charakter aufweist, Normen *iuris cogentis* enthält, gegen die ein Vertrag nicht verstossen darf. Für die Beantwortung der Frage ist davon auszugehen, dass eine Rechtsordnung nicht vorstellbar ist, deren sämtliche Normen *iuris dispositivi* sind. Ein Minimum von zwingenden Normen ist notwendig, um wenigstens die Kompetenz der Vertragsteile und die Verbindlichkeit der Verträge sicherzustellen, ohne die der Begriff des Vertrags, einer rechtlichen Bindung überhaupt, undenkbar ist.” P. Guggenheim, K. Marek, *supra* (note 31), p. 531.

it still be a matter of the positive law system at all? If, in a system, regulations consisted exclusively of “dispositive” norms, which could be renounced by the agreement of parties in a particular case would it then still be the matter of legal regulation of relations between the subjects of international law? The answer is undoubtedly negative. In this way, the pertinent legal system ceases to exist under such a heading and becomes a model (pattern) system that States could, but are by no means obliged to, apply in practice. We would obtain a system of non-peremptory norms that the subjects of international law would not need to commit to, should they make such an agreement.

It seems that this could hardly exist in reality. We do believe that a system with the majority of norms having a “dispositive” character is feasible, but that it should contain at least some *jus cogens* norms, no matter how scarce their number in comparison with “dispositive” norms. This is the viewpoint we uphold here, and strive to prove it necessary and hence applicable in practice.

We provide an example and evidence to corroborate our assertion. The already mentioned Article 89 of the 1982 Convention contains the norm which, we hold, used to exist earlier under general customary law of the sea, before its codification. The cogency (peremptoriness) of this norm has been undisputable ever since the time when Grotius’s teaching gained absolute dominant ground both in theory and practice. After the codification, this norm is now specified as follows:

Article 89

Invalidity of claims of sovereignty over the high seas

No State may validly purport to subject any part of the high seas to its sovereignty.

This norm is undisputedly a “*jus cogens* norm”. We consider it, first and foremost, as evidence that “*jus cogens* norms” are extant in the system of the 1982 Convention. We further emphasize that the norm of the same content used to exist also in the law of the sea system before its codification, and that it is still extant today as a norm of **general customary** international law. This norm, therefore, undeniably obliges all extant States in general. It obliges some of them (the majority) pursuant to conventional law, and the rest pursuant to **general customary** international law.

If, hardly conceivable in the doctrine and impossible in the practice, it were argued and proved that such a norm is “dispositive” law, it would, in fact, prove not only that *jus cogens* is non-extant in the law of the sea, but also that the law of the sea does not exist at all. The norm cited is a necessity, it is a “buttressing” norm of the system; its absence would cause the

lack of a solid normative construction necessary in every legal system which is not “soft-law”.

The part of the law of the sea system which does not refer to the high seas, i.e., Article 89 of the 1982 Convention, naturally, does not hold. In all parts of the world, seas which are not high seas (in the internal waters, the territorial sea, the contiguous zone, in the archipelagic waters, coastal or land-locked seas, exclusive economic zones) are subject to another norm, equally valuable for the comprehension of the law of the sea. A norm, which is, owing to its being the oldest foundation for all regimes just enumerated in the brackets, iterated at the beginning of the 1982 Convention. That norm is contained in Article 2 of the 1982 Convention.³⁴

The norm enshrined in Art. 2 of the 1982 Convention is an “arching” norm and simultaneously the initial and the fundamental norm for all sea areas, except for the high seas (Part VII of the 1982 Convention) and the common heritage of mankind (Part XI of the 1982 Convention).³⁵

The same normative content is contained in Article 1 of the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone. We should not be confused by the fact that in Art. 1 of the 1982 Convention, there is an explanation of legal and technical terms used in the Convention. The next article of the 1982 Convention, Article 2 contains the norm in question here. Article 2 of the 1982 Convention is, in fact, the first article which contains the material-legal norm, the norm that is most important for this part of the law of the sea, namely, that “The sovereignty of a coastal State extends . . . etc.,” the norm without any conditionality or relativity. Prior to the codification in 1958 and 1982, while the law of the sea was predominantly or considerably a part of **general customary** international law, this norm was a norm of positive international law.

34 Article 2 stipulates: “Legal status of the territorial sea, of the air space over the territorial sea and of its bed and subsoil

1. The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters, and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea.
2. This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.
3. The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law.”

35 The norm contained in Article 2 of the Convention 82 has equal importance for the part of the world seas **without** the status of the high seas as the norm in Article 89 for the high seas. These two norms are fundamental, counterparts of a sort, since each provides foundation for the two most essential regimes, (a) a regime of immediate application of international law in the high seas, where the flags of all States are equal, and (b) other regimes, where not all flags have the same rights and obligations – and the differences in that respect are determined by international law, that is to say, by *ratione territorii*.

In time, during the development of the law of the sea, all particular regimes of the sea areas, all international-legal objects enumerated earlier in the brackets, have been deduced from the mentioned norm in Art. 2. of the 1982 Convention. The governing doctrine and standardized practice, and, above all, judicature, call all these parts of the sea: *accessory, pertinence, accessoire, dépendance, appurtenance*.

Since the afore-mentioned terms establish and corroborate the legally relevant relationship between the mainland and the sea, we cite the examples which mention the relationship that is acknowledged without exception in the overall doctrine and practice:

Mare est ejus, cujus est terra, mari imperari videtur qui in continente proximo imperat, ea quae fiunt in mari adjacente territorio, dicuntur fieri in territorio.

(The sea is owned by the one who owns the territory, the sea is governed by the one who governs the closest mainland, and what happens at the coastal sea, is considered to happen on the mainland.)

The territorial sea is a necessary **accessory** of the mainland region.³⁶

Considérant que cette opinion est conforme aux principes fondamentaux du droit des gens, tant ancien que moderne, d'après lesquels le territoire maritime est une dépendance nécessaire d'un territoire terrestre, ce dont il suit, qu'au moment que, en 1658, le territoire terrestre nommé le Bohuslän fut cédé à la Suède, le rayon de territoire maritime formant la **dépendance** inséparable de ce territoire terrestre dut faire automatiquement partie de cette cession.³⁷

This zone is considered the **accessory (accessoire, appurtenance)** of the mainland and together with the mainland and the internal waters constitutes an area where the coastal State exercises its sovereignty.³⁸

The coastal sea and the air space can be determined as territorial **accessories**, and hence, a territory in the wider terms. They are territorial **accessories** because they cannot be subjected to cession, but share the same destiny as the mainland they belong to.³⁹

In respect to the question of the foundation of authority of the coastal State over the territorial sea, some deemed this foundation to be in occupation. The theory of **accessoriness** already postulated by Pufendorf is much more suitable. This authority exists owing to the fact that the sea stretches along a coastline.⁴⁰

36 *Grisbadarn case, Norway v. Sweden*, Decision of 23 October 1909, *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. XI, p. 159.

37 *Ibid.*

38 M. Zoričić, *Teritorijalno more s osvrtom na otvoreno i unutrašnje more, vanjski pojas i pitanje kontinentalne ravnine* (Zagreb, 1953).

39 J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, 7th ed. (Zagreb, 1978), p. 138.

40 *Ibid.*, p. 169.

The territorial sea is **an accessory** of the national territory and in that sense it cannot be independently gained nor separately ceded to another State. The coastal State cannot restrain itself from exercising power over that territory, since it has not only rights, but also obligations here.⁴¹

The citations mentioned are substantial evidence that the internal law doctrine and practice consider those sea areas, the objects of international law now in question, **accessories** of the mainland, and not vice versa in any possible way. **Pertinence** is a key notion without which this part of the law of the sea cannot be properly conceived and interpreted.

How is this truth in conformity with the recent codification of the law of the sea, with the content of the 1982 Convention? It is, in the author's opinion, in perfect harmony.

Article 2 of the 1982 Convention clearly implies that before the coasts of any coastal State, there is a stretch of the sea which belongs to its national territory exclusively and where it may exercise all accessory rights and obligations.

The text of Art. 2 contains the written international-legal norm which adopts the notion of pertinence and thus determines the legal relationship between the mainland and the nearby sea. This norm in its specific application⁴² materializes *ratione territorii*, that is, it takes into account circumstances of the mainland zone of the coastal State, its configuration and other characteristics. This maxim is rather frequently applied. Why it is so can be easily discerned from the following citation:

Although the sea territory is integral by nature, international law determines relations at the sea differently from the position of particular sea areas *with reference to the mainland*.⁴³

The notion of **accessoriness** and the maxim *ratione territorii* in Article 2 of the 1982 Convention are not mentioned *expressis verbis*; it is not necessary and would be tautological; in that article, they are contained notionally. We deem this assertion important and in this paper sufficiently corroborated.⁴⁴

41 J. Andrassy, B. Bakotić, B. Vukas, *Međunarodno pravo* (Zagreb, 1995), p. 183.

42 When in practice it is necessary to separate the internal waters from the territorial sea, or when it should be determined how to draw straight baselines (Art. 7 of the Convention 82), or draw lateral national borders at the sea, etc. – that task will be performed by *ratione territorii*. The application of that maxim is logical, practical and useful to that extent that it is never questionable either in theory or in practice.

43 Andrassy, *supra* (note 41), p. 163.

44 If any subject of international law denies the right to a coastal State which rightly belongs to it pursuant to Article 2 of the Convention 82 in the belt of the sea in front of its coast, then

From the above-expressed, it could be discerned that both in general customary international law of the sea, and in the 1982 Convention, there are norms which the subjects of international law, i.e., States that are and those that are not Parties to the 1982 Convention, cannot modify by their agreements. In other words, there are “*jus cogens* norms” in contemporary international law of the sea. Some of these norms have been mentioned on previous pages. However, since the text of the 1982 Convention does not determine which norms are “*jus cogens* norms”, we then assume that the international law doctrine, and especially the practice of interpretation and application of the 1982 Convention – should the opportunity arise – could determine and supplement the list of norms which shall be corroborated and acknowledged as norms having the character of “*jus cogens* norms”. It goes without saying that the majority of norms in the law of the sea system are made from “dispositive” law norms.

If the assertions contained in the perambulatory of the 1982 Convention are to be taken seriously, that is to say, not as common phrases and formulae that praise the motives behind the UNCLOS III and emphasize the significance and value of the 1982 Convention, if it is to be evaluated and acknowledged that the 1982 Convention contributes to “the strengthening of peace, safety and amiable relations among all nations”, as stated in the perambulatory, then the issue of *jus cogens* norms will not be a secondary and merely theoretical issue, striving to provide an answer to every and practically irrelevant question (a purely academic issue). In that case, it is of a practical value to know which norms are, and which are not, *jus cogens* norms. It is essential to know which norms are peremptory, since they render the law of the sea as a constant part of the normative structure of contemporary international public law.

The above-written essay was inspired by the consideration of legitimacy or illegitimacy of a written statement that would sound like the following in the English translation:

it is in conflict with positive international law. Not only because it contests and denies the coastal State the possibility to perform its rights as a coastal State, but also because it prevents it from performing its duties. This attitude and accompanying attempts and actions violate international law. Not only because of the enforcement of the Convention 82, as the content of Article 2 of the Convention 82 is an old norm, apparently the first and oldest norm of the law of the sea over all. This norm has been respected as the general custom international law norm. It is not known of a case that two States have derogated this norm by their agreement. But the fact that a State could do so unilaterally, should, most probably, not be discussed at this point. (“The will of a single State Cannot be the source of international law.” – Triepel).

The Croatian interpretation of Article 2 of UNCLOS that the sovereignty of a coastal State necessarily extends beyond its land territory and internal waters to the territorial sea is likewise unfounded in international law. The cited article, namely, is not of an imperative nature (the text does not contain the word “shall”) but, like the majority of UNCLOS regulations, has a “dispositive” significance. Consequently, it does not provide the States with a legally significant title but renders it necessary to take into account legitimate interests of both States and the principle of justice in a particular case. There have been cases in the practice of states where the water border extended along the water-side of one of the neighbouring, adjacent states.⁴⁵

Since it is highly unlikely that the Republic of Croatia would accept the above-cited standpoint of the Republic of Slovenia, i.e. that Article 2 of the 1982 Convention contains a “dispositive” norm of international law, it can be expected that the dispute between the two neighbouring States will be settled in accordance with Part XV (Settlement of Disputes) of the 1982 Convention. This peaceful settlement could also contain the answer to the question whether Article 2 of the 1982 Convention incorporates a cogent or a “dispositive” norm of international public law.

45 This is a note of the Republic of Slovenia entitled “The Response of the Republic of Slovenia to ‘The Response of the Republic of Croatia’ to ‘Viewpoints of the Republic of Slovenia about the establishment of the sea border between the Republic of Slovenia and the Republic of Croatia’”. It is dated Ljubljana, 8 November 1999. However, it is unsigned, but undoubtedly a document addressed at the Republic of Croatia and needs to be considered the official standpoint of the Republic of Slovenia.

THE DECISION ON THE DELIMITATION OF THE
ERITREA/ETHIOPIA BOUNDARY OF 13 APRIL 2002:
A SINGULAR APPROACH TO INTERNATIONAL LAW
APPLICABLE TO TERRITORIAL DISPUTES

*Marcelo G. Kohen**

1. Two of the areas in which Lucius Cafisch has excelled as professor, scholar and practitioner, are territorial jurisdiction and peaceful settlement of disputes. Indeed, on my arrival as PhD candidate at the Graduate Institute of International Studies in 1987, I had the great privilege of attending his seminar on Territorial Jurisdiction in Public International Law. Later, when in turn I began to teach at the same Institute, I continued in his tradition, conducting seminars on both fields, and in doing so, benefiting from his experience and his permanent learned guidance and advice. Naturally enough, my contribution to this volume in his honour will deal with a topic closely related to both of these areas; namely, the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission decision of 13 April 2002.¹

2. The notion of boundary currently suffers from a rather poor reputation. Globalisation, inter-dependence and integration are contemporary phenomena which supposedly render this traditional notion outmoded. However, as stated by Lucius Cafisch, “[m]algré l’interdépendance croissante des membres de la communauté des nations, l’Etat demeure un acteur essentiel sur la scène internationale. Ainsi les frontières séparant les sphères de compétence des Etats conservent toute leur importance.”² Indeed, boundaries, when delimited and demarcated, are a source of stability and good neighbourliness. “Piliers de l’existence et de la sécurité de l’Etat-nation, des frontières stables contribuent à des relations internationales pacifiques et

* Professor of International Law, Graduate Institute of International Studies, Geneva.

1 Text available at <http://www.pca-cpa.org>, also reprinted in: 41 *ILM*, 2002, 1057.

2 L. Cafisch, “Essai d’une typologie des frontières”, *Relations internationales*, No. 63, 1990, 291.

harmonieuses.”³ This was the purpose pursued by Eritrea and Ethiopia and those who encouraged them when the two States concluded the Agreement of 12 December 2000.

3. This Agreement established a “neutral boundary commission” (hereafter, “the Commission”), with the aim of the delimitation and the demarcation of the entire boundary between the two parties. The Agreement was the result of efforts made by the UN, the OAU and certain States to put an end to the bloody military conflict that had broken out two years before the Agreement’s signature.⁴ Unfortunately, hostilities nonetheless resumed and it was not until the boundary commission began its work, on 1 January 2001, that the situation really stabilised.

4. For the first time, an arbitral tribunal had to decide a dispute concerning the entire boundary between two African States. The International Court of Justice had fulfilled a similar task, both before and after the decision of the Commission in the cases of the *Libya/Chad, Cameroon v. Nigeria* and *Benin/Niger* boundaries respectively.⁵ The first judicial decision on territorial boundaries between African States had however been rendered by a Chamber of the ICJ in the *Frontier Dispute* case, between Burkina Faso and Mali, and whilst not dealing with the entire boundary between the parties, it nonetheless dealt with a significant proportion of it.⁶ Since the 1980s, judgments as well as arbitral awards, were also rendered to resolve disputes concerning maritime boundaries between African States.⁷ Although Africa is a continent that may be perceived as currently having many boundary related disputes, this perception is also due to the very use of adjudication as a means of resolving them.

5. The presence of certain unique characteristics make the Eritrean/Ethiopian boundary dispute quite exceptional within the African context. *First*, it is a boundary drawn between a State (Ethiopia) which, except for a period of illegal annexation by Italy, has always been independent, and a former

3 *Ibid.*, p. 269.

4 For a commentary, see E. Jouannet, “Le règlement de paix entre l’Ethiopie et l’Erythrée : un succès majeur pour l’ensemble d’Afrique?”, 105, *RGDIP*, No. 4, 2001, 849-896.

5 See *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, *ICJ Reports 1994*, p. 6; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *ICJ Reports 2002*, p. 303; *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment of 12 July 2005, available at www.icj-cij.org.

6 *Frontier Dispute*, Judgment, *ICJ Reports 1986*, p. 554. Another boundary dispute resolved through recourse to the judiciary was that concerning the *Kasikili/Sedudu Island* between Botswana and Namibia (*ICJ Reports 1999*, p. 1045).

7 Such as the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Tunisia)* case before the ICJ and the maritime delimitations *Guinea/Guinea-Bissau* and *Guinea-Bissau/Senegal* before arbitral tribunals. Professor Lucius Caflisch acted as Counsel for Senegal in the latter.

colony (Eritrea). *Second*, Eritrea had been part of Ethiopia for more than four decades. *Third*, the latter situation stemmed from a decision of the General Assembly of the United Nations, by virtue of the Peace Treaty with Italy of 1947. *Fourth*, Eritrea became independent with the backing of the United Nations and the dismembered State itself, Ethiopia.

1. PROCEDURAL ISSUES

6. As pointed out by Lucius Cafilisch, one of the advantages of arbitration over judicial settlement is its flexibility.⁸ This explains the expeditious choice of arbitration made by the parties in this case. The main purpose of the 12 December 2000 Agreement was to achieve a speedy solution to the dispute. In the context of a military confrontation and a fragile cease-fire, it was crucial to decide the matter as soon as possible, avoiding a long drawn procedure that would have meant years of uncertainty. The Agreement established very short time limits for the pleadings and for the deliberations. The decision was to be handed down within a 6 months period after the first meeting of the Commission.⁹ Indeed, it soon emerged that this strict time schedule was impossible to respect and warranted modification.¹⁰

7. Despite the rather misleading terminology used in the 12 December 2000 Agreement, the Commission performed the task of a real arbitral tribunal and what is simply defined as “decision” of 13 April 2002 (hereinafter, “the Decision”) is, in reality, a true arbitral award. The Commission’s activity was financed by a trust fund established pursuant to Security Council Resolution 1177 (1998) of 26 June 1998, on the basis of State contributions. The Commission is composed of five members having long-standing experience in boundary litigation, either as judges or as counsel, being all of them English speaking and having their background in the Common Law.

8. Another peculiarity of the Agreement was that instead of providing for the appointment of a Registrar for the Commission, it simply envisaged that the UN Cartographer would act as the Secretary to the Commission.¹¹ This soon proved to be inappropriate for the efficient functioning of the

8 L. Cafilisch, “L’avenir de l’arbitrage interétatique”, XXV *AFDI*, 1979, 17-23 ; “Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques”, 288 *RCADI*, 2001, 294-297.

9 Art. 4, para. 12.

10 Only the simultaneous filing of the Memorials and Counter-Memorials took six months. Deliberations of the Commission took another similar period.

11 Art. 4, para. 7.

Commission, and a Registrar dealing with legal matters was therefore appointed instead.¹²

9. A first point of contention emerged soon after the Commission was set up; one of the parties challenged the appointment of one of its five members. In response, the Commission adopted a rule of procedure according to which the remaining, unchallenged members, were to decide on the issue. This solution was consistent with the practice of the International Court of Justice.¹³ If those members were unable to reach a decision – as was the case –, the President would have referred the matter to the Secretary-General of the UN. As it turned out, however, the UN Secretary-General did not have to decide the matter, since the challenged member submitted his resignation.¹⁴

10. The task of the Commission was both the delimitation and the demarcation of the common boundary between Eritrea and Ethiopia. However, the 13 April 2002 decision concerned only the former.

11. The first procedural act envisaged in the 12 December 2000 Agreement was for the parties to submit their views on the disputed borders in order to allow the Commission to identify those parts of the boundary that were subject to controversy.¹⁵ This is an interesting precedent, facilitating a task that is normally decided by the judge or the arbitrator in situations where a boundary between two States is submitted to adjudication in its entirety. The *Cameroon v. Nigeria* and the *Benin/Niger* cases reflect this. The remainder of the procedure followed a traditional scheme of written and oral pleadings. According to the 12 December 2000 Agreement, the parties submitted their Memorials and Counter-Memorials simultaneously.

2 APPLICABLE LAW

12. One of the striking aspects of the Decision is its analysis of the law applicable to the dispute. On the one hand, it clearly departs from the now consistent case law of the International Court of Justice on territorial disputes in regard to the relationship between titles and *effectivités*.¹⁶ On the

12 Para. 1.10.

13 Although neither the Statute nor the Rules of the Court explicitly provide for that solution. For the last concrete case, see *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (request for advisory opinion), Order of 30 January 2004.

14 See paras. 1.12-1.14.

15 Art. 4, paras. 8 to 10.

16 “Where the act corresponds exactly to law, where effective administration is additional to the *uti possidetis juris*, the only role of *effectivités* is to confirm the exercise of the right derived

other hand, it adopted the narrowest possible approach to the *uti possidetis iuris* principle.¹⁷

13. Paragraph 1 of Article 4 of the 12 December 2000 Agreement sets out the law applicable by the Commission. The parties “reaffirm the principle of respect for the borders existing at independence as stated in resolution AHG/Res. 16(1) adopted by the OAU Summit in Cairo in 1964, and, in this regard, that they shall be determined on the basis of pertinent colonial treaties and applicable international law”.¹⁸ Paragraph 2 of the Agreement specifies the Commission’s task in this regard. It was to delimit and to demarcate “the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902 and 1908) and applicable international law”.¹⁹

14. The Commission did not explicitly refer to the relationship between titles and *effectivités*, but it interpreted the reference to “applicable international law” in addition to the “colonial treaties”, as enabling it to attach to subsequent conduct (mostly *effectivités*), the effect of a modification of the boundary resulting from the treaties, even though such conduct did not necessarily reflect a new agreement between the parties.²⁰ To support this view, the decision referred to the judgment in the *Kasikili/Sedudu Island* case, where the Court was faced with a similar provision in the special agreement concluded between Botswana and Namibia.²¹ In following the reasoning set out by the Court, the Commission considered the reference to “applicable international law” as not exclusively being confined to the rules of interpretation

from a legal title. Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title. In the event that the *effectivité* does not co-exist with any legal title, it must invariably be taken into consideration. Finally, there are cases where the legal title is not capable of showing exactly the territorial expanse to which it relates. The *effectivités* can then play an essential role in showing how the title is interpreted in practice” (*Frontier Dispute, Judgment, ICJ Reports 1986*, pp. 586-587, para. 63). See also *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *ICJ Reports 1994*, p. 38, paras. 75-76; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *Judgment, ICJ Reports 2002*, p. 353, para. 68); *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *Judgment, ICJ Reports 2002*, p. 678, para. 126; *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, *Judgment of 12 July 2005*, para. 77.

17 For a comparative analysis of the decision with the two ICJ judgments on territorial matters delivered the same year, see M.G. Kohen, “La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente”, 108 *RGDIP*, No. 3, 2004, 561-596.

18 Para. 1.2.

19 *Ibid.*

20 “The role of the subsequent practice or conduct of the Parties has also played a major role in the argument of both sides. The function of such practice is not, it must be emphasised, relevant exclusively to the interpretation of the treaties. It is quite possible that practice or conduct may affect the legal relations of the Parties even though it cannot be said to be practice in the application of the Treaty or to constitute an agreement between them” (para. 3.6).

21 *ICJ Reports 1999*, p. 1049, para. 93.

of treaties. However, the Decision went further than the ICJ. It interpreted the *Kasikili/Sedudu* judgment as implying the acceptance by the Court that a treaty can be superseded by prescription.²² Clearly, this was not what the Court said. The Court had stressed that the Parties agreed between themselves that acquisitive prescription is recognised in international law and that they further agree on the conditions under which title to territory may be acquired by prescription. However, the judgment then stated that “the Court need not concern itself with the status of acquisitive prescription in international law or with the conditions for acquiring title to territory by prescription. It considers (. . .) that the conditions cited by Namibia itself are not satisfied in this case and that Namibia’s argument on acquisitive prescription therefore cannot be accepted”.²³

15. For the Commission, the three relevant treaties (of 1900, 1902 and 1908) were only the starting point for the establishment of where exactly the boundary lay. Even if their interpretation allowed a clear determination of the boundary, the Commission felt free to examine whether subsequent conduct had confirmed or modified that determination.²⁴ As will be seen, this controversial approach played a non negligible role in the Decision.

16. The Commission’s perception of a boundary established by treaty was that it could be modified by subsequent conduct, even if such conduct did not result in subsequent practice in the application of the treaty or in a new factual agreement between the parties.²⁵ To some extent, this analysis is tantamount to affirming the existence of a need for confirmation of conventional boundaries by subsequent conduct.²⁶ It reflects a vision of “living” or “moving” boundaries, depending on the conduct of the parties. This vision is contrary to the principle of stability and finality of boundaries, upon which the ICJ strongly relies.²⁷ Contrary to the main “rule” outlined by the ICJ on the relationship between titles and *effectivités*, which considers that in case of a contradiction between them, pre-eminence is to be

22 Para. 3.14.

23 *ICJ Reports 1999*, p. 1105, para. 97.

24 “[C]onduct does not by itself produce an absolute and indefeasible title, but only a title relative to that of the competing State. The conduct of one Party must be measured against that of the other. Eventually, but not necessarily so, the legal result may be to vary a boundary established by treaty” (para. 3.29).

25 Para. 3.6.

26 Adopting this view, see Ph. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale, Cour permanente d’arbitrage, Commission du tracé de la frontière Erythrée-Ethiopie”, 106 *RGDIP*, No. 3, 2002, 696.

27 See *Temple of Preah Vihear, Merits, Judgment, ICJ Reports 1962*, p. 34; *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1978*, p. 36, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, ICJ Reports 1994*, p. 37, para. 72.

accorded to the legal title over the *effectivités*, the Commission's reasoning leads to the opposite result. In the event of contradiction between a treaty – a legal title *par excellence* – and subsequent conduct – whose most typical category is that of activity on the ground *à titre de souverain* (*effectivités*), the latter prevails. Moreover, it must be recalled that the task of the Commission as determined by the parties in the 12 December 2000 Agreement was “to delimit and to demarcate the colonial *treaty* border”.²⁸ As mentioned in a doctrinal commentary of the dispute written just before the decision, “[o]nly if the meaning and scope of the terms of the applicable treaty instruments cannot satisfactorily be clarified by the various methods of treaty interpretation can the issue of ‘effective control’ or other kinds of ‘auxiliary’ evidence come into play.”²⁹

17. Thus, the Commission essentially made its decision on the basis of State conduct. The Decision distinguished three broad categories of such conduct: “maps; activity on the ground tending to show the exercise of sovereign authority by the Party engaging in that activity (*effectivités*); and a range of diplomatic and other similar exchanges and records including admissions before the Commission, constituting assertions of sovereignty, or acquiescence in or opposition to such assertions, by the other Party.”³⁰

18. The fact that the Commission attributed such weight to the admissions made by the parties during the proceedings was criticised.³¹ However, nothing precludes a tribunal from taking into consideration, a clear and unequivocal abandonment by a State during the proceedings, of its claim. Quite on the contrary, in order to carry out her/his task properly, the arbitrator or the judge has to decide exclusively on the basis of what the parties have claimed before her/him.

19. The way to analyse State conduct in relation to sovereignty was summarised by the Decision as follows: “conduct does not by itself produce an absolute and infeasible title, but only a title relative to that of the competing State. The conduct of one Party must be measured against that of the other. Eventually, but not necessarily so, the legal result may be to vary a boundary established by treaty”.³² It is worth comparing this general statement with the reasoning of the Commission for each sector of the boundary, as summarised below.

28 Emphasis added.

29 B. Simma, D.-E. Khan, *Peaceful Settlement of Boundary Disputes under the Auspices of the Organisation of African Unity and the United Nations: The Case of the Frontier Dispute Between Eritrea and Ethiopia*, in: N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (eds.), *Liber Amicorum Shigeru Oda* (The Hague, Kluwer, 2002), p. 1192.

30 Para. 3.16.

31 Ph. Weckel, *op. cit.* at 703.

32 Para. 3.29.

20. With regard to the *uti possidetis iuris* principle, the 2002 Decision attributed to the 1964 OAU Summit Declaration upon the respect of boundaries existing at independence, the mere role of the critical date. The border between the parties was the one that existed at the moment of Eritrea's independence on 27 April 1993. Hence, "[d]evelopments subsequent to that date are not to be taken into account save in so far as they can be seen as a continuance or confirmation of a line of conduct already clearly established, or take the form of express agreements between them."³³ This rather simplistic view of the principle of intangibility of boundaries, to which African States are so attached, goes hand in hand with the disproportionate significance the Commission assigned to the *effectivités* in the different sectors of the disputed boundary.

21. The Commission faced a situation that could not be compared to other African territorial disputes submitted to adjudication. In the *Burkina Faso/Mali* and *Benin/Niger* cases, all parties formed part of the same French colonial unit. The administrative limits within Western French Africa became the new international boundaries. In the *Kasikili/Sedudu Island* case, the States concerned had been former colonies from different powers, one colonised by Germany and the other colonised by Britain. The boundary determined by those European powers constituted the boundary between the newly independent States. The *Eritrea/Ethiopia* case can, at most, be compared to the *Territorial Dispute (Libya/Chad)* case. In the latter, the ICJ solved the dispute on the basis of a treaty concluded by a newly independent State with a colonial power, the treaty of 1955 between Libya and France. A similar situation could be gleaned from the present case: Ethiopia did not succeed to the "colonial" treaties; it was instead a party to them. The distinction between the *Libya/Chad* case and the one discussed here is that the territory of one party to the dispute (Eritrea) became part of the territory of the other (Ethiopia) after the end of colonial rule and occupation. Moreover, the Ethiopian government declared those treaties "null and void" after the integration of Eritrea.

22. One possible way the Commission could have understood this rather extraordinary situation would be as follows. Eritrea's decolonisation was achieved through its integration within Ethiopia in 1952, decided by the UN General Assembly on the basis of certain conditions that Ethiopia had to respect, mainly the granting of an autonomous status within a federation, to Eritrea. Since Ethiopia did not respect these conditions, Eritrea recovered the right to decide upon its status. Having declared its independence in 1993, it assumed its boundaries to be as they had been under Italian colo-

33 Para. 3.36.

nial rule. The United Kingdom, as the subsequent occupying power (in 1941, when the Italian forces were expelled from the territory) and later as the administering power (by virtue of the 1947 Peace Treaty with Italy) did not have the capacity to modify the Eritrean boundaries. Any modification by Ethiopia, when those boundaries became simple administrative lines during the period between 1952-1993 would not be opposable to the Eritrean independent State, due to the violation by Ethiopia of its obligation to respect the federated status of Eritrea. Hence, the *uti possidetis iuris* is applicable to Eritrea at the end of its colonial status in 1952 and opposable to Ethiopia after the Eritrean independence in 1993.

23. To some extent, the Commission's legal approach resembled that of the ICJ Chamber that decided the *El Salvador/Honduras* case. The latter largely resorted to the *effectivités* in order to determine the *uti possidetis iuris* of 1821, corresponding to the Central American States. However, two major distinctions can be made. For the Chamber, colonial *effectivités* only served as *evidence of the legal situation existing in 1821* and could not constitute an autonomous title modifying the previous one. As for the post-colonial *effectivités*, they could constitute evidence of the situation at the time of independence, although "[t]he Chamber does not find it necessary to decide whether such possession [backed by the exercise of sovereignty] could be recognized even in contradiction of such a title [the *uti possidetis iuris*]"³⁴ For the Commission, on the contrary, colonial *effectivités* could displace the legal title, whereas post-colonial *effectivités* clearly, could not.

3 THE APPLICATION OF THE COMMISSION'S LEGAL CONCEPTIONS TO THE DELIMITATION OF THE BOUNDARY

24. As stated above, the starting point for the determination of the boundary in the three disputed sectors was the interpretation of the relevant treaty: that of 1900 for the Central sector, of 1902 for the Western sector and of 1908 for the Eastern sector. In particular, the principle of "contemporaneity" was considered as the leading rule for that interpretation.³⁵ Once the right interpretation of the treaty was established, which resulted in the conventional boundary line, the Commission examined the subsequent conduct of the parties. Essentially, the conduct was that of Italy, Ethiopia and Eritrea, but also included that of the United Kingdom during its administration of

34 *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, ICJ Reports 1992, p. 566, para. 347.

35 For a general consideration, see para. 3.5.

Eritrea. The goal of this analysis was to determine whether the Commission was obliged to adjust the boundary established by the relevant treaties. This amounts to a method of revision of treaties. The Commission behaved as though the treaties should undergo a confirmatory test.

25. In the Central Sector, the Commission found – when applying the criteria as outlined above – that in the Northern and Southern section of the Western part of the Belesa projection, the evidence relating to *effectivités* and other conduct did not justify a departure from the boundary line determined by the 1900 treaty.³⁶ However, the Commission did adjust the boundary line determined by the same treaty with regard to the emplacements of Tserona and Fort Cadorna, on the grounds that first Ethiopia had itself stated in one of its written pleadings that both localities were Eritrean, and second, on the basis of Eritrean *effectivités*.³⁷ Later, the Decision departed once again from the 1900 treaty by adjudicating Zalambessa to Ethiopia, on the basis of Ethiopian *effectivités* and Eritrean acquiescence.³⁸ As to the Endeli projection, the subsequent conduct test was in general in favour of Ethiopia, due to more relevant administrative activity and a certain degree of Italian recognition. However, it attributed more weight to the Eritrean activity in the Northern and Western fringes of the sector. For these reasons, the boundary line stemming from the 1900 treaty was, once again, adjusted in order to include the southernmost and easternmost parts of the Endeli projection within Ethiopia.³⁹

26. The Commission encountered considerable difficulty in identifying the locations where the parties' activities were deployed in other parts of the Central Sector. Even if those *effectivités* undoubtedly concerned acts of displaying sovereign authority in the Bada region (such as the granting of concessions, the holding of elections and local administration), the Commission found “that the evidence [was] relatively sparse, often geographically unspecific, and of ambiguous significance for questions of territorial sovereignty”.⁴⁰ Consequently, according to the Decision, subsequent conduct had no weight to modify the boundary line resulting from the 1900 treaty in the Bada region.

27. In the Western Sector of the disputed border, covered by the delimitation of the 1902 treaty, the Commission focused upon subsequent conduct as a means of interpretation of the treaty. By doing so, it combined the means of interpretation of the treaties with elements of analysis alien to that

36 Para. 4.68.

37 Paras. 4.69-4.72.

38 Para. 4.75.

39 Paras. 4.79-4.85.

40 *Ibid.*, p. 1092, para. 4.91.

interpretation. According to the Decision, the interpretation of the treaty of 1902 would have “crystallised” in 1935 by virtue of the parties’ conduct. This approach resulted in putting aside the clear terms of the treaty, which referred to the Maiteb river as being the border, by theoretically giving the object and purpose of the treaty priority, since this would better express the common will of the parties, and thus resulted in allotting the territory of the Cunama tribe to Eritrea.⁴¹ It then examined Ethiopian *effectivités* in order to ascertain if they had modified the 1902 treaty as it had been “crystallised” in 1935; the Commission reaching a negative conclusion. These *effectivités* were the creation of a local commandment in 1951, the levying of taxes in 1958 and 1968, the collection of certain statistics in 1969, the destruction of incense trees in 1970, certain activities of the police forces in 1972-1973 and the evaluation of an elementary school in Badme, as well as other “minor” data. For the Commission, these *effectivités* were not “sufficiently clear in location, substantial in scope or extensive in time to displace the title of Eritrea that had “crystallized as of 1935”.⁴² This area was one of the most disputed by the parties.

28. The third and last sector of the disputed border, the Eastern boundary arriving at the tripoint with Djibouti, was covered by the 1908 treaty. Its specificity was the use of a geometric method of delimitation; namely, the establishment of a line parallel to the configuration of the coast at a distance of 60 km inland, with the adaptations necessary to the nature and the variations of the terrain. The rights and prerogatives of the old tribes, that the Decision calls “prior *effectivités*”, are recognised by the 1908 treaty as a basis for trans-border rights of the populations living in the area, but not for the determination of the border.⁴³ Once again the Commission applied the subsequent conduct test, thus concluding that the subsequent *effectivités* confirmed the applicability of the geometrical line established in 1908.⁴⁴

4 FINAL REMARKS

29. The approach chosen by the Commission to depart from the boundary established by treaties is all the more debatable when one considers that the December 2000 Agreement provided that the Commission’s mandate was to delimit and to demarcate “the colonial *treaty* border”. In addition to the criticisms that can be made from the theoretical point of view, it must be also

41 Paras. 5.44 and ff., particularly para. 5.83.

42 Paras. 5.94 and 5.95.

43 Paras. 6.2-6.5, 6.17 and 6.24.

44 Para. 6.25.

pointed out that the 13 April 2002 Decision achieves an unwanted result. To a certain extent, it tells one side that it is right with regard to its treaty interpretation, but wrong with regard to the final determination of the boundary. In doing so, the Decision opens itself to further criticism.

30. If one follows the Commission's rationale, a treaty establishing a boundary is no more than a simple starting point of the analysis leading to the boundary determination, something akin to the rule equidistance/special circumstances of Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the continental shelf; the treaty fulfilling the function of equidistance and subsequent conduct that of special circumstances. However, a boundary treaty is not the starting point of a border delimitation, it is the delimitation itself. A treaty is not a simple fact amongst other acts or conduct performed by the State, it is the solemn expression of the common will of the parties having as a goal the determination of the boundary.

31. It must be said to the Commission's credit, that it performed an extremely difficult task in a very short period of time. It provided the parties with a precise delimitation along the whole boundary. Only some minor aspects were left for the demarcation stage.

32. Predictably, this kind of decision raised difficulties. As has happened in previous arbitrations, one of the parties introduced a "Request for Interpretation, Correction and Consultation" aiming, in reality, for a revision of the decision. The Commission did not accept it on the basis that the request fell beyond the scope granted to the parties for requesting an interpretation of the decision, and affirming that the re-opening of the case was not permitted.⁴⁵

33. Unfortunately, the task of demarcation has not yet been implemented as a result of serious difficulties that arose during the implementation of the Decision. As the UN Secretary-General pointed out, "[i]n spite of the persistent efforts of the Boundary Commission and the readiness of its field offices on the ground, it has not been possible to undertake the necessary surveys in Sectors West and Centre or to begin the emplacement of boundary pillars in Sector East, as envisaged by the Commission's schedule of the order of activities issued in July 2003."⁴⁶

34. Given the material impossibility to fulfil its task, the Commission decided to close down its field offices. These can be reactivated when circumstances permit the resumption of the demarcation work. The Commis-

45 Decision of 24 June 2002.

46 Progress report of the Secretary-General on Ethiopia and Eritrea, 19 December 2003, doc. S/2003/1186, para. 13.

sion remains ready to proceed with and complete the process of demarcation in accordance with the 2000 December Agreement.⁴⁷

35. Certainly, these difficulties could have been avoided if the Commission had adopted the more classical approach consistently established by the ICJ. Its approach is all the more regrettable given that in the case under consideration, the Commission had at its disposal three treaties relative to the boundaries in their entirety. This situation may very well provoke the jealousy of other arbitrators and judges, who often have to decide similar cases for which no treaty provisions are applicable, leading them to examine complicated internal legislation of different levels and scope. Classical solutions grounded on the *uti possidetis iuris* and the principle of stability and finality of boundaries allow the settlement of boundary disputes on a more objective and predictable basis.

⁴⁷ Sixteenth Report on the Work of the Commission, 24 February 2005, Annex I to the Report of the Secretary-General on Ethiopia and Eritrea, 7 March 2005, doc. S/2005/142.

SOME DEVELOPMENTS IN THE LAW OF
INTERNATIONAL WATERCOURSES*

*Stephen C. McCaffrey***

1 INTRODUCTION

It is a particular pleasure and a distinct honor to contribute to this collection of essays in honor of Judge Lucius Caflisch. I came to know our honoree during the 1980s when he was on the faculty of the Graduate Institute of International Studies in Geneva and I was a member of the International Law Commission. We shared an interest in the law of international watercourses¹ and after I became the Commission's special rapporteur on that topic, Lucius would occasionally invite me to address his seminar dealing with these issues. In view of that "community of interest" and, more generally, my great debt to his thinking and scholarship² in the field, it seemed only appropriate to explore in this brief essay some current developments in the law of the non-navigational uses of international watercourses. I will concentrate on two areas: first, the two-way operation of the so-called "no-harm" rule; and second, some of the implications of the human right to

* Copyright © 2005 Stephen C. McCaffrey.

** University of the Pacific, McGeorge School of Law, Sacramento, California, USA.

1 In this paper I will use the expression "international watercourse" in its broad sense, as meaning any freshwater resources shared by two or more States, whether they take the form of surface water, groundwater or any combination of the two.

2 See especially Judge Caflisch's Hague Lectures, L. Caflisch, "Règles générales du droit des cours d'eau internationaux" 219 *RCADI*, 1989-VII, 9. See also, e.g., L. Caflisch, "The Law of International Waterways and Its Sources", in: R.St.J. Macdonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya* (The Hague, Martinus Nijhoff publisher, 1993), p. 115; L. Caflisch, "Sic utere tuo ut alienum non laedas: Règle prioritaire ou élément pour déterminer le droit d'utilisation équitable et raisonnable d'un cours d'eau international?", in: AV. Ziegler, T. Burckhardt (eds.), *Internationales Recht auf See und Binnengewässern, Festschrift für Walter Müller* (Schulthess Juristische Medien AG, 1993), p. 29; and L. Caflisch, "La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation", XLIII *AFDI*, 1997, 751.

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflisch, pp. 781-798.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

water – a subject that unites two of Judge Cafilisch’s principal fields of interest. To lay a background for discussion of these issues I will first review the most basic principles of international watercourse law.

A. *The World’s Freshwater and Basic Principles of International Law Governing Its Non-Navigational Uses*

It is shocking but true that today, over one billion people lack access to safe water and some 2.4 billion are without adequate sanitation facilities, according to the World Health Organization (WHO).³ Moreover, while the amount of freshwater on Earth remains constant, the global population continues to increase. According to the United Nations Population Division, by July of 2005 the world will have 6.5 billion inhabitants, a figure which is projected to climb to over 9 billion by 2050.⁴ The result is less water on a per capita basis and growing competition for increasingly scarce water supplies. An aspect of this problem that is not always appreciated is that much of Earth’s freshwater is shared by two or more States. According to a United Nations study, the world’s 263 international drainage basins account for some 60% of global river flows.⁵ Around 40% of the world’s population lives in these river basins, which form at least a part of the territory of 145 countries.⁶

When the decreasing availability of freshwater is combined with the extent to which it is shared internationally, the potential for disputes between countries over this precious resource becomes obvious.⁷ However, such disputes can be minimized, and sometimes avoided altogether, if there are reasonably clear rules governing States’ use of international watercourses and if those rules are followed more or less consistently.

In their practice over many years, States sharing freshwater resources have developed basic rules governing their fluvial relations. These rules

3 WHO, *The Global Water Supply and Sanitation Assessment*, 2000, p. 1.

4 United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *World Population Prospects, The 2004 Revision*, UN Doc. ESA/P/WP.193, 24 Feb. 2005 at 1 (the report’s “medium variant” projects the population in 2050 to be 9.1 billion, and still rising at a rate of 34 million persons per year). The report is available on the Population Division’s website: http://www.un.org/esa/population/publications/WPP2004/WPP2004Highlights_final.pdf.

5 “Atlas of International Freshwater Agreements” *United Nations Environment Programme, Food and Agriculture Organization & Oregon State University*, (2002), p. 2. (hereafter referred to as *Atlas of International Freshwater Agreements*).

6 *Ibid.*

7 For a survey and analysis of fourteen different disputes relating to international watercourses, see S.C. McCaffrey, “Water Disputes Defined: Characteristics and Trends for Resolving Them”, in: *Resolution of International Water Disputes*, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, (The Hague, Kluwer Law International, 2003), p. 49.

form part of customary international law. Countries sharing freshwater may also wish to enter into treaties applying and adjusting rules of customary-law to suit their specific situations and the watercourses they share. Many States have done this; there are now over 400 such international agreements.⁸

In 1997 the United Nations General Assembly adopted the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses⁹ after two rounds of negotiations, in which Lucius Caflisch took part as a member of the Swiss delegation. The U.N. Convention was negotiated, on the basis of the draft articles prepared by the International Law Commission, by a special working group of the General Assembly open to all U.N. member States. Because of the process by which it was produced as well as its content, the U.N. Convention is widely regarded as reflecting, in a number of respects, rules of customary international law relating to the use by States of international watercourses. The most basic of these rules are those relating to equitable and reasonable utilization; prevention of significant harm; and notification and consultation regarding planned measures. These rules apply to all forms of shared freshwater, including both surface water and groundwater. Each will be discussed briefly in the following paragraphs.¹⁰

Perhaps the most fundamental rule of the law of international watercourses is that of equitable and reasonable utilization of shared freshwater resources.¹¹ This rule requires that States use and protect international freshwater in a manner that is equitable and reasonable vis-à-vis other States. Equitable and reasonable utilization requires taking into account all relevant factors, ranging from physical and climatic ones to those relating to the use by States of the watercourse and their dependence upon it. The object of this rule is to achieve a fair balance among the uses of an international watercourse by the States sharing it. In the *Gabčíkovo-Nagymaros Case*,¹² the International Court of Justice referred to what it described as the “basic right” of a State to “an equitable and reasonable sharing of the resources of

8 See Atlas of International Freshwater Agreements, *supra* (note 5), at p. 6 (stating that more than 400 treaties on the non-navigational uses of international watercourses have been concluded since 1820).

9 21 May 1997, UN Doc. A/RES/51/229, 8 July 1997, 36 *ILM*, 1997, 700 (hereafter referred to as UN Convention).

10 For fuller discussions, see L. Caflisch, “Regulation of the Uses of International Watercourses”, in: S.M.A. Salman, L. Boisson de Chazournes (eds.), *International Watercourses: Enhancing Cooperation and Managing Conflict* (Washington DC, The World Bank, Technical Paper No. 414, 1998), p. 3, in particular p. 27; and S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses* (Oxford, Oxford University Press, 2001), chap. 9, 10 and 12.

11 UN Convention, *supra* (note 9), Arts. 5-6.

12 *ICJ Reports 1997*, p. 7.

an international watercourse,”¹³ thus underlining the fundamental nature of this right and its corresponding obligation.

The second obligation of States sharing freshwater resources is to prevent the causing of significant harm to other States through activities related to an international watercourse.¹⁴ This is often referred to for convenience as the “no-harm” rule – an appellation that can be misleading if it is taken literally, as we will see. Broadly speaking, this obligation means that States must take all appropriate measures to avoid the causing of significant harm to co-riparian¹⁵ States and, if it is nevertheless caused, to do their best, consistent with their rights and obligations of equitable utilization, to eliminate or mitigate it.

The third basic obligation under customary international law relating to international watercourses is that a State planning new measures that may adversely affect other States sharing an international watercourse must provide timely advance notice of those plans to the other States.¹⁶ The State in which the new measures are planned must then, if requested by the notified State, enter into consultations and, if necessary, negotiations concerning the planned measures and any necessary modification of them to avoid violation of the rights of the latter State.¹⁷ This rule applies to all projects that have the potential to change the regime of the watercourse in a way that would be prejudicial to other riparian States.

These are the three most fundamental rules of customary international law regarding the use of international watercourses and other conduct that affects them. Other obligations may be derived from these rules, notably an obligation to protect and preserve the ecosystems of international watercourses. This may be regarded as an emerging obligation under customary international law but is in fact implicit in the obligations of equitable utilization and prevention of significant harm.

Having reviewed briefly the most fundamental obligations of customary international law relating to shared freshwater resources, we may turn to a development that has occurred, and continues to occur, with respect to one of them: the “no-harm” rule.

13 *ICJ Reports 1997*, p. 54, para. 78.

14 UN Convention, *supra* (note 9), Art. 7.

15 The term “riparian” is used in this paper in its broad sense, to refer to a State sharing freshwater resources with another State or States.

16 See the UN Convention, *supra* (note 9), Arts. 11-19.

17 These rights would include those of equitable utilization and freedom from significant harm.

B. *The Two-Way Operation of the No-Harm Rule*

It is often assumed that the no-harm rule operates chiefly to constrain the conduct of upstream States. Thus, upstream State A must not put anything into the watercourse, or take water out of it, if doing so would cause significant harm to its downstream co-riparian, State B. The harm may take various forms, including pollution damage¹⁸ and insufficient water for agricultural needs.¹⁹ It hardly needs to be said that this is not an absolute obligation, however. First, what is “significant” may vary with the circumstances. Second, in applying this and similar rules, courts have often employed a balancing test to determine whether the one causing the harm should be held to have acted unlawfully.²⁰ And third, most formulations of this rule incorporate some degree of flexibility. For example, the United Nations Convention provides that a State is to take “all appropriate measures” to prevent the causing of significant harm to its co-riparian States.²¹ That provision then goes on, in an elaborate formula, to provide for what is to ensue if harm is nevertheless caused, which hinges importantly on the rights and obligations of equitable utilization of the States concerned.²²

But even if this obligation is a relative one, on its face it still seems to impose most of the obligations on the upstream State and give most of the rights to the one downstream. True, if the downstream State erected a dam

18 See, e.g., Netherlands/France, concerning the long-running dispute over chloride pollution of the Rhine by France. The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration is serving as Registry for this arbitration in application of the Convention of 3 December 1976 on the Protection of the Rhine against Pollution by Chlorides and the Additional Protocol of 25 September 25 1991. The stature of the members of the tribunal, among whom are a former President of the International Court of Justice and a former judge on the ICJ, is some indication of the seriousness of the matter. The members of the arbitral tribunal are: Professor Krzysztof Skubiszewski (President), Judge Gilbert Guillaume (France), and Judge Peter Kooijmans (Netherlands).

19 See, e.g., Bangladesh’s complaints regarding India’s Farakka Barrage on the Ganges, and the complaints by Syria and Iraq regarding Turkey’s “GAP” project on the Euphrates, discussed in McCaffrey, *supra* (note 10), at 251 and 279, respectively.

20 See, e.g., the 1908 case of *Fleming v. Lockwood*, in which the Montana Supreme Court declared:

“The maxim ‘*sic utere tuo . . .*’ furnishes, in a general sense, the rule by which every member of society possesses and enjoys his property, but it is not an ironclad rule, without limitations. If applied literally in every case it would largely defeat the very purpose of its existence, for in many instances *it would deprive individuals of the legitimate use of their property . . .* The doctrine of the maxim is not inconsistent with the rule of law that a man may use his property as he pleases, . . . without being answerable for the consequences, if he is not an active agent in causing injury, if he does not create a nuisance, *and if he exercises due care and caution to prevent injury to others.*” 92 Pac. 962 (1908) (emphasis added).

21 UN Convention, *supra* (note 9), Art. 7(1).

22 *Ibid.*, Art. 7(2).

it could block navigation and fish migration to the upstream State. But in many regions, where States are still developing their international watercourses, these are not the principal issues. Instead, disputes are more likely to arise over new development upstream that causes harm to established uses downstream. And such disputes are not uncommon because downstream States tend to develop their water resources earlier than their upstream neighbors for various reasons, having more to do with geography than demography, among which are that: the flatter downstream topography lends itself more readily to irrigated agriculture; the climate in downstream areas is also likely to be more conducive to agriculture; and some of the principal uses to which the mountainous topography of many upstream States is best suited – such as hydroelectric power production and large storage dams – did not come on the scene until relatively recently, long after uses in flatter downstream States had become well established.

These are the kinds of situations in which the no-harm rule can produce invidious effects if applied woodenly and out of the context of an overall equitable and reasonable allocation of the uses and benefits of the watercourse. Such a strict and isolated application of the no-harm rule could lead to a situation in which the later-developing upstream State found itself unable to make significant use of the portion of the international watercourse within its territory because doing so would be likely to interfere with established uses in its downstream neighbor, causing significant harm to that State in violation of the rule. In such a situation, extensive development of water resources in a downstream State would have the effect of foreclosing, or at least limiting, future uses in a State upstream. What is more, the downstream State would be free to continue to develop its portion of the watercourse, constraining the upstream State still further, while the latter looked on powerlessly, not having legal recourse.²³ These two situations need not arise if the basic rules are understood and applied in a way that is consistent with their underlying rationales, however.

The first situation is covered by the principle of equitable and reasonable utilization. The upstream State has a “basic right” to an equitable share of the resources of an international watercourse – a right that is not inconsistent with, and that is therefore not trumped by, a properly understood obligation to prevent harm to the downstream State.²⁴ This point is illus-

23 This situation is to some extent similar to the one in which Ethiopia perceives itself to be situated vis-à-vis Egypt on the Blue Nile, as described in J. Waterbury, *The Nile Basin* (New Haven, Yale University Press, 2002), p. 85 (“The creation, de novo, of projects [downstream] that use significant amounts of water may, and probably will, become the basis for asserting new acquired rights founded in established use.”).

24 This conclusion follows from (a) the ICJ’s judgment in the *Gabčikovo-Nagymaros Case*, *ICJ*

trated by the 1907 decision of the United States Supreme Court in *Kansas v. Colorado*.²⁵ Kansas, the downstream State and prior user, alleged that Colorado was “violating the fundamental principle that one must use his own so as not to destroy the legal rights of another”²⁶ through diversions from the Arkansas River in Colorado that deprived Kansas inhabitants of water from that stream on which they were dependent.²⁷ The Supreme Court found on the basis of all the evidence that “the diminution of the flow of water in the river by the irrigation of Colorado has worked some detriment to . . . Kansas. . . .”²⁸ But, the Court said, “when we compare the amount of this detriment with the great benefit which has obviously resulted to . . . Colorado, it would seem that equality of right and equity between the two States forbids any interference with the present withdrawal of water in Colorado for purposes of irrigation.”²⁹ The court therefore dismissed Kansas’ complaint, but “without prejudice to the right of the plaintiff [i.e., Kansas] to institute new proceedings when ever it shall appear that through a material increase in the depletion of the waters of the Arkansas by Colorado, . . . the substantial interests of Kansas are being injured to the extent of destroying the equitable apportionment of benefits between the two States resulting from the flow of the river.”³⁰ Thus an upstream State may, consistent with its obligation of equitable utilization, initiate new uses even if they result in some harm to a State downstream. But if the harm reaches a sufficient magnitude, the downstream State may justly claim its upstream neighbor has tipped the balance too far in its favor, making its use inequitable vis-à-vis its downstream co-riparian.

It is also clear from this example, however, that what constitutes an “equitable share” will be affected by the downstream State’s development of its water resources. Equity does not mean equality; where there is significant downstream development, consideration of all relevant factors is likely to lead to constraints on the upstream State’s freedom to use and develop the watercourse, in order to achieve an equitable balance between the uses in the respective countries. Put simply, while downstream development cannot entirely prevent the upstream State’s realization of its equitable share,

Reports 1997, 7, at 54; and (b) Arts. 5-7 of the UN Convention. While the relationship between the equitable utilization and no-harm rules has been the subject of extensive debate, it is submitted that these two sources lay the matter to rest. See generally McCaffrey, *supra* (note 10), chapters 9 and 10.

25 206 U.S. 46 (1907).

26 *Ibid.*, p. 48.

27 *Ibid.*, p. 47.

28 *Ibid.*, pp. 113-114.

29 *Ibid.*, p. 114.

30 *Ibid.*, pp. 117-118.

that share is likely to be smaller than it would have been with less development downstream.

Let us now turn to the second situation, which may be approached through the following questions: If a downstream State continued to develop its water resources to the point that it foreclosed otherwise reasonable future uses of the watercourse by an upstream State, could this constitute the causing of "significant harm" to the upstream State? And, does the downstream State have any procedural obligations toward the upstream State regarding new projects it plans?

With regard to the first question, the answer would clearly seem to be in the affirmative. Economists have long recognized that prevention of a neighbor from engaging in activity can constitute the causing of harm to the neighbor.³¹ Just as a downstream State may be harmed by uses upstream, so also may an upstream State be harmed if its present or future use is limited in favor of a State downstream. This same point has been made by national courts of federal States in water disputes between political subdivisions. In the well-known *Zwillikon Dam* case,³² the village of Zwillikon, of the Canton of Zurich, constructed a dam on a stream called the Jonabach, on which there were established uses downstream in the Canton of Aargau. The issue in the case was whether the downstream interests in the Canton of Aargau had a right to have the water of the Jonabach continue to flow as it had flowed prior to the construction of the dam. In its 1878 judgment in the case, the Swiss Supreme Court declared that:

where the relations among component units of a federal State are at stake, a rule of international law derived from the law of good neighborliness applies. According to that rule, the exercise of a right may not affect the right of a neighbor. The two rights are equal, and, in the event of a conflict, a reasonable arrangement has to be found on the basis of the relevant circumstances.³³

Accordingly, the Court found that "a right of the Canton of Aargau to uninterrupted conveyance of all the water in the Jona does not exist in every

31 See, most famously, R. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *J. L. & Econ.*, 1960, 1.

32 The "*Zwillikon Dam Case*," *Aargau v. Zurich*, *Entsch. des Schweizerischen Bundesgerichts* (1878), Vol. IV, p. 34, discussed in H.A. Smith, *The Economic Uses of International Rivers* (London, King & Sons, 1931), pp. 39-40, who characterizes it as "the earliest [case] . . . in which a judicial tribunal has approached the problem from the standpoint of international law", *ibid.* at p. 39; in D. Schindler, "The Administration of Justice in the Swiss Federal Court in International Disputes", 15 *AJIL*, 1921, 149, pp. 169-172; and in W.L. Griffin, *Legal Aspects of the Use of Systems of International Waters*, Memorandum of the United States Department of State, 21 Apr. 1958, U.S. Senate Doc. No. 118, 85th Cong., 2nd Sess., 1958, at p. 76.

33 As translated and quoted in L. Caflich, "The Law of International Waterways and Its Sources", in: R.St.J. Macdonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1993), p. 115, at p. 123, n. 42.

case.” Rather, the cantons’ water rights were based on sovereignty, “from which is not in any way derived any right by which in some instances the canton situated upstream could be entirely deprived of the use of the water, or, at least, of a certain manner of use.” The Court therefore concluded that: “Each canton is rather entitled, by virtue of its sovereignty, to take the necessary measures for a rational utilization of the public waters, corresponding to its needs, but only in so far . . . as the joint use of the water is not thereby made impossible but is left to the rest of the cantons in the same manner.”³⁴

Herbert Smith, in his seminal work on international watercourses, found that the case stands for the following proposition: “So long as the sovereign power of the State is exercised in a reasonable and beneficial manner, its exercise cannot be vetoed by the assertion of any absolute proprietary right.”³⁵ Smith saw the decision as being based essentially upon “the principle of the ‘equitable apportionment of benefits,’ which was later adopted by the Supreme Court of the United States.”³⁶

Indeed, the U.S. Supreme Court has consistently applied the doctrine of equitable apportionment in water disputes between U.S. States since its 1907 decision in *Kansas v. Colorado*.³⁷ Recognizing the potential for harm to an upper riparian if restrictions were imposed on its use in favor of a lower riparian, the Supreme Court explained in *Colorado v. New Mexico* that “in arriving at ‘the delicate adjustment of interests which must be made,’ . . . we must consider all relevant factors, including: . . . the damage to upstream areas as compared to the benefits to downstream areas if a limitation is imposed on the former.”³⁸

On the international level, it is useful to consider the practice of the World Bank. The Bank has applied the provisions of its Operational Manual dealing with Projects on International Waterways³⁹ to require notice of planned projects not only by upstream to downstream States, but also by downstream to upstream States.⁴⁰ This implicates the second question indicated above, namely, whether the downstream State has any procedural

34 *Aargau v. Zurich*, *supra* (note 32), p. 47, as translated in Schindler, *supra* (note 32), 170.

35 Smith, *supra* (note 32), p. 40.

36 *Ibid.*

37 206 U.S. 46 (1907). See also, e.g., *Colorado v. New Mexico*, 459 U.S. 176, 103 S.Ct. 539, 74 L.Ed.2d 348 (1982), discussed below.

38 *Colorado v. New Mexico*, 459 U.S. at 183, quoting from *Nebraska v. Wyoming*, 325 U.S. 589, 618 (1945).

39 “Projects on International Waterways”, Operational Policies, *World Bank Operational Manual* (OP 7.50,) (October 1994).

40 See generally R. Krishna, “The Evolution and Context of the Bank Policy for Projects on International Waterways”, in: S.M.A. Salman, Laurence Boisson de Chazournes (eds.), *International Watercourses: Enhancing Cooperation and Managing Conflict* (Washington DC, The World Bank, Technical Paper No. 414, 1998), p. 31, at 40.

obligations toward the upstream State regarding new projects it plans. On their face, the World Bank's procedures make no distinction between upstream and downstream States with regard to notification. They simply provide that "the Bank requires the [State proposing the project], if it has not already done so, formally to notify *the other riparians* of the proposed project . . ."⁴¹ Thus, *prima facie*, these policy guidelines would require a State seeking Bank funding for a project on an international watercourse to provide notification to both downstream and upstream States of the relevant plans. There is no requirement, at this stage, that the project threaten to cause harm to other riparians in order for the notification procedure to apply. However, if other riparians object to the proposed project, Bank staff are to assess, *inter alia*, "whether the proposed project will cause appreciable harm to the *interests* of the other riparians. . . ."⁴² The term "interests" would certainly include foreclosure or restriction of future uses. The Bank's policies and procedures thus recognize, at least implicitly, that the notion of "harm" can have different meanings in the context of the uses of international watercourses, and that it can take the form of constraints upon or even the potential foreclosure of development in upstream States by new water projects downstream.

In these cases, the World Bank is in a position analogous to that of a third-party dispute-resolution mechanism, in that it interprets and applies international standards in concrete cases. The body of practice under Bank procedures that has built up over time is far richer than that of international judicial or arbitral tribunals.⁴³ Since developed countries are not generally eligible for Bank funding and have, in any event, for the most part fully developed their international watercourses, the Bank's practice for the most part affects developing countries. Still, it seems undeniable that this practice of the Bank, together with that of the States involved in or affected by the relevant projects – including the developed States that contribute to the Bank – contributes to the development of customary international law in this field. It therefore seems likely that States, especially the developing ones that are directly affected by the practice of the World Bank, will increasingly recognize that the three most fundamental obligations of inter-

41 OP 7.50, *supra* (note 39), para. 4 (emphasis added).

42 "Projects on International Waterways", Bank Procedures, *World Bank Operational Manual*, (BP 7.50), (October 1994), para. 6(c).

43 The principal decision involving procedural obligations of notification, consultation and negotiation is the *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)*, award of 16 November 1957, 12 *RIAA* 281 (French); reprinted in 62 *RGDIP*, 1958, 79. English translations in 24 *ILR*, 1961, 101; 53 *AJIL*, 1959, 156; and *Yearbook of the ILC*, 1974, Vol. 2, pt. 2, p. 194 (1976).

national watercourse law – equitable utilization, prevention of harm, and notification of planned measures – apply to downstream States whose projects may or do curtail development of water resources in States upstream, through the operation of the equitable utilization and no-harm rules with respect to the latter countries. This is likely to lead to a more equitable distribution of the uses and benefits of international watercourses, at least among developing countries, and thereby to help alleviate the lack of access to water in those nations. It is to the obligations of States to ensure access to fresh-water that we now turn.

C. *Implications of the Human Right to Water*⁴⁴

To the layperson, the idea of a human right to water may seem so obvious as to be beyond debate: without water, a person will die within several days, thus rendering all other human rights meaningless. However, there is no explicit mention of a human right to water in any of the instruments making up the International Bill of Human Rights – notably,⁴⁵ the Universal Declaration of Human Rights of 1948⁴⁶ and the two human rights treaties of 1966 that grew out of the Universal Declaration: the International Covenants on Civil and Political Rights (CP Covenant), and on Economic, Social and Cultural Rights (ESC Covenant).⁴⁷ It is possible that this omission was an oversight, or that such a right was so obvious that it went without saying. Alternatively, it is conceivable that governments realized how difficult and expensive it could be to guarantee all of their citizens access even to minimal supplies of freshwater. But it may simply be that when the Universal Declaration was drafted and the Covenants to which it gave birth were prepared, freshwater was sufficiently abundant and accessible in the industrialized countries of the North, whose influence on the tone and content of the human rights instruments is palpable, that – as with air – there did not

44 This section draws in part on two previous studies by the author, “A Human Right to Water: Domestic and International Implications”, 5 *Georgetown Int’l Envtl L.Rev.*, 1992, 1; and “The Human Right to Water”, in: E.B. Weiss, L. Boisson DeChazournes, N. Bernasconi-Osterwalder (eds.), *Water and International Economic Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005).

45 In addition to the instruments mentioned in the text, the International Bill of Human Rights is generally thought to include the human rights provisions of the UN Charter and the Optional Protocol to the ICCPR, 19 Dec. 1966, UNGA Res. 2200 (XXI), 21 UN GAOR, Supp. (No. 16) 59, UN Doc. A/6316 (1967), reprinted in 6 *ILM*, 1967, 383.

46 UNGA Res. 217, UN Doc. A/64 (1948).

47 ICESCR, UNGA Res. 2200, 21 UN GAOR Supp. 49, UN Doc. A/6316 (1967), reprinted in 6 *ILM*, 1967, 360; ICCPR, UNGA Res. 2200, 21 GAOR Supp. 52, UN Doc. A/6316 (1967), reprinted in 6 *ILM*, 1967, 368.

seem to be a need to include it in those instruments.⁴⁸ Whatever the reason for its absence, however, the failure of the human rights instruments to include a right to water seems in the context of today's water crisis⁴⁹ to be odd, at best. When over one-sixth of the planet's population lacks access to safe freshwater⁵⁰ it is not surprising that water has entered the human rights discourse or that one increasingly encounters references to "the" human right to water.⁵¹

To be sure, the fact that water is not mentioned in the International Bill of Human Rights does not mean that there is not a human right to it. A human right to water might be part of customary international law, or could possibly be inferred from other expressly mentioned rights. However, evidence of State practice that would contribute to the formation of such a customary norm is not plentiful.⁵² (This is not to say that practice under the new General Comment 15 will not, over time, generate a customary norm, a process that the International Court of Justice has said "is a perfectly possible one and does from time to time occur. . .")⁵³ As to the latter possibility, as suggested above, it seems almost tautologous that a right to water would be necessary for the fulfillment of other rights. And indeed this proposition recently received official blessing as we will presently see.

48 This possibility is suggested in Pontifical Council for Justice and Peace, Note, "Water, An Essential Element for Life", Vatican City, 14 March 2003. Available at http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20030322_kyoto-water_en.html (hereafter Pontifical Council Note).

49 See generally the report by WHO, *supra* (note 3); and P.H. Gleick (ed.), *Water in Crisis: A Guide to the World's Fresh Water Resources* (Oxford, Oxford University Press, 1993).

50 See text accompanying *supra* (note 3).

51 See, e.g., "The Right to Water" 6 *World Health Organization*, 2003, available at http://www.who.int/water_sanitation_health/rightwater/en/; P.H. Gleick, "The Human Right to Water", 1 *Water Pol'y*, 1998, 487; H. Smets, "The Right to Water as a Human Right", 30 *Envtl. Pol'y & L.*, 2000, 248; and "Human Right to Water", Public Statement, *Amnesty International*, 24 March 2003, available at http://web.amnesty.org/library/index/englor100022003?open&of=eng_398. See also Pontifical Council Note, *supra* (note 48) (stating water is a "common good of humankind" to which "people and countries, including future generations, have the right to fundamental access. . .").

52 The mere fact that many States – mostly in the industrialized world – provide their inhabitants with water would not seem sufficient to establish the requisite *opinion juris*. A few States, such as South Africa, have recently enshrined a right to water in their constitutions, but this practice is not sufficiently widespread to give rise to a customary human rights norm. See Constitution of the Republic of South Africa 1996, art. 27. (1)(b): "Everyone has the right to have access to . . . b. sufficient food and water . . ." *Ibid.*, available at <http://www.polity.org.za/html/govdocs/constitution/saconst.html?rebookmark=1>.

53 *North Sea Continental Shelf Cases (FRG v. Denmark; FRG v. Netherlands)*, ICJ Reports 1969, p. 3, at para. 71.

Even if we assume the existence of a human right to water, this does not tell us much about the content of such a right – i.e., what it means for the individual, and the precise obligations of States relating to the provision of this vital substance. That question was recently addressed by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (the “ESC Committee”) in General Comment 15 on the human right to water.⁵⁴ In this General Comment the Committee declared that a right to water exists as an independent right, by necessary implication from Articles 11 (right to an adequate standard of living, including adequate food) and 12 (*in fine*, right to health) of the Covenant. Leaving aside for present purposes the question of the extent to which the Committee’s finding is actually binding upon the 147 States that are parties to the ESC Covenant,⁵⁵ let alone other States,⁵⁶ it at least seems safe to assume that the ESC Committee will be expecting coverage of the human right to water in reports submitted to it by States parties to the ESC Covenant,⁵⁷ and that it will question those countries on their compliance, or lack thereof, with obligations relating to that right. The new General Comment gives some indication of what the ESC Committee will expect in those reports and of the kinds of queries it is likely to put to States parties.

It is of obvious importance that no effort be spared to meet at least basic human needs for freshwater. At the same time, however, it is also clear that the very countries in which water shortages are the most dire are among the least able to undertake the often costly measures to provide water to their populations. In view of this paradox, it is of interest and importance to consider the manner in which the ESC Committee has elaborated the human right to water in General Comment 15: What are the Committee’s expectations of States parties to the ESC Covenant? Will they be allowed to implement the human right to water progressively? Will developing countries be accorded special treatment, or at least a margin of appreciation? The remainder of this paper will touch briefly on these questions.

54 “The right to water”, General Comment No. 15, (Arts 11 and 12 ICESCR), UN Doc. E/C.12/2002/11, 26 November 2002.

55 See Multilateral treaties deposited with the Secretary-General, available at <http://untreaty.un.org>.

56 The General Comment is no doubt a highly authoritative interpretation of the Covenant, but States will have to accept this interpretation through their practice for it to have binding effect upon them. It will most likely take some time for countries to react, one way or another, to the Committee’s views.

57 States parties to the ICESCR undertake, under Articles 16 and 17, to submit periodic reports to the Committee on the measures they have taken to ensure the enjoyment of the rights contained in the Covenant, and on the extent to which the rights have been implemented as well as areas in which difficulties have been encountered. See the ESC Committee’s website: <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs16.htm>.

We should begin by recalling that the ESC Covenant calls on parties to progressively implement the obligations it contains. Specifically, that Covenant provides that parties are to “take steps . . . to the maximum of [their] available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in” the ESC Covenant.⁵⁸ This contrasts sharply with the Covenant on Civil and Political Rights (CP Covenant), whose obligations are of immediate effect.⁵⁹ This contrast between the nature of the obligations of implementation under the two covenants is well known, and would lead one to assume that governmental obligations arising out of the human right to water were to be implemented progressively by States parties, as permitted by the resources at their disposal. If this is true, the level of compliance expected from one of the world’s least-developed countries would not be the same as that of a highly developed country. Moreover, all parties, regardless of their level of development, would only be required to “take steps . . . with a view to achieving progressively” the complete realization of ESC rights. A reading of General Comment 15 casts some doubt on whether these propositions accurately reflect the views of the ESC Committee, however.

According to General Comment 15, “The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses.”⁶⁰ For many countries, this is a rather tall order. If each of these five elements of the right to water had to be implemented immediately, many governments would undoubtedly find themselves in breach. There is broad agreement among international institutions, State development agencies and water specialists that a person needs a minimum of between 20 and 40 liters of water per day to meet basic drinking water and sanitation requirements.⁶¹ Another ten liters has been recommended for food preparation.⁶² Taking the higher figure of 40 liters per person per day (lpd), this would mean a total basic water requirement of a minimum of 50 lpd. In the year 2000, there were 58 developing countries in which the estimated domestic water use was less than 40 lpd; it was

58 ICESCR, *supra*, (note 47), Art. 2(1).

59 ICCPR, *supra*, (note 47), Art. 2(1). The actual language provides that each State party “undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant.”

60 General Comment 15, *supra* (note 54), p. 2, at para. 2.

61 Gleick, *The Human Right to Water*, *supra* (note 51), 496, reports that the World Health Organization, the World Bank and the U.S. Agency for International Development all cite these quantities.

62 *Id.*, Table 1. See also P.H. Gleick, “Basic Water Requirements for Human Activities: Meeting Basic Needs”, 21 *Water Int’l*, 1996, 83, 88, suggesting as recommended minima 5 liters per person per day (lpd) for drinking, 20 lpd for sanitation services, 15 lpd for bathing and 10 lpd for food preparation.

less than 50 lpd in four more.⁶³ This means that if the human right to water had been immediately applicable in the year 2000, 62 countries would have been dangerously close to violating the “sufficiency” element of the right, if they were not actually in violation of it. (This leaves aside entirely the other elements, of course.) The ESC Committee’s views on the time frame for implementation of the right are therefore of critical importance.

Here space permits only a brief look at one feature, although a most important one, of the way in which the Committee deals with the time frame aspect: its treatment of so-called “core obligations” in relation to the human right to water. The Committee states in General Comment 15 that there are “a number of core obligations in relation to the right to water”. Crucially, it goes on to state that these obligations “are of immediate effect”,⁶⁴ despite the progressive implementation standard generally applicable to the economic, social and cultural rights under the ESC Covenant. It is, of course, clear that certain obligations must be of immediate effect, in particular those of non-discrimination⁶⁵ and “taking steps” towards the full realization of the rights under Articles 11, paragraph 1, and 12.⁶⁶ But does the Committee expect parties to the Covenant to actually provide water to their inhabitants immediately? The answer to this question lies in part in how the Committee conceives of “core obligations” in this context.

The Committee identifies the following nine core obligations in relation to the right to water:

- (a) To ensure access to the minimum essential amount of water . . . ;
- (b) To ensure the right of access to water and water facilities and services on a non-discriminatory basis . . . ;
- (c) To ensure physical access to water facilities or services that provide sufficient, safe and regular water; that have a sufficient number of water outlets to avoid prohibitive waiting times; and that are at a reasonable distance from the household;
- (d) To ensure personal security is not threatened when having to physically access to [*sic*] water;
- (e) To ensure equitable distribution of all available water facilities and services;
- (f) To adopt and implement[, on the basis of a participatory and transparent process,] a national water strategy and plan of action addressing the whole population; . . . ;

63 See Gleick, *supra* (note 51), Table 2, at 497-98.

64 General Comment 15, *supra* (note 54), p. 12 at para. 37.

65 With regard to the obligation of non-discrimination, the General Comment states that water must be “accessible to *everyone* without discrimination, within the jurisdiction of the State party.” General Comment 15, *supra* (note 54), p. 6 at para. 12(c), (emphasis in original).

66 General Comment 15, *supra* (note 54), p. 8 at para. 17.

- (g) To monitor the extent of the realization, or the non-realization, of the right to water;
- (h) To adopt relatively low-cost targeted water programs to protect vulnerable and marginalized groups;
- (i) To take measures to prevent, treat and control diseases linked to water, in particular ensuring access to adequate sanitation.⁶⁷

It bears emphasis that, according to the Committee, these obligations are of immediate effect. It is one thing to express an aspiration that all of these conditions be fulfilled, or even to require that they be implemented over time. It is quite another to require that they be implemented immediately. If this is indeed the Committee's intent – something that will become more clear over time, through the reporting and monitoring process – many States will doubtless find that they are unable to fulfill these obligations and will thus be in breach. When it articulated the concept of core obligations in 1990, the ESC Committee explained that every State party is under a “minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights”⁶⁸ recognized in the ESC Covenant. But where the provision of water is concerned, it seems inevitable that many States will be hard pressed to guarantee immediately even “minimum essential levels” of the rights corresponding to the core obligations enumerated in General Comment 15. Accomplishing this will be costly and will require technical capacity. The obligations identified in paragraph (c) alone would be extremely difficult for many developing countries to meet in the near future, let alone immediately (they are not even met for all people in every developed country⁶⁹). In fact, the core obligations seem not to be synchronized with the United Nations Millennium Development Goals, which more realistically call only for “reduc[ing] by half the proportion of people without sustainable access to safe drinking water” by 2015.⁷⁰ And the

67 General Comment 15, *supra* (note 54), pp. 12-13, at para. 37(a)-(i).

68 “The nature of States parties obligations”, General Comment 3, (Art. 2, para. 1 ICESCR), UN Doc. E/1991/23, para. 10 (Fifth session, 1990).

69 For example, some residents of Zanesville, Ohio, in the United States, first received piped water from the city water service in January 2004. Before that they collected water in cisterns and rain barrels or drew it from wells. They received city water service only after filing a complaint with the Ohio Civil Rights Commission, alleging racial discrimination (the people in question are white, black and American Indian). See J. Dao, “Ohio Town's Water at Last Runs Past a Color Line,” *New York Times*, 17 February 2004, p. A1.

70 Millennium Declaration, 2000, adopted at the Millennium Summit of the United Nations in September 2000 by 150 heads of State and government. The Millennium Development Goals (MDGs) are available at <http://www.un.org/millenniumgoals/>. Doubts have been expressed, both at the IMF-World Bank meetings held in April 2004 and at the high-level meeting of UN Commission on Sustainable Development in the same month, about whether the MDG on water can be met. See *UN Wire*, 26, 29 and 30 April 2004, available at <http://www.unwire.org/>.

Ministerial Declaration adopted at the Third World Water Forum in 2003 recognizes that achieving even this goal, within twelve years, will require “an enormous amount of investment in water supply. . . .”⁷¹

Thus the ESC Committee seems to have found an obligation – or a series of obligations – within the ESC Covenant that is all but impossible of immediate fulfillment by many of the parties, and then to have found further that its most fundamental aspects must indeed be implemented immediately. Surely the Committee intended neither that the human right to water be seen as a Trojan Horse, smuggled into the Covenant to the surprise of the unsuspecting parties, nor that it diminish States’ respect for the Covenant or the Committee through the creation of unrealistic expectations. Yet whatever its intent, these effects could conceivably result from its action. Perhaps in anticipation of this possibility the Committee comes very close to shifting responsibility – moral if not legal – for the fulfillment of the core obligations onto the international donor community when it states: “For the avoidance of any doubt, the Committee wishes to emphasize that it is particularly incumbent on States parties, and other actors in a position to assist, to provide international assistance and cooperation, especially economic and technical which enables developing countries to fulfill their core obligations. . . .”⁷² The thrust of this statement almost goes without saying, yet the use of the term “incumbent” creates an ambiguity that is not particularly salutary. Is the Committee suggesting that developed country parties have a legal obligation to provide such assistance to developing countries? That other “actors in a position to assist,” such as international financial institutions, are under such an obligation? Will the Committee interrogate developed country parties, and expect them to report, on the extent of assistance they have provided to developing countries toward fulfillment of their core obligations? Whatever the intent of the Committee, its approach of placing heavy obligations upon (*inter alia*) developing countries and then, in effect, imposing at least moral responsibility upon developed States and international financial institutions to make it possible to fulfill them, seems highly questionable. This is certainly not to deny that water shortages have reached crisis proportions in many countries or that there is a great need for assistance from the international community to help to alleviate the crisis. But the Committee’s approach to solving it seems ill-conceived at best and, like a speed limit that is set too low, could even cause States not to take seriously the human right to water.

71 Third World Water Forum, Kyoto, Japan, 16-23 March 2003, Ministerial Declaration, adopted 23 March 2003, para. 16, reprinted in 33 *Envtl. Pol’y & L.*, 2003, 172.

72 General Comment 15, *supra* (note 54), p. 13 at para. 38.

D. Conclusion

Lucius Cafilisch has made signal contributions to the law of international watercourses, not only through his scholarship but also in his work with young scholars, many from developing countries, in his seminars and through the advanced degree programs at the Graduate Institute of International Studies. These contributions will doubtless continue to bear fruit as countries and international institutions struggle to ameliorate the freshwater crisis that afflicts much of the global population. Cooperation between upstream and downstream countries, supported by international law, and the human right to water, implemented as quickly and thoroughly as possible with the support of the international community, will help to alleviate the crisis. There is little doubt that the influence of Lucius Cafilisch will continue to be seen in these areas for many years to come.

A QUARTER OF A CENTURY AFTER UNCLOS III:
A PERSONAL RECOLLECTION

*Budislav Vukas**

1 INTRODUCTION

I heard a lot about Lucius Caffisch from my Professor, Vladimir Ibler, before the commencement of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea (UNCLOS III). They spent a year together in Washington at the beginning of the seventies, and this marked the beginning of the friendship of Professor Caffisch and the members of the Chair of Public International Law of the Zagreb Faculty of Law.

It is now exactly thirty years that I met Professor Caffisch for the first time. It was in Geneva, in spring 1975, at the Third Session of UNCLOS III. Both of us were mostly in the Second Committee, dealing with the classical issues of the law of the sea. Although he was representing a land-locked country, and I was coming from an Adriatic coastal State, I cannot recall any misunderstanding between the two of us. One of the reasons for our good relationship and collegiality was the fact that we were young, and law of the sea was not the main topic we used to discuss.

Be that as it may, after the closure of UNCLOS III, Lucius Caffisch continued his brilliant career, mostly at the Graduate Institute of International Studies, the Swiss Ministry of Foreign Affairs, and afterwards the European Court of Human Rights. Contrary to myself, he has not remained enslaved by the law of the sea: after UNCLOS III he has been active in several important fields of international law.

* Former Judge and Vice-President of the International Tribunal for the Law of the Sea; Professor at the Law Faculty, University of Zagreb; member of the *Institut de Droit international*

This comparison between the two of us brings me back to UNCLOS III, and the topics on which I was mostly concentrated during the long years of the Conference. Now, a quarter of century after the long and exhausting discussions of these topics, unfortunately I must conclude that the results of the efforts in which we participated cannot be considered as a significant contribution to the development of the law of the sea.

In this brief contribution to the *Liber Amicorum Lucius Caflisch* I will deal with some of the rules which are the result of the work of the informal groups, the Negotiating Groups and the Main Committee (Second), in which I participated in UNCLOS III.

2 SEA BOUNDARY DELIMITATIONS

The Judgment of the International Court of Justice (ICJ), in the *North Sea Continental Shelf* cases in 1969 eroded the dominance of the median/equidistance line in respect of the delimitations of maritime areas between States with opposite or adjacent coasts.¹ At the First United Nations Conference on the Law of the Sea (UNCLOS I), this dominance was established in respect of the delimitation of the territorial sea,² the contiguous zone,³ and the continental shelf.⁴ In addition to the problems caused by the mentioned ICJ Judgment, UNCLOS III was confronted with the duty to formulate delimitation rules for a new regime – the exclusive economic zone (EEZ).

Altogether, delimitation proved to be one of the hard-core issues of this Conference. Informal negotiations and the work of the Second Committee were not sufficient for resolving these problems; the issue was discussed in intersessional meetings and in a special Negotiating Group (No. 7). All these efforts produced really poor results.

A. Territorial sea

Notwithstanding the desire of many States to eliminate the median line principle even from the rule on the delimitation of the territorial sea, in essence Article 15 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (LOS Convention) has kept the text of Article 12, paragraph 1, of the 1958 Convention

1 *ICJ Reports 1969*, p. 4.

2 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Art. 12.

3 *Ibid.*, Art. 24, para. 3.

4 Convention on the Continental Shelf, Art. 6.

on the Territorial Sea and the Contiguous Zone. The two drafting changes were adopted on the bases of the remarks of the author of this paper, and they concern the second sentence of that paragraph. Namely, the former beginning of this sentence required the elimination of the entire paragraph if the conditions mentioned in the second sentence existed, while the intention of the drafters at UNCLOS I was only to neglect the median line if a “historic title” or “other special circumstances” required different delimitation.⁵

Be that as it may, because of the vague formulations of the first sentence, and the unexplained standards in the second, Article 15 of the LOS Convention is a mere replica of Article 12, paragraph 1, of the 1958 Convention. Therefore, several serious dilemmas remain unresolved. First, are the two neighboring States Parties to the LOS Convention obliged to conclude an agreement on the delimitation of their territorial seas? Under Articles 74 and 83, it is clearly stated that they have the duty to conclude agreements on the delimitation of the EEZ and the continental shelf. Second, are the provisions of Article 15, and particularly the exceptions mentioned in the second sentence, applicable only to the final delimitation, or they represent standards also for the provisional behavior, i.e. for the transitional period? And finally, is it feasible to provide any stable interpretation for “historic title” and “other special circumstances”? Is it correct that modern, contemporary international law include such unclear and therefore dangerous standards?

In addition to these general and traditional queries concerning Article 15, the recent delimitation of the waters of Bosnia and Herzegovina with the Croatian waters, raise another question. Does the delimitation of the territorial waters of one State, with the internal waters of another State, necessarily transform the waters of the other State into territorial waters? Namely, the internal waters and the territorial sea of Bosnia and Herzegovina are surrounded by many miles of Croatian internal waters, between a Croatian fringe of islands and the Croatian coast. The maps produced after the conclusion of the 1999 Treaty for the time being do not clarify the status of the Croatian waters surrounding the territorial sea of Bosnia and Herzegovina. In the opinion of Tullio Scovazzi and Gianpiero Francalanci, the delimitation line delimits the territorial sea of Bosnia and Herzegovina, and the internal maritime waters of Croatia.⁶

5 B. Vukas, “The LOS Convention and Sea Boundary Delimitation”, in: B. Vukas (ed.), *Essays on the New Law of the Sea* (Zagreb, 1985), note 8 at p. 151.

6 See T. Scovazzi, “Les zones côtières en Méditerranée: évolution et confusion”, *VI Annuaire du droit de la mer*, 2001, 102 and note 27, and the map on p. 108.

B. *Contiguous zone*

Notwithstanding the opposition of some delegations, UNCLOS I adopted a rule on the delimitation of the contiguous zone primarily on the basis of the median line. Those opposing the necessity of such a rule claimed that the jurisdiction of one or more coastal States in their contiguous zones can overlap; in their view delimitation of the contiguous zone was not necessary because the rights of the coastal States were not territorialized.⁷

UNCLOS III has added an important factor in favor of the necessity of delimiting the contiguous zone of opposite or adjacent States. Namely, in addition to the four interests the coastal State has been entitled to defend since 1958, according to the LOS Convention coastal States have been granted jurisdiction concerning archeological and historical objects on the seabed within the limits of their contiguous zone (Art. 303, para. 2).

It is therefore, natural that many coastal States, particularly those in the Mediterranean, having an enormous quantity of historical objects on the seabed close to their coasts, insisted in keeping the rule on the delimitation of the contiguous zone. Yet, by the use of different means, their enthusiasm for keeping this rule disappeared in the course of UNCLOS III. The present author is aware only of the arguments against the rule on the delimitation of the contiguous zone which were publicly defended. The first was the repetition of the now absurd argument that it is not necessary to delimit the contiguous zone of neighboring States, and the second was a plea for eliminating the problem of delimitation of the contiguous zone in a situation when the Conference was facing the very serious problems of the delimitation of the EEZ and the continental shelf. Anyhow, the Conference did not expressly decide that a rule on the delimitation of the contiguous zone was not necessary, but it did not want to complicate the discussions on the delimitation with yet another problem.⁸

However, States continue to proclaim their contiguous zones, or at least some elements of this regime. Thus, Italy is in the process of proclaiming the protection of its archeological objects beyond the limits of its territorial sea. Taking into account the small distance from the Croatian coast, delimitation of this new zone will be necessary. In this situation, not having a rule on delimitation in the LOS Convention, States Parties to this Convention should apply the 1958 rule, as the new Convention does not derogate

7 Vukas, *op. cit.*, pp. 153-156.

8 *Ibid.*, pp. 156-161.

the 1958 Conventions, but it only prevails over them.⁹ Moreover, as the 1958 rule is based on the median/equidistance line principle, and the contiguous zone is closely linked to the territorial sea, it is logical to apply the same principle on the delimitation of these two regimes in the coastal waters.

C. *EEZ and continental shelf*

The long and sophisticated discussions on this central problem of delimitation at UNCLOS III resulted in a miserable outcome. In order to prevent my commentaries and critics, which were annoying the leaders of the Conference, it was explained to me that “the most important States/factors” agreed with the formula of paragraph 1 of Articles 74 and 83, and that the adoption of this formula will contribute to the successful end of the Conference. Being an unimportant member of an unimportant delegation, I could not disagree then, but I cannot hide my despise today. The reference to international law as referred to in Article 38 of the Statute of the ICJ, and the instruction to “achieve an equitable solution”, has the equal value as if it were said that “States should do their best to conclude an equitable agreement on delimitation”.

Similarly unclear and unnecessary is paragraph 4 of both Articles. Doesn't it go without saying that questions relating to the delimitation should be determined in accordance with the provisions of the agreement on delimitation? Or, perhaps, the authors of this unclear provision had in view agreements dealing with some other subjects?

3 STRAITS

The 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone contains only one provision on straits:

There shall be no suspension of the innocent passage of foreign ships through straits which are used for international navigation between one part of the high seas and another part of the high seas or the territorial sea of a foreign State.¹⁰

However, the main package deal at UNCLOS III, which made possible to extend the territorial sea to 12 nautical miles, and to establish the EEZ, required new provisions on straits. The main innovation is the establishment

⁹ Art. 311, para. 1 of the LOS Convention.

¹⁰ Art. 16, para. 4.

of the liberal regime of transit passage, and the retention of innocent passage only in two situations (Art. 45). The first, when a ship can choose between the navigation through a strait formed by an island and the mainland, or seaward of the island (Art. 38, para. 1) is logical. The second situation concerns navigation “between a part of the high seas or an exclusive economic zone and the territorial sea of a foreign State” (Art. 45, para. 1(b)). I have never understood why a State whose territorial sea is accessible only through a strait belonging to a third State, should be condemned to innocent passage.

Be that as it may, there is also another source of uncertainty concerning the regime of straits, and it is formulated in Article 35(c) of the LOS Convention, which reads as follows:

Nothing in this Part affects . . . the legal régime in straits in which passage is regulated in whole or in part by long-standing international conventions in force specifically relating to such straits.

This provision seems useful and logical if one continues to apply a convention which contains a precise and detailed regime for a strait. However, as there is no list of conventions remaining in force on the basis of Article 35(c), this provision opens the question of treaties to which it applies, and the straits to which – because of this provision – none of the general regimes of navigation through straits does apply. Taking into account the detailed contents of the 1936 Montreux Convention on the Regime of the Turkish Straits and its continued application even after the adoption of the LOS Convention, it has been clear from the very day of the drafting of that provision that the Montreux Convention is covered by Article 35(c). However, the question remains open in respect of some other straits. It was only recently, upon its ratification of the LOS Convention, that Denmark stated “that the exception from the transit passage regime provided in article 35(c) of UNCLOS applies to the specific regime in the Danish straits of the Great Belt, the Little Belt and the Danish part of the Sound, which has developed on the basis of the Copenhagen Treaty of 1857, and that the present legal regime of the Danish straits therefore remains unchanged.”¹¹

However, all these references to the provisions on straits are only my introduction to the history and the interpretation of Article 36 of the LOS Convention, also dealing with straits. Namely, it was exactly the SFR of Yugoslavia, the State which insisted in formulating a provision on straits includ-

¹¹ *Oceans and the law of the sea*, Report of the Secretary-General, A/60/63, 4 March 2005, pp. 6-7.

ing a stretch of high seas. Although it could seem unnecessary to have a specific provision on such straits, there were valid reasons for Yugoslavia to fight for such a rule. The Strait of Otranto, which is 41 nautical miles wide, is the only outlet between the Adriatic Sea and the rest of the Mediterranean. One of the coasts of Otranto belongs to Italy, and the other to Albania. Italy has followed the developments at UNCLOS III concerning the breadth of the territorial sea, while Albania had extended its territorial sea to 15 nautical miles. Yet, the main danger for the navigation in Otranto was the attitude of Albania, which claimed the right of coastal States to extend the territorial sea, even in straits, up to 200 nautical miles.

The majority of the participants at UNCLOS III generally did not consider it necessary to have a specific rule for straits like Otranto. However, taking into account the arbitrariness of the Maoist dictator of Albania at the time, Enver Hoxa, they understood the anxiety of Yugoslavia. Therefore, colleagues in various bodies of the Conference helped me to formulate Article 36 in a manner acceptable to the Conference. Namely, the non-applicability of the specific rules on straits in the waters beyond the territorial sea has been confirmed already by Article 35(b) of the Convention. It has been said in this paragraph that nothing contained in Part III of the Convention (Straits Used for International Navigation) affects “the legal status of the waters beyond the territorial seas of States bordering straits as exclusive economic zones or high seas”. If the waters beyond the territorial seas possess the status of the EEZ or the high seas, it means that all the States in these waters enjoy the rights they are generally entitled to in the EEZ and on the high seas.

Yet, the delegation of Yugoslavia did not consider Article 35(b) as a sufficient protection of the navigation through Otranto from the unpredictable Enver Hoxa. Therefore, we managed to repeat the essence of Article 35(b), using different formulations, and stressing the application of the freedoms of navigation and overflight.

However, the formulation of Article 36 opens some questions. First, who will determine whether “a route through the high seas or through an exclusive economic zone of similar convenience with respect to navigational and hydrographical characteristics” exists? Second, if such a route does not exist, and the ships and aircraft are obliged to cross the territorial sea of the coastal states, do they in all the cases enjoy the right of transit passage?

4 ENCLOSED OR SEMI-ENCLOSED SEAS

As a coastal State in the Adriatic, the SFR of Yugoslavia shared the view of some other coastal States in enclosed seas, that the Convention on the

Law of the Sea should include some specific rules for such seas. Not all of these States had in view the specific treatment of the same problems. Some of them were concerned with navigation, others with sea boundary delimitation, the exploitation of the living resources and/or the protection of the marine environment.¹²

However, these States were not numerous; they mostly belonged to Mediterranean and to the Arab/Persian Gulf. Therefore, their negotiations were marginalized throughout the Conference. Their ideas and proposals were mostly not discussed in the Main Committees or in the formal Negotiating Groups. Their delegates mostly met in the delegates lounge in the New York UN Headquarters, and there was a constant opposition to the inclusion in the Convention of any specific rules on enclosed seas.

The diversity of their proposals, and the allergy of the majority in respect of any specific rules on enclosed seas, resulted in Part IX of the LOS Convention, which consists of only two articles, the contents of which leaves much to be desired.

Article 122 contains a definition of “enclosed or semi-enclosed seas”, which is far from clarifying the characteristics of such seas. Two terms have been used, and it is not clear whether they are synonyms, or names for two different categories of seas. At the beginning of negotiations, Iran proposed separate definitions for “enclosed”, and for “semi-enclosed” seas, which eventually have been integrated, creating confusion instead of a clear definition.¹³

The only part which is clear is the statement that all such seas, whatever their geographical description (“gulf, basin or sea”), must be surrounded by two or more States. However, the relations between the other characteristics of such seas, and the link of these characteristics with the name(s) used for such seas is unclear. The most intriguing is the link between the two remaining characteristics of such seas. Is it sufficient to be connected to other seas by a narrow outlet, to be qualified as an enclosed or semi-enclosed sea? Is every sea “consisting entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States” an enclosed or semi-enclosed sea? (And what about the continental shelves: they do not matter?) It is difficult to think of a sea which would satisfy the first condition and not the second. On the other hand, we must admit that only the oceans do not consist “entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zone of the coastal States”.

12 B. Vukas, “Enclosed and Semi-enclosed Seas”, *Iranian Review of International Relations*, Nos. 11-12, 1978, 171-196.

13 A/CONF.62/C.2/L.72.

However, even this last phrase discovers another unclear meaning of the words used. Namely, does this last condition depend on the EEZs factually proclaimed by the coastal States, or the drafters had in mind the rather small size of such seas and the virtual extension of the jurisdiction of the coastal States as permitted by the Convention itself?

Article 123 contains a list of the fields of co-operation of States bordering enclosed or semi-enclosed seas. The co-operation of the coastal States in the fields listed in paragraphs (a) to (d) is useful in every sea, and many aspects of this co-operation have been dealt with in other parts of the Convention. Therefore, it has to be seen whether on the basis of this Article States bordering enclosed or semi-enclosed seas have undertaken a specific, new obligation. Although specific duties of coastal States in such seas obviously were the goal of the drafters of the *chapeau* of Article 123, this result has not been achieved. Co-operation is not an obligation, as it is only stated that States “should co-operate with each other . . .” (in French: “devraient coopérer entre eux . . .”). An unsatisfying remedy is contained in the second sentence, where it is said that in order to realize the co-operation, the coastal States “shall endeavour” (French: “ils s’efforcent”) to co-ordinate their activities.

Although some commentators are willing to see some sort of obligation in Article 123, its application mostly depends upon the good will and good relations of the States bordering an enclosed or semi-enclosed sea.

5 FINAL REMARK

In this short contribution to *Liber Amicorum Lucius Cafilisch*, I have indicated and briefly discussed some of the vague solutions of the LOS Convention. We are both aware of the existence of many other weak points in this treaty. Its imperfections are perhaps the reason why, notwithstanding the excellent work done at UNCLOS III by the Swiss Delegation, Switzerland has not yet ratified the LOS Convention. As there are also many new problems that should be regulated by the law of the sea, and the provisions on the activities in the area do not correspond to the new attitudes of States in respect of the minerals on the oceans floor, the international community may soon convene the Fourth Conference on the Law of the Sea. As at that time Lucius Cafilisch will be free from his duties at the European Court of Human Rights, and I will no more be member of the International Tribunal for the Law of the Sea, we may again meet as members of the delegations of our respective countries at UNCLOS IV.

ANTARCTICA: A CASE FOR COMMON IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL STANDARDS

*Rüdiger Wolfrum**

1 INTRODUCTION

On the occasion of the 30th anniversary of the entry into force of the Antarctic Treaty, the Contracting Parties declared: “The Antarctic Treaty provides an example to the world of how nations can successfully work together to preserve a major part of this planet, for the benefit of all mankind, as a zone of peace, where the environment is protected and science is pre-eminent.”¹

This statement can be based on several factors. Indeed, the Antarctic Treaty Consultative Parties cooperate closely. Through this they mean to live up to Article 6 of the Protocol on the Environmental Protection to the Antarctic Treaty.² This provision includes the obligation for the Consultative Parties to “cooperate in the planning and conduct of activities in the Antarctic Treaty Area”. The provision identifies several issues that require cooperation, including scientific research, environmental impact assessment, information sharing and minimizing effects of accidents. There are many concrete examples of international cooperation initiatives concerning Antarctica, including the joint use of research stations, the joint use of ships and air transport facilities, joint Antarctic training programs, cooperation with the Antarctic Environmental Officers Network and the establishment of

* President of the International Tribunal for the Law of the Sea; Co-Director of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg.

1 Declaration by Contracting Parties on the 30th anniversary of the entry into force of the Antarctic Treaty, Final Report of the XVth ATCM, 1991, p. 136.

2 XXX *ILM*, 1991, 1455.

intersessional contact groups under the Committee on Environmental Protection.³ This contribution to the Festschrift in honour of *Lucius Caflisch* will discuss whether such cooperation effectively governs the sharing of information concerning environmental impacts of human activities in Antarctica, in particular, of research activities.

All Antarctic Treaty Consultative Parties have implemented the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty (Protocol) and have reported thereon in accordance with Article 17 of that Protocol. However, they have chosen different mechanisms to ensure compliance with the obligation under Article 8 of the Protocol that human activities in Antarctica shall be undertaken only after a prior assessment of the impacts of those activities on the Antarctic environment or on dependent or associated ecosystems. The obligation is meant to ensure that the overarching principles of the Antarctic Treaty regime, namely to preserve Antarctica for scientific and peaceful purposes while protecting its environment, including the one of the dependent and associated ecosystems,⁴ are fully respected.

The following presentation deals with the implementation of the obligation to provide for an environmental impact assessment concerning activities in Antarctica.

2 THE DEVELOPMENT OF THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT SYSTEM IN THE ANTARCTIC TREATY REGIME

The environmental impact assessment system constitutes a mechanism developed in national environmental law. From there it was introduced into international environmental law. Environmental impact assessments were first established in the domestic law of the United States under the 1972 U.S. Environmental Protection Act. The procedure has been progressively adopted in a large number of national legal systems.⁵ In reflection of these developments in national law, the environmental impact assessment procedure as an element for the planning of human activities has found its way into international law as well.⁶ Environmental impact assessments are

3 On details see K. Bastmeijer, *The Antarctic Environmental Protocol and Its Domestic Legal Implementation* (Oxford, Hart, 2003) pp. 434 et seq.

4 See Arts. 2 and 3 (1) of the Protocol.

5 For a detailed analysis of the German and the U.S. system see R. Wolfrum, B. Goller, D.A. Farber, "National Law: Air Pollution", in: F.L. Morrison, R. Wolfrum (eds.), *International, Regional and National Environmental Law* (The Hague, Kluwer Law International, 2000), pp. 565 et seq.

6 For further details see P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), pp. 799 et seq.

required under numerous international conventions and under the law of the European Community; they are also contained in the requirements of various multilateral development banks and in non-binding instruments adopted at the regional and global level. The general principle has been formulated in the Rio Declaration.⁷ Principle 17 of the Rio Declaration states that:

Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority.⁸

The legislative activities concerning the establishment of an environmental impact assessment procedure reached their peak in 1991 with the adoption of the Espoo Convention⁹ and the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty with its Annex I on Environmental Impact Assessment.

Even before the Protocol to the Antarctic Treaty was adopted, the Antarctic Treaty Consultative Parties had stressed the importance of a prior assessment of the effects of activities on the Antarctic environment. The respective activities of the Antarctic Treaty Consultative Parties were triggered by the Stockholm Declaration of 1972. Concepts of environmental impact analysis have been the subject of steady development in Antarctica since the early 1970s and have been applied by some expeditions on a national basis first. With Recommendation VIII-11 “Man’s impact on the Antarctic environment: Code of conduct for Antarctic expeditions and station activities” (1975), the Antarctic Treaty Consultative Parties took the first substantive step towards developing a set of requirements with respect to an environmental impact assessment within the Antarctic Treaty System.¹⁰ As can be seen from the title of this code of conduct, the interest focussed on scientific activities and the respective logistical operations. It contained certain principles concerning the environmental impact assessment and obliged the parties to describe the proposed action, to assess the potential benefits and the possible impact and to consider alternative actions. A further step was taken with Recommendation XII-3 in 1983. This Recommendation already distinguished between a preliminary determination of environmental impacts for all scientific activities and a detailed environmental assessment to be carried

7 Declaration of the Conference on Environment and Development 1992.

8 The environmental impact assessment procedure has been elaborated in detail in the UNECE Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 1991 (Espoo Convention), XXX *ILM*, 1991, 802. This Convention was based upon the EEC Directive 85/337 (as amended).

9 See, *supra* (note 8).

10 Recommendation VIII-11, p. 203, *Handbook of the Antarctic Treaty System*.

out for those activities that might have significant “impacts on the environment”. The Recommendation provided, further, to notify other Antarctic Treaty Consultative Parties when a detailed assessment was completed. This Recommendation contained already most – if not all – the elements of the procedure provided for Annex I to the Protocol.¹¹ Obviously there was some uncertainty as to the proper definition of categories of research and logistic activities in Antarctica which might reasonably be expected to have a significant impact on the environment. On this, as well as on the procedural aspect, the Antarctic Treaty Consultative Meeting asked the Scientific Committee on Antarctic Research (SCAR) for advice.¹² On the basis of that advice, the Antarctic Treaty Consultative Meeting adopted at its XIVth Meeting, the Guidelines for an Environmental Impact Assessment¹³ which contained further refined rules on an environmental impact assessment procedure. These Guidelines already referred to an “Initial Environmental Evaluation” the objective of which was to determine whether the activity might reasonably be expected to have a significant impact. They further provided that the activity may proceed if it is likely to have no more than a minor or transitory impact, a terminology to be used again in Annex I of the Protocol. Otherwise, the Guidelines provided for a “Comprehensive Environmental Evaluation”. The term later found its way into Annex I to the Protocol. These Guidelines dealt with the conduct of scientific expeditions and logistical operations. However, at the XVth Antarctic Treaty Consultative Meeting, it was emphasized that the environmental impact assessment procedure should also apply to all other activities and to substantial changes of activities as well.

As already indicated, the Protocol and Annex I to the Protocol are based on these Recommendations.¹⁴

11 The most relevant paragraph 2 of Recommendation XII-3 reads: “If a preliminary determination indicates that a planned research or logistic activity could have potentially significant impacts on the environment, their relevant agencies undertake a detailed environmental assessment, in accordance with procedures they have developed or may develop, with a view to determining the factors likely to cause such impacts and, if the seriousness of such impacts so indicates, to elaborate feasible research and logistic alternatives aimed at minimizing the harmful effects on the environment. In the event that such an assessment is completed they notify other Consultative Parties.”

12 See the Reports on the XIIth (paras. 15-19) and the XIIIth ATCM (paras. 43-58).

13 *Handbook of the Antarctic Treaty System*, pp. 2036 et seq.

14 The main provision is Article 8 of the Protocol; it reads:

(1) Proposed activities referred to in paragraph 2 below shall be subject to the procedures set out in Annex I for prior assessment of those activities on the Antarctic environment or on dependent or associated ecosystems according to whether those activities are identified as having:

Although the procedures for the environmental impact assessment must be developed at the domestic level, the Protocol and its Annex I set the minimum requirements that must be respected by the national law when developing the respective national procedures. Article 8 of the Protocol in connection with Annex I provides for a step by step procedure concerning environmental evaluation. The development of these steps has been guided by several considerations. All activities undertaken in Antarctica are subject to a basic assessment of the potential environmental impact.¹⁵ However, such assessments may differ as to their intensity. A detailed assessment, which means an assessment considering alternatives and balancing the scientific advantages against environmental impacts, must only be undertaken if the potential impact on the environment reaches a certain threshold. The latter is a matter of efficiency. The necessity to provide for an environmental impact assessment must not unnecessarily curtail the funds set aside for scientific research.

Generally speaking, Parties are obliged to ascertain whether a projected human activity will have less than minor or transitory impact upon the Antarctic environment, has a minor or transitory impact or has more than a minor or transitory impact.¹⁶ If a preliminary assessment determines that a specific activity under consideration is likely to have less than a minor or transitory impact, the activity may proceed.¹⁷ If the impact of an activity is likely to

-
- (a) less than a minor or transitory impact;
 - (b) a minor or transitory impact; or
 - (c) more than a minor or transitory impact.
- (2) Each Party shall ensure that the assessment procedures set out in Annex I are applied in planning processes leading to decisions about any activities undertaken in the Antarctic Treaty area pursuant to scientific research programmes, tourism and all other governmental and non-governmental activities in the Antarctic Treaty area for which advance notice is required under Article VII (5) of the Antarctic Treaty, including associated logistic support activities.
 - (3) The assessment procedures set out in Annex I shall apply to any change in an activity whether the change arises from an increase or a decrease in the intensity of an existing activity, from addition of an activity, the decommissioning of a facility or otherwise.
 - (4) Where activities are planned jointly by more than one Party, the Parties involved shall nominate one of their number to coordinate the implementation of environmental impact assessment procedures set out in Annex I.

Also Article 3 of the Protocol includes elements for an environmental impact assessment. The legal principle is formulated as follows: "Activities shall be planned and conducted on the basis of information sufficient to allow prior assessments of, and informed judgments about, the possible impacts on the Antarctic environment and dependent and associated ecosystems and on the value of Antarctica for the conduct of scientific research (. . .)."

15 Art. 1, para. 1 of Annex I.

16 See Art. 8, para. 1 of Annex I to the Protocol.

17 Art. 1, para. 2 of Annex I.

exceed this level, an initial environmental evaluation must be undertaken unless a comprehensive environmental evaluation is carried out. The latter must be undertaken if either the preliminary assessment or the initial environmental evaluation indicates that an activity may have “more than a minor or transitory impact”.¹⁸ The difference between a preliminary environmental assessment and an initial one is not apparent. This is the reason why the national laws of several parties do not provide for a preliminary environmental assessment as such but assemble the necessary information otherwise.

The qualification of an activity in Antarctica to require an initial environmental evaluation or a comprehensive environmental evaluation has an impact upon the information obligations of the Parties concerned.¹⁹ The more significant the potential impact may be, the more information is to be provided and to be shared with the other Parties. It is evident that the sharing of information is the decisive mechanism to ensure the full implementation of the environmental standards to be respected by all activities undertaken in the Antarctic Treaty area. The non-governmental organizations, traditionally, particularly engaged in respect of the protection of the Antarctic environment, play a significant role in this context.

Guidelines developed by the Antarctic Treaty Consultative Meetings²⁰ provide for some details concerning the procedure to be followed by the environmental assessment as well as its scope. According to the Guidelines, an environmental impact assessment has to be undertaken on all activities, the notion of activity being defined broadly. This notion covers all events or processes resulting from or associated with the presence of humans in Antarctica or which may lead to humans in Antarctica. This means that also indirect effects are to be taken into consideration. The environment to be taken into account embraces all elements of a physical, biological, chemical and anthropic nature or values in a given area. In particular, the term ‘value’ is to be interpreted widely. Finally, impacts are defined as the process of interaction between an identified potential outlook and an environmental element or value. What is to be assessed is the result of this interaction.²¹

According to Article 3, Annex I to the Protocol, a Comprehensive Environmental Evaluation is to be undertaken if an activity is likely to have more than a minor or transitory impact. This Comprehensive Environmental

18 For a more detailed description see Bastmeijer, *supra* (note 3), pp. 166 et seq.

19 See Art. 6, paras. 1 and 2 of Annex I, respectively. For details see Bastmeijer, *supra* (note 3), pp. 169 et seq.

20 Guidelines on Environmental Impact Assessment Procedures in Antarctica.

21 Guidelines, *supra* (note 20), paras. 3.3.2 and 3.3.3.

Evaluation is meant to provide for transparency by setting out the environmental impact of a given activity in detail, the measures taken to mitigate the impact and the scientific objectives of the projected activity. Neither the Protocol nor Annex I define which activities are to be considered more than minor or transitory. In theory, there would have been two general options to come to a respective definition, either by qualifying certain impacts as being of a more than minor or more than transitory nature or by qualifying certain activities – such as the building of a station – as such. The disadvantage of the former would have been that the intensity of environmental impacts could hardly be qualified theoretically without taking into consideration, the environmental situation of a given place. The latter was objected to by some Parties. Therefore, it can only be hoped that through the practice of the Parties, a common understanding will develop that certain activities are to be considered as most likely to result in environmental impacts which are more than minor or transitory. The practice of the Parties seems to have developed some coherence already. Constructions of new stations,²² scientific ice drilling²³ and scientific rock drilling²⁴ have undergone a comprehensive environmental evaluation in the past.

The Protocol and Annex I do not give much guidance on how to proceed with activities whose environmental impact has been considered by a Government as being more than minor or transitory.²⁵ Article 4 of Annex I to the Protocol merely states that “any decision on whether a proposed activity, to which Article 3 applies, should proceed, and if so, whether in its original or in a modified form, shall be based on the Comprehensive Environmental Evaluation . . .”. This means, in fact, that it is for the respective Governments to decide whether such an activity shall proceed. This has been considered a major weakness of the Protocol. Such a view, however, is erroneous. It does not sufficiently take into account that in Antarctica, the protection of the environment is not the sole and not even the dominant consideration of the Protocol. Articles 2 and 3 (1) of the Protocol clearly establish that there are at least two leading principles, the protection of the environment and the freedom of scientific research. This means that even in

22 Scientific base at Dome C (France and Italy); SANAE IV facility at Vesleskarvet, Queen Maud Land (South Africa); construction of a crushed rock airstrip at Rothera Point, Adelaide Island (U.K.).

23 Stratigraphic drilling east of Cape Roberts in South West Ross Sea (New Zealand).

24 Concordia Project, drilling at Dome C (France and Italy).

25 Certain activities are prohibited in Antarctica such as military activities (Art. I, para. 1 Antarctic Treaty), the disposal of nuclear waste (Art. V, Antarctic Treaty) and mineral resource activities (Art. 7 of the Protocol).

cases where a scientific activity may have a negative impact upon the Antarctic environment which is more than minor or transitory, such impact may be justified by the potential scientific findings. Already the formulation of the decisive thresholds referred to in Article 8 of the Protocol confirms this interpretation. Article 8 of the Protocol gives no indication that impacts which are more than minor or transitory have to be absolutely avoided.

Article 3, paras. 3-6, Annex I to the Protocol ensures that the Government in question does not authorize an activity which may have a more than minor or transitory effect 'lightly'. The draft Comprehensive Evaluation has to be made publicly available and be circulated to all Parties for comment. Furthermore, the draft should be forwarded to the Committee for Environmental Protection at least 120 days before the next Antarctic Treaty Consultative Meeting.²⁶ Finally, Article 3, para. 5 Annex of the Protocol states that no final decision shall be taken to proceed with the proposed activity unless there has been an opportunity for the draft Comprehensive Environmental Evaluation to be discussed by the Antarctic Treaty Consultative Meeting acting upon the recommendation of the Committee for Environmental Protection. However, the decision may not be delayed for more than 15 months.

This procedure is unique. The involvement of the public and of other Parties to the Protocol surpasses the level of transparency of the Espoo Convention.²⁷ Neither the Committee for Environmental Protection nor the Antarctic Treaty Consultative Meeting has the possibility to prohibit an activity in Antarctica. This would run counter to the basic principles which govern the Antarctic Treaty regime. The Antarctic Treaty area is not under international administration, it remains under national although procedurally coordinated administration.

Although only activities which are likely to have more than minor or transitory environmental impacts on the environment are to be assessed under the particular procedure just described, other activities have to be brought to the attention of the Committee for Environmental Protection. This gives the Parties the possibility – at least in theory – to question whether the treatment that a particular activity received was adequate.

As can be seen from the brief outline of the procedure under Annex I to the Protocol, the national administrations play the decisive role in the effective implementation of the Protocol. As already indicated, national

26 At the XXIIIth ATCM (1999) the United Kingdom had emphasized that there was an obligation to involve the Committee only as appropriate.

27 Bastmeijer, *supra* (note 3), p. 188.

administrations have to strive for a balance between freedom of scientific research and the protection of the Antarctic environment.²⁸

3 NATIONAL IMPLEMENTATION

Not all Antarctic Treaty Consultative Parties have enacted legislation to implement the Protocol and its Annexes. Some of them, for example China, seem to implement the Protocol and its Annexes directly through acts of the administration.

A preliminary assessment of the national implementation measures indicates significant divergences in the respective national norms.²⁹ Such national norms are mostly of a procedural nature. None of them provides for the definition of the terms “minor or transitory” or decrees that particular types of activities require a comprehensive environmental impact assessment. Most of the Parties connect the environmental impact assessment with a system of permits or authorising activities in Antarctica.³⁰ Even the approach of those Parties having introduced a permit system differs. Some require permits for all activities, others only for non-governmental activities or only for particular activities such as taking samples from flora or fauna, or entry into protected areas. It is to be assumed that the requirement of an authorization or permit for activities in Antarctica reinforces the necessity to undertake an environmental impact assessment. However, a different approach may be equally effective. In particular, New Zealand and the United States do not provide for an authorization or permit procedure. Under the New Zealand Environmental Protection Act 1994, all human activities must undergo an environmental impact assessment. The environmental impact assessment must be approved by the Minister of Foreign Affairs and Trade. It is an offence to carry out an activity in Antarctica without having completed the procedure for an environmental impact assessment.

Most Parties monitor activities for compliance, often using members of expeditions or stations as observers.

28 Article 3, para. 1 of the Protocol by referring to the protection of the Antarctic environment and dependent and associated ecosystems, the intrinsic value, including its wilderness and aesthetic values, and its value as an area for the conduct of scientific research, in particular research essential for understanding the global environment, clearly addresses to the different facets of the objective of the Protocol.

29 For details see Bastmeijer, *supra* (note 3), pp. 208 et seq., who, however, does not assess all respective national rules.

30 This is the case, for example, in the United Kingdom, the Netherlands, South Africa, Germany, France, Italy and Spain. A different approach has been followed by the respective rules of the United States, New Zealand and Australia.

The scope of activities covered by the national legislation implementing the Protocol and its Annexes is comprehensive. Mostly the reference is made to Antarctic activities organized “in the given State”.³¹

Not all Antarctic Treaty Consultative Parties distinguish between a preliminary assessment and an initial environmental evaluation.³² The preliminary environmental evaluation is, in some of these cases, integrated into the permit system. Based upon the information submitted together with the application for a permit, the administration will decide whether an initial environmental impact assessment is required. In some States, such as the Netherlands, the minimum standard is the initial environmental evaluation, whereas the rules for New Zealand and South Africa, for example, provide for a preliminary assessment to be undertaken. In particular, the rules of New Zealand are quite elaborate in this respect.

In general, one has to say that most Parties provide some form of preliminary assessment in their national legislation and, in doing so, meet the requirements of Article 3 of the Protocol, although not always referring to a preliminary assessment. For example, Article 4, para. 1 of the German Antarctic Act provides that an applicant has to justify its application for a permit by describing the proposed activity in detail and at the same time to state whether it is likely to have effects on environmental assets. Furthermore, this paragraph provides that a statement that the activity will have no effects on the assets shall be accompanied by justification.

The initial environmental evaluation has a more prominent place in the implementing legislation of the Antarctic Treaty Consultative Parties and thus reflects appropriately Annex I to the Protocol. However, only few of the said national laws meet the requirements as indicated in Article 3, para. 2(c) of Annex I, such as adverse impacts on other activities, availability of technologies and procedures to provide environmentally safe operations, capacity to respond to accidents, capacity to monitor and modify, etc. Only the legislation of Australia seems to be complete in this respect, whereas other laws satisfy themselves with more general requirements. This may not indicate a difference in substance, but rather a different standard of providing for detailed regulations.

As far as the incorporation of the comprehensive environmental evaluation is concerned, the domestic legislation is much more homogenous, although the Parties follow different approaches in this respect.³³

31 This is the case, for example, for the Netherlands, South Africa, Russia.

32 This is the case, for example, for the U.K.

33 For details see the impressive scheme provided by Bastmaijer, *supra* (note 3), p. 118.

4 CONCLUSIONS

In the period before the entry into force of the Protocol on Environmental Protection, the Antarctic Treaty regime only provided for a coordination of activities, the establishment of protected areas and the development of some standards and the procedures to be followed. The Protocol changed this situation significantly. The necessity to implement the environmental procedures and standards requires more coordinated efforts from the Parties. Nevertheless, they have refrained from setting up an international organization and have developed a dual-level system combining the national administrative level with an international level. A similar approach was followed by the Draft Convention on Mineral Resource Activities in Antarctica in the elaboration of which *Lucius Caffisch* so vividly and constructively has participated. Actually, this approach is by no means a new one. The system developed by the Antarctic Treaty regime is nothing more than a refinement of a regime developed for the implementation of international human rights instruments. Therefore it is – at least seen retrospectively – quite logical that *Lucius Caffisch* engaged himself in both areas actively and successfully.

PART III

PEACEFUL SETTLEMENT OF DISPUTES /

RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS

THE CREATION OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR
THE LAW OF THE SEA AS A SPECIALIZED COURT
UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION FOR THE
LAW OF THE SEA

*Hugo Caminos**

1

In 1976, in an explanatory Memorandum of an informal negotiating text on “Settlement of Disputes”, which he presented to UNCLOS III, Ambassador Hamilton Shirley Amerasinghe, stated:¹

... the provision of effective dispute settlement procedures is essential for stabilizing and maintaining the compromises necessary for the attainment of agreement in the convention. Dispute settlement procedures will be the pivot upon which the delicate equilibrium of the compromise must be balanced. Otherwise the compromise will disintegrate rapidly and permanently. I should hope that it is the will of all concerned that the prospective convention should be fruitful and permanent. Effective dispute settlement would also be the guarantee that the substance and intention within the legislative language of the convention will be interpreted both consistently and equitably.

UNCLOS III succeeded in including in Part XV and its Annexes of the Convention, a comprehensive compulsory regime on settlement of disputes and, in Section 5 of Part XI, a special compulsory regime for the settlement of seabed mining disputes. This was not a minor accomplishment. The 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, except for the Convention on

* Judge, International Tribunal of the Law of the Sea; member of the *Institut de Droit international*.

1 Doc. A/CONF. 62/WP. 9/ADD, 1.

Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, which includes special provisions on settlement of disputes, followed the practice of dealing with this matter in an Optional Protocol.

It is no wonder then that Ambassador John R. Stevenson said, when he introduced a United States proposal for a chapter on compulsory settlement of all disputes in the future convention before the Seabed Committee in 1973: “we have no desire to repeat the mistakes of 1958.”²

Accepting the possibility that disputes concerning the interpretation and application of the Convention may be submitted unilaterally to jurisdictional means as a matter of principle was also a necessary complement to a comprehensive reformation of the public international law of the sea. As Judge Treves points out, the Convention “marked a turning point even before the end of the ‘Cold War’”.³

2

Acceptance of new concepts and institutions of the law of the sea by the maritime powers was dependent on establishing the appropriate dispute settlement mechanisms. This was part of the negotiations at UNCLOS III conducted under the “package deal” method.

Although Part XV establishes a comprehensive regime based on the principle of third party tribunals with compulsory jurisdiction to adjudicate on a wide range of law of the sea disputes, some limitations and optional exceptions were introduced in the text in order to achieve consensus. An author observed that “(T)he compromises were in some respect so major that at first blush it might appear that the principle itself had been lost. However, this is not the case, and it is most unlikely that a dynamic court exercising its powers under the Convention will have much difficulty both in finding that it possesses jurisdiction in a particular case, and in finding that the Convention contains rules appropriate for the resolution of virtually all disputes arising under it.”⁴

Negotiations on a regime for the settlement of disputes started in the Seabed Committee. The first proposals concerned disputes relating to seabed

2 A/AC. 138/97 of 21 August 1973.

3 T. Treves, “New Trends in the Settlement of Disputes and the Law of the Sea Convention” in: H.N. Schreiber (ed.), *The Law of the Sea*, (The Hague, Kluwer, 2000), p. 63.

4 A.L.C. de Mestral, “Compulsory Dispute Settlement in the Third United Nations Convention on the Law of the Sea: A Canadian Perspective” in: T. Buergenthal (ed.), *Contemporary Issues in International Law. Essays in Honor of Louis B. Sohn* (Kehl/Strasbourg, Engel, 1984), p. 171.

mining in which the actors were not just limited to States, but also to international organizations or natural or juridical persons. As no existing tribunal was competent to decide on these disputes, some of the proposals provided for the creation of a specialized court or tribunal. As Professor Sohn has observed, “the International Court of Justice, under the existing limitations in its Statute, cannot be awarded jurisdiction over such disputes”.⁵ His conclusion was that “without changes in its procedure, functions and jurisdiction” the International Court of Justice could not deal with most of the disputes relating to the operation of the seabed regime, and that “a special tribunal could be needed for that purpose”.⁶

3

The idea of establishing a tribunal with compulsory jurisdiction to deal with law of the sea disputes in general albeit in an Annex to the Convention, was presented by the United States on the last day of the last session of the Seabed Committee in 1973. This proposal consisting of nine articles contained the seeds of some of the notions developed later in Part XV and Annex VI of the Convention.

For example, the United States Draft Articles provided that the Tribunal could make interim orders binding in cases submitted to arbitration; that the owner or operator of any vessel detained by any State shall have the right to bring the question of the detention of the vessel before the Tribunal in order to secure its prompt release, without prejudice to the merits of any case against the vessel; that in disputes involving technical questions, the Tribunal shall be assisted by four technical assessors sitting with it but without the right to vote; that decisions of the Tribunal shall be binding upon the parties; that if the parties to the dispute have agreed in any general, regional or special agreement to resort to arbitration, any party to the dispute shall be entitled to refer it to arbitration, in accordance with the agreement, in place of submitting the dispute to the Tribunal.

The United States proposal served as a basis for informal consultations during the later part of the Caracas Session. This marked the beginning of a long negotiating process that finally led to the adoption of the regime on settlement of disputes in the Convention.

Professor Oxman has rightly stated that “(P)erhaps, the most extraordinary, and ultimately the most important contribution of the Convention on

⁵ L.B. Sohn, “A Tribunal for the Sea-Bed or the Oceans”, 32 *ZaöRV*, 1972, 258.

⁶ *Ibid.*, 263.

the Law of the Sea to strengthening the rule of law in international affairs is contained in Article 286”.⁷ This provision, subject to some limitations and optional exceptions, declares that where no settlement has been reached by recourse to other peaceful means agreed by the parties, any dispute concerning the interpretation of the Convention shall be submitted at the request of any party to the dispute to arbitration or judicial settlement as provided for in the Convention. In other words, by becoming parties to the Convention, States become bound by the compulsory procedures entailing binding decisions laid down in Part XV. This led Professor E.D. Brown to affirm that “Part XV has broken the mould and established a more positive attitude to compulsory third party settlement than previously existed”.⁸

After his remarks on the significance of Article 286, Professor Oxman further observes that:

“(T)he rest represents compromises that had to be made to achieve consensus on compulsory arbitration or adjudication, not as an optional protocol, but as an integral part of the Convention not subject to reservations”. And, somewhat ironically, he concludes: “If states had no intention of being bound by the procedures, they might have happily permitted leading scholars to fashion a perfectly logical and elegant dispute settlement regime . . . But because almost all states were negotiating with a view to producing a Convention they could ratify, they insisted, quite rightly, on accommodation of their important interests.”⁹

Limitations on compulsory dispute settlement are those concerning the exercise of its sovereign rights or jurisdiction in the territorial sea, the exclusive economic zone and on the continental shelf by a coastal State. However, not all disputes in those areas concerning the exercise of those sovereign rights or jurisdiction are actually excluded. Disputes in which it is alleged that the coastal State has acted in contravention of the provisions of the Convention in regard to the freedom and rights of navigation, overflight, laying of submarine cables and pipelines, or to other international lawful uses of the sea, or to specified international rules and standards for the protection of the marine environment, are not excluded from the compulsory procedures (Art. 297).

Optional exceptions were a necessary condition to reach consensus for the provisions on compulsory procedures. Thus, States are allowed, by

7 B. Oxman, “The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, 7 *EJIL*, 1996, 367.

8 E.D. Brown, “Dispute Settlement and the Law of the Sea: The UN Convention Regime”, 21 *Marine Policy*, No. 1, 1997, 43.

9 *Ibid.*, footnote 7.

making a written declaration, to exclude certain categories of disputes from compulsory procedures. These are disputes on maritime boundaries, military activities, law enforcement activities related to certain fisheries and marine scientific research matters, historic bays, and disputes on which the Security Council is exercising its functions under the UN Charter. Any of these disputes not covered by a declaration under the Article shall be subject to compulsory procedures (Art. 289).

Some disputes subject to limitations and optional exceptions may be submitted at the request of the party, to “compulsory conciliation” under Annex V of the Convention. It differs from the traditional conciliation method in that each party to the dispute is obliged to submit to the proceedings instituted by the other party. Even if a party or parties fail to reply or to submit to the proceedings, these will continue. However, the report of the conciliation commission remains not binding for the parties.

4

The third party dispute settlement regime established in Part XV is based on the principle of free choice of means, the so called “Montreux formula”. The parties are allowed, when signing, ratifying or acceding to the Convention, to choose one or more of four different “procedures”: (a) the International Tribunal for the law of the Sea (ITLOS) – a creation of the Convention; (b) The International Court of Justice; (c) arbitration; and (d) special arbitration, for disputes involving fisheries, the marine environment, marine scientific research and navigation (Art. 287).

If the contestants choose “the same procedure”, the dispute may be submitted only to that procedure unless agreed otherwise by the parties. If they choose a different procedure or alternatively do not choose a procedure, then arbitration becomes the compulsory dispute settlement procedure.

The compulsory procedures – adjudication or arbitration – do not apply if any party to the dispute has the right to submit under a general, regional or bilateral agreement or otherwise, to a procedure that entails a decision binding on the other parties to the dispute (Art. 282). Thus, the free choice of means extends beyond the procedures enumerated in Article 287. In addition, a court or tribunal referred to in Article 287 shall also have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of an international agreement related to the purposes of the Convention, which is submitted to it in accordance with the agreement (Art. 288). The 1995 Agreement relating to straddling fish stocks and highly migratory fish stocks is one of these agreements.

In the case of the Hamburg Tribunal, this is further expanded in Articles 20 to 22 of its Statute. Precisely, on the basis of these provisions, Article 138 of the Rules of the Tribunal states that the Tribunal may give an advisory opinion on a legal question if an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for the submission of a request for such an opinion to the Tribunal. “(T)he Convention in no way prejudices, for example, the jurisdiction of the International Court of Justice under other instruments with respect to law of the sea disputes”.¹⁰

5

Independently of the choice of procedures, the International Tribunal for the Law of the Sea has residual compulsory jurisdiction in two special instances: provisional measures and prompt release of vessels:

A. Provisional measures

Under Article 290, paragraph 5, pending the constitution of an arbitral tribunal to which a dispute has been submitted, any court or tribunal agreed upon by the parties, or, failing such agreement within two weeks from the date of the request for provisional measures, ITLOS or, with respect to activities in the Area, the Sea-Bed Disputes Chamber, may prescribe provisional measures.

B. Prompt release of Vessels

Under Article 292, on the question of prompt release of foreign vessels and crews detained by a State Party, if within ten days of the time of detention, the parties have failed to agree in a court or tribunal, and the flag State does not choose to bring the case to another court or tribunal accepted by the detaining State, the question of release may be submitted to the ITLOS by the flag State or on its behalf. This special jurisdiction applies when it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of the Convention for the prompt release of vessels and their crews upon the posting of a reasonable bond or other financial security. Three articles of the Convention make provision for such prompt release: Article 73, paragraph 1, concerning arrest of foreign ships by the coastal State to ensure compli-

¹⁰ *Ibid.*, footnote 6, 367.

ance with its law and regulations in the exercise of its foreign rights to explore, conserve and manage the living resources of the EEZ; Article 220, paragraphs 6 and 7, regarding enforcement by coastal States of rules and standards for the prevention, reduction and control of pollution from vessels; and Article 226 on the investigatory powers of the coastal State and the port State concerning alleged violation of marine environmental laws.

The compulsory procedures in the Convention do not apply if the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of the Convention have agreed, through another treaty or otherwise, that such dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision (Art. 282).

6

In regard to seabed mining disputes, the Convention, in Section 5 of Part XI and in Annex VI, provides for a particular regime. This is another innovation inspired, in part, by the Court of Justice of the European Communities. By becoming a party to the Convention, a State becomes *ipso facto* subject to the jurisdiction of the Sea-Bed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea in all disputes arising in connection with activities in the Area. That would include disputes between States concerning the interpretation and application of Part XI, the 1994 Implementation Agreement and the relevant Annexes; disputes between a State and the International Sea-Bed Authority, and other disputes between parties to a contract –which may include not only States, the Authority and the Enterprise, but also natural or juridical persons (Art. 187).

The Assembly and Council of the International Sea-Bed Authority may request advisory opinions of the Sea-Bed Disputes Chamber (Art. 191).

7

Probably, the most important innovation in the Convention's regime for the compulsory settlement of disputes is the creation of the International Tribunal for The Law of the Sea with a broad *ratione materiae* and *ratione personarum* jurisdiction. This has served as a model for the establishment of other specialized courts or quasi judicial bodies in response to the transformation of the international society as a result of globalization: the participation of individual and non-State actors in the international system; the creation of new international institutions; and the expansion of the norms of

international law to areas formerly regulated exclusively by domestic law, among other factors.

The trend of creating specialized international judicial bodies, particularly in the case of The International Tribunal for The Law of the Sea, has prompted a debate among international lawyers. Some are of the opinion that “proliferation” of international tribunals leads to cases of overlapping jurisdictions, opening the way to “forum shopping”, giving rise to a serious risk of conflicting jurisprudence and to the fragmentation of international law. This view is shared by some former members of the International Court of Justice: Judges Shigeru Oda, Stephen M. Schwebel and Gilbert Guillaume.

In his course at The Hague Academy of International Law in 1993,¹¹ Judge Oda is critical of the creation of ITLOS. He says: “The Convention is so misguided as to deprive the ICJ of its role as the sole organ for the judicial settlement of ocean disputes by setting up a new judicial institution, ITLOS, in parallel with the long established Court.” In his opinion, because the law of the sea is an integral part of international law, “if the development of the law of the sea were to be separated from the genuine rules of international law and placed under the jurisdiction of a separate judicial authority, this could lead to the destruction of the very foundation of international law”.

In his address before the UN General Assembly in 1999, the then President Schwebel affirmed “[C]oncern that the proliferation of international tribunals might produce substantial conflict among them, and evisceration of the docket of the International Court of Justice, have not materialized, at any rate as yet”. However, “in order to minimize such possibility as may occur of significant conflicting interpretations of international law, there might be virtue in enabling other international tribunals to request advisory opinions of the ICJ on issues of international law that arise in cases before these tribunals that are of importance to the unity of international law.”

In his address before the UN General Assembly in 2000, his successor, President Guillaume, referred to “the problem raised for international law and the international community by the proliferation of international courts”. He alluded to overlapping jurisdiction, forum shopping, the risks of conflicting jurisprudence and the cohesiveness of international law. He endorsed the suggestion put forward by his predecessor in 1999.

Many international lawyers do not share these views. In the first place, the legal basis for the creation of new international tribunals is foreseen in

11 S. Oda “The International Court of Justice from the bench”, 244 *RCADI*, 1993–VII, 9, pp. 13-55.

article 95 of the Charter. As Judge Yankov has stated, “more than fifty years ago the drafters of the Charter in its Chapter XIV on the International Court of Justice with clear sightedness anticipated the need for States to make use of the plurality of options in choosing the appropriate means of dispute settlement.”¹²

Commenting on article 95 of the Charter, Kelsen observes: “Hence the Members . . . may establish a special court with compulsory jurisdiction, excluding the jurisdiction of any other tribunal, even the jurisdiction of the International Court of Justice established by the Charter”.¹³

Thus, the International Court of Justice, as was the case with the Permanent Court of International Justice, was not created with the purpose of establishing a centralized international judicial system.

The late Professor Jonathan I. Charney, in his Course at the Hague Academy in 1998, entitled “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?” has examined this issue exhaustively.¹⁴

In order to determine whether a large number of international forums deciding questions of international law will damage the coherence and legitimacy or cause a decrease in the importance of the International Court of Justice, Charney examines seven areas of international law: treaty law, state responsibility, compensation standards, exhaustion of local remedies, nationality and international maritime boundary law. He explores the jurisprudence of several fora in each area. In addition to the International Court of Justice, he looks at *ad hoc* tribunals, the Court of Justice of the European Communities, the regional courts of human rights, the GATT/WTO panels and other trade dispute settlements panels, the Iran – US Claims Tribunal and even various administrative tribunals of international agencies.

In concluding his study, Charney states, “that in several core areas of international law the different tribunals of the late twentieth century do share a coherent understanding of that law. Although differences exist, these tribunals are clearly engaged in the same dialectic. The fundamentals of general international law remain the same regardless of which tribunal is deciding this issue . . . the views of the ICJ, when on point, are given considerable weight . . . In my opinion, an increase in the number of international tribunals appears to pose no threat to international legal system . . . It

12 A. Yankov, “The International Tribunal for the law of the Sea: Its Place Within the Dispute Settlement System of the UN Law of the Sea Convention”, 37 *Ind J Int'l L*, 1997, 365.

13 H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, (New York, Praeger, 1950), p. 477.

14 J.I. Charney, “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?” 271 *RCADI*, 1998, 101-382.

is hard to argue that other tribunals have taken cases away from the ICJ . . . Nor does it appear likely that a decline of the ICJ is on the horizon . . . Rather, the overall increase in the role of international law in third party settlement of international disputes through law based forums seems to reflect an increase in the role of international law in third party settlements of international disputes . . . in recent years, the ICJ has had the heaviest caseload in history”.¹⁵

In the area of law of the sea, there are a number of disputes in respect of which an overlap of jurisdiction between International Court of Justice and International Tribunal for the Law of the Sea is unlikely to happen. Concerning jurisdiction *ratione materiae*, the Sea-Bed Disputes Chamber of International Tribunal for the Law of the Sea is almost exclusively competent for disputes arising in connection with activities in the Area and to give advisory opinions at the Assembly or the Council of the Authority. Furthermore, the Tribunal has the authority, subject to certain conditions, to prescribe, modify or revoke binding provisional measures in a dispute submitted by the parties to an arbitral tribunal. Lastly, it has also a sort of exclusive jurisdiction in prompt release of vessels and their crews. Regarding jurisdiction *ratione personae*, non-State parties have access to the International Tribunal for the Law of the Sea, whereas under the Statute of the International Court of Justice, only States may be parties in cases before the Court. In accordance with Articles 291 (1) and 305 of the Convention, self-governing associated States and territories enjoying full internal self-government, in addition to international organizations, provided that they have ratified or formally confirmed their adherence to the Convention, also have *locus standi* before the Tribunal. Moreover, article 20 (2) of its Statute stipulates that it shall be open to entities other than State Parties in any case expressly provided for in Part XI or in any case submitted pursuant to any other agreement conferring jurisdiction on the tribunal which is accepted by all the parties to that case. In cases under Part XI, these may include State enterprises, natural or juridical persons sponsored by a State Party or consortia composed of such enterprises or persons. In cases submitted on the basis of other agreements, it may include corporations, international organizations and other entities.

The case law of maritime delimitation – the area of the law of the sea where the international Court of Justice has decided a good number of cases, “demonstrates how the ICJ and *ad hoc* arbitration tribunals can

15 *Ibid.*, pp. 347, 349 and 359.

engage in a symbiotic relationship”.¹⁶ In fact, “a consistent jurisprudence on this international law subject has been developed by the ICJ and several *ad hoc* tribunals, which, unlike the ITLOS and the ICJ, are not standing universal judicial bodies and whose composition reflect the diversity of the international community”¹⁷

Another risk mentioned by the critics of the multiplicity of specialized international tribunals is “forum shopping”. However, this is – as Treves observes –, “the perfect legitimate search by parties and their counsel of the forum that appears most favorable to their interest.”¹⁸ It also encourages acceptance by States of the judicial or arbitral settlement of international disputes, thereby increasing the role of international law.

Finally, it is argued that the multiplicity of tribunals in a decentralized judicial system will result in the fragmentation of international law. However, the existence of different international fora for the settlement of disputes goes back to the beginning of international arbitration. A number of arbitral tribunals coexisted with the Permanent Court of International Justice and continue to coexist today with its successor. The study by Charney reveals that “while differently, the variations do not loom so large that they could possibly undermine the legitimacy of international law or the importance of the International Court itself.”¹⁹ In his address to the UN General Assembly in 1999, President Schwebel stated that proliferation created a risk of conflicting decisions, but, he added, “this risk should not be exaggerated.”

Judge Rosalyn Higgins, in analyzing the question of the multiplication of international legal institutions, mentions among the main features of the present state of affairs with regard to international litigation, the vast corpus of norms of international law, the indefinite expansion of subject matter, and the effects of globalization that “have encouraged the realization that at least in certain . . . areas of international law, actors other than States have access to the legal procedures”.²⁰ As a result, “we have today a certain decentralization of some of the topics with which the ICJ *can* in principle deal to new highly specialized bodies, whose members are experts in a subject matter which becomes even more complex, which are open to non-state actors,

16 *Ibid.*, p. 315.

17 This argument was raised by Prof. Oxman at the 96th Annual Meeting of the ASIL in the Panel on “The ‘Horizontal’ Growth of International Law and Tribunals: Challenges or Opportunities?”, Washington, D.C., 16 March 2002.

18 T. Treves, *supra* (note 3), p. 74.

19 H. Kelsen, *supra* (note 13), p. 355.

20 R. Higgins, “Respecting Sovereign and Running a Tight Courtroom”, 50 *ICLQ*, 2001, 121.

and which can respond rapidly. I think this is an inevitable consequence of the busy and complex world in which we live and not a cause of regret.”²¹

In respect of the suggestions by Presidents Schwebel and Guillaume, she further states: “I do not agree with the call of successive Presidents, made at the UN General Assembly, for the ICJ to provide advisory opinions to the other tribunals on points of international law. This seeks to re-establish the old order of things and ignores the very reasons that have occasioned the new decentralization.”²²

In quite similar terms, Brownlie stated: “In fact, I think the multiplicity of tribunals reflects the multiplicity of relations between states, the complexities of regional customs and way of doing things. It gives a wide range of preferences so you may have a State that is quite happy to use one mechanism but not another, there is a choice. There is competition between the international courts of arbitration, not an antagonistic competition but a simple competition. If everybody used arbitration, the people in Hague would get less business and they would not be too happy about that. But it is not an antagonistic competition, it is a set of options of procedural options and I see no great harm in it . . . it reflects the complexity of the world.”²³

In discussing the establishment of the Hamburg Tribunal, Rosenne has stated that “(T)here is no evidence to support the view that a multiplicity of international judicial institutions for the settlement of disputes seriously impairs the unity of jurisprudence (a difficult proposition at the best of times). The Convention requires ITLOS to perform tasks that are beyond the competence of the International Court under its present Statute. If only for that reason, the cautious observer will hesitate before crying redundant.”²⁴

In an inaugural lecture on “The Shortcomings of International Law” delivered at Oxford University in 1924, Brierly, in his wisdom, reminded us that “[L]aw, after all, is only a means to an end, and that end is to assist in solving the problems of the society in and for which it exists.”²⁵

The ends and the *raison d'être* of international law are to contribute to the solution of the problems of the international society through international cooperation, to strengthen the rule of law and to promote the peace-

21 *Ibid.*, 122.

22 *Ibid.*

23 I. Brownlie, “The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice”, Blaine Sloan Lecture, 7 *Pace University School of Law International Law Review*, 1995, 276.

24 S. Rosenne, “Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea”, 89 *ASIL*, 1996, 814.

25 H. Lauterpacht, C.H.M. Waldock (eds.), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly* (Oxford, Oxford University Press, 1958), p. 72.

ful settlement of international disputes. The creation of specialized tribunals, like ITLOS, is a step towards the realization of those fundamental goals.

What can be further stated on the alleged risk of fragmentation of international law? As Judge Treves rightly says, “[D]ivergent decisions of different judicial bodies may not always be synonymous of fragmentation of international law.” In support of the opinion that the existence of different views has always been fuel for the development of international law, he recalls “the harmonious coexistence in the field of delimitation of maritime areas of the jurisprudence of the Hague Court and of arbitral tribunals” and asks: why should not the reciprocal influence of the perhaps sometimes divergent decisions of the Hague Court and the Hamburg Tribunal yield a similar positive result? After stating that the function of international judicial bodies is mainly to prevent and settle disputes, and if it happened that, because of the presence of ITLOS a lesser number of conflicts were to arise and that those which arose were settled as legal disputes, he asks, “wouldn’t this mark a progress for international law and the international community? Wouldn’t this dwarf the disadvantages represented by some differences in the contents of the achievement of the various tribunals?”²⁶

What happens if the achievement of the ends of international law comes at some risk to the theoretical unity of international law? Professor Oxman gives an unmistakable answer: “I for one believe the risk is worth taken, is likely to prove manageable, and if not can be addressed when we know more about the nature of the problem and the workability of alternative solutions.”²⁷

26 T. Treves, *supra* (note 3), pp. 85-86.

27 J.I. Charney, *supra* (note 14).

L'OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE SELON L'AVIS
CONSULTATIF RELATIF AUX CONSÉQUENCES
JURIDIQUES DE L'ÉDIFICATION D'UN MUR DANS LE
TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

*Christian Dominicé**

1 INTRODUCTION

1. Au cours de sa belle carrière d'universitaire, de diplomate, de juge, Lucius Caflisch a manifesté, entre autres sujets de prédilection, un intérêt marqué pour la question du règlement pacifique des différends internationaux, ce qu'attestent de substantielles publications¹ ainsi que la part qu'il a prise dans l'établissement de la Convention de Stockholm de 1992².

2. Parmi les procédures auxquelles l'on a parfois recours pour contribuer à trouver une solution à un différend, l'on rencontre la demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice.

* Professeur honoraire de l'Université de Genève et de l'Institut universitaire de hautes études internationales, membre de l'Institut de Droit international.

L'auteur tient à exprimer sa gratitude à M. Djacoba Liva Tehindrazanarivelo, collaborateur d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et chargé d'enseignement invité à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, qui lui a apporté une collaboration particulièrement précieuse.

- 1 Cf., entre autres, « L'avenir de l'arbitrage interétatique », XXV *AFDI*, 1979, 9-45 ; « Vers des mécanismes paneuropéens de règlement pacifique des différends », 97 *RGDIP*, 1993, 1-38 ; (éd.), *Règlement pacifique des différends entre Etats: Perspective universelle et européenne*, vol. 36 (La Haye, Kluwer Law International, Nijhoff Law Specials, 1998), p. 148; et « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », 288 *RCADI*, 2001, 246-467.
- 2 Convention relative à l'arbitrage et à la conciliation au sein de la CSCE, conclue le 15 décembre 1992 ; cf. L. Caflisch, "The OSCE Court of Conciliation and Arbitration: Some Facts and Issues", in: M. Bothe, N. Ronzitti, A. Rosas (eds), *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security. Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes* (The Hague, Kluwer, 1997), pp. 381-408.

S'il s'agit là d'une procédure particulièrement légitime et utile lorsque se révèlent des divergences d'opinions ou des incertitudes sur une question d'ordre constitutionnel, il est d'autres circonstances dans lesquelles le recours à la procédure consultative peut être jugé moins opportun, sauf à prendre certaines précautions.

Ainsi en va-t-il lorsque la question soumise à la Cour concerne un différend actuel entre « acteurs internationaux ». Il faut entendre par là, pour notre propos, les Etats ainsi que des entités non-étatiques mais qui présentent certaines des caractéristiques de l'Etat. Les organisations internationales gouvernementales sont d'autres types d'acteurs internationaux, mais qui ne sont pas pris en considération dans le présent article.

3. L'avis consultatif rendu le 9 juillet 2004 par la Cour internationale de Justice au sujet des « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé »³ est précisément de ceux qui prennent place dans la catégorie à laquelle il vient d'être fait allusion. En effet, la demande d'avis porte sur un élément du conflit plus vaste qui oppose l'Etat d'Israël à la Palestine, deux acteurs internationaux au sens où ils sont entendus ici.

C'est sans doute face à de tels conflits bilatéraux (ou, le cas échéant, multilatéraux) que surgit avec une acuité toute particulière la question de l'opportunité judiciaire pour la Cour de répondre à la demande d'avis.

C'est l'occasion de rappeler, comme la Cour le fait à chaque fois, ce que signifie l'expression « opportunité judiciaire » et ce qui la distingue de la compétence.

2 COMPÉTENCE ET OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE

4. La question de sa compétence est celle que la Cour doit résoudre en premier lieu, en examinant si la demande d'avis répond aux exigences des articles 96 de la Charte des Nations Unies, et 65 du Statut de la Cour⁴. Il s'agit de déterminer si la demande d'avis émane d'un organe, ou d'une institution, qui a reçu compétence à cet effet, il s'agit aussi de dire si cette demande porte bien sur une question juridique.

On observera que c'est une seule fois que l'actuelle Cour s'est déclarée incompétente, refusant du même coup de donner l'avis consultatif qui lui

3 *CIJ Recueil 2004*, p. 136.

4 Cf. H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 (Part Eleven)", 71 *BYIL*, 2000, 91.

était demandé par l'OMS. Elle estima que la question posée par cette Organisation se situait en dehors de son champ d'activité, ce qui n'était pas conforme aux exigences de l'article 96, 2 de la Charte⁵.

5. Dans l'affaire du *Mur* en territoire palestinien occupé, la Cour a estimé qu'elle avait « compétence pour donner l'avis consultatif demandé par la résolution ES-10/14 de l'Assemblée générale » (par. 42)⁶. Elle a cependant été amenée à examiner de près, pour les réfuter, divers arguments avancés pour lui faire dire qu'elle n'avait pas compétence pour donner l'avis sollicité par l'Assemblée générale. Il n'y a pas lieu de s'y arrêter ici en détail. Il suffira de rappeler qu'il a été plaidé, mais en vain, que l'Assemblée générale avait outrepassé sa compétence, en violation de l'article 12, 1, de la Charte ; que la demande d'avis ne satisfaisait pas aux conditions essentielles de la résolution 377 (V) au titre de laquelle la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée avait été convoquée ; que des irrégularités auraient entaché cette dixième session extraordinaire d'urgence ; que la question posée n'avait pas un caractère juridique ; et enfin que cette question avait un caractère politique⁷.

6. La question de l'opportunité judiciaire, qui va se poser dans le cas seulement où la Cour a compétence, est d'une nature différente. Elle s'inscrit dans la perspective de ce que l'on a convenu d'appeler le pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il résulte du texte de l'article 65, 1, du Statut de la Cour selon lequel celle-ci « peut [*may*, en anglais] donner un avis consultatif sur toute question juridique . . . »

Il s'agit pour elle, face à une demande d'avis à l'égard de laquelle elle a compétence, de déterminer s'il est judicieux, opportun, nécessaire, de donner cet avis.

7. A vrai dire, et comme on a pu le démontrer de manière convaincante⁸, quand bien même elle souligne à chaque fois le principe de son pouvoir

5 *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, p. 66.

6 L'avis demandé par l'Assemblée générale est libellé comme suit : « Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième Convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale? » (A/RES/ES-10/14, 8 décembre 2003).

7 Cf. *CIJ Recueil 2004*, par. 24-41.

8 Cf. G. Abi-Saab, "On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice", in : L. Boisson de Chazournes, Ph. Sands (eds), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999), p. 36 ; R. Kolb, « De la prétendue discrétion de la Cour internationale

discrétionnaire⁹, la Cour en réalité estime que sauf raison décisive elle doit rendre l'avis demandé. C'est ce que rappelle l'avis du 9 juillet 2004, au par. 44 :

La Cour n'en garde pas moins présent à l'esprit que sa réponse à une demande d'avis consultatif 'constitue sa participation... à l'action de l'Organisation et [que], en principe, elle ne devrait pas être refusée' (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71 ; voir également, par exemple, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, pp. 78-79, par. 29). Compte tenu de ses responsabilités en tant qu' 'organe judiciaire principal des Nations Unies' (article 92 de la Charte), la Cour ne devrait pas en principe refuser de donner un avis consultatif. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, il faudrait des 'raisons décisives' pour l'amener à opposer un tel refus (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 155 ; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, pp. 78-79, par. 29).

8. Le rappel constant, par la Cour, de son pouvoir discrétionnaire est dû sans doute au respect qu'elle entend manifester à l'égard d'un article de son Statut (l'article 65), mais s'explique aussi par son désir de conserver la possibilité de réagir comme il lui conviendra dans des circonstances particulières qui pourraient se présenter à elle¹⁰.

Il demeure qu'en principe la Cour donne l'avis consultatif qui lui est demandé, sauf raisons décisives lui enjoignant d'opposer un refus à cette demande.

9. Dans l'affaire de l'édification du mur, la Cour n'a pas manqué d'être saisie d'arguments tendant à lui faire décliner de donner l'avis demandé¹¹.

de Justice de refuser de donner un avis consultatif », in : L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debbas (éd.), *L'ordre juridique international : un système en quête d'équité et d'universalité. Liber Amicorum G. Abi-Saab*, (The Hague, Kluwer Law International, 2001), p. 609.

9 Ainsi, dans l'avis consultatif du 9 juillet 2004, par. 44 : « La Cour a maintes fois eu par le passé l'occasion de rappeler que le paragraphe 1 de l'article 65 du Statut, selon lequel '[l]a Cour *peut* donner un avis consultatif...' (les italiques sont de la Cour), devait être interprété comme reconnaissant à la Cour le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif même lorsque les conditions pour qu'elle soit compétente sont remplies (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996 (I)*, pp. 234-235, par. 14) ».

10 Cf. R. Kolb, *loc. cit.* (note 8), p. 627.

11 Les commentaires portant sur l'avis du 9 juillet 2004 offrent un large éventail d'opinions sur la question de l'opportunité judiciaire ; voir, entre autres, la série d'articles publiés par l'*AJIL*, vol. 99, N° 1, 2005, 1-141.

Le premier de ces arguments alléguait que, dès lors que l'avis devait porter sur un élément d'un différend opposant deux acteurs internationaux (Israël et la Palestine), donner suite à la demande d'avis équivaldrait à circonvier ou tourner l'exigence du consentement en matière contentieuse. Ce serait incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour.

Cet argument est précisément celui qui constitue le principal propos du présent article. Il sera examiné ci-après.

Auparavant, il y a lieu de s'arrêter brièvement aux autres arguments avancés pour convaincre la Cour qu'il serait inopportun de répondre à la demande d'avis.

3 DES ARGUMENTS ÉCARTÉS

10. Mise à part la question du différend actuel entre deux acteurs internationaux, quatre arguments relatifs à l'opportunité judiciaire ont été présentés à la Cour.

On a fait valoir que l'avis consultatif pourrait faire obstacle à un règlement politique négocié du conflit israélo-palestinien¹². Allusion a été faite notamment à la « feuille de route », entérinée par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1515 (2003).

Rappelant que des arguments analogues lui ont été soumis dans le passé¹³, la Cour estime que l'influence que l'avis pourrait avoir sur les négociations en cours n'apparaît pas de façon évidente, de sorte que ce facteur ne constitue pas pour elle une raison décisive de refuser d'exercer sa compétence (par. 53). Il en va de même du fait que la demande d'avis porte sur un élément d'un conflit plus vaste, ce dont la Cour peut tenir compte.

11. Autre argument, la Cour ne disposerait pas des faits et des éléments de preuve lui permettant d'exercer sa compétence¹⁴. Elle estime qu'il lui appartient d'apprécier dans chaque cas si elle est en possession des renseignements qui lui sont nécessaires pour parvenir à des conclusions, et constate qu'en l'occurrence elle dispose d'un volumineux dossier et d'autres informations suffisantes.

12 *CIJ Recueil 2004*, p. 159, par. 51-54.

13 Elle se réfère particulièrement à ses deux avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*CIJ Recueil 1996 (I)*, p. 237, par. 17) et à celui sur le *Sahara occidental* (*CIJ Recueil 1975*, p. 37, par. 73).

14 *CIJ Recueil 2004*, p. 160, par. 55 à 58.

On peut observer ici que, pour la Cour, le défaut de renseignements pourrait, dans d'autres circonstances, constituer un motif de ne pas donner l'avis demandé. Elle rappelle en effet que «... dans la procédure concernant le *Statut de la Carélie orientale*, la Cour permanente de Justice internationale a refusé de donner un avis, entre autres, parce que la question posée 'soulevait des points de fait qui ne pouvaient être éclaircis que contradictoirement' (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, C.I.J. Recueil 1950, p. 72* ; voir *Statut de la Carélie orientale, C.P.J.I. série B n° 5, p. 28*) »¹⁵.

12. Il a été également plaidé devant la Cour que l'avis demandé ne serait d'aucune utilité, l'Assemblée générale s'étant déjà prononcée sur l'illégalité du mur.

La Cour rappelle que l'objet d'un avis est de fournir aux organes qui la sollicitent les éléments de caractère juridique qui leur sont nécessaires dans le cadre de leurs activités. En l'espèce, c'est à l'Assemblée générale qu'il appartient de déterminer ce dont elle a besoin et l'usage qu'elle entend faire de l'avis. La Cour ne saurait substituer son appréciation à la sienne.

13. Dernier argument auquel la Cour accorde son attention, la thèse selon laquelle la Palestine, responsable des actes de violence auxquels le mur vise à parer, ne saurait demander à la Cour de remédier à une situation résultant de ses propres actes illicites¹⁶.

Cet argument est rapidement écarté pour défaut de pertinence, car l'avis « serait donné à l'Assemblée générale et non à un Etat ou une entité déterminés ».

14. En bref, ces divers arguments ont été écartés ici, mais l'un ou l'autre aurait pu, dans un autre contexte, revêtir un caractère décisif. Nous pensons particulièrement à celui qui alléguait l'insuffisance des renseignements sur les faits. C'est d'ailleurs sur cet argument que le juge Burgenthal s'est fondé pour estimer que la Cour aurait dû refuser de donner l'avis, ce qui l'a amené à émettre un vote négatif sur tous les prononcés relatifs au fond¹⁷.

Cependant, comme déjà indiqué, c'est le motif déduit de la relation entre la demande d'avis et un conflit bilatéral entre acteurs internationaux, écarté lui aussi par la Cour, qui suscite le plus d'interrogations.

15 *Ibid.*, p. 161, par. 56.

16 *Ibid.*, p. 163, par. 63-64.

17 Déclaration, *CIJ Recueil 2004*, p. 240.

4 AVIS CONSULTATIF ET DIFFÉREND ENTRE ACTEURS INTERNATIONAUX

15. Rappelons que nous visons ici, en tant qu'acteurs internationaux, uniquement des Etats ou entités semi-étatiques. Ce n'est pas dire qu'il ne puisse y avoir des similitudes ou analogies lorsque le différend oppose une organisation internationale à un Etat, mais les cas de figure illustrés par la pratique sont assez différents les uns des autres.

Par exemple, dans certains cas de différends entre l'ONU et un Etat, la demande d'avis consultatif constitue simplement un moyen de pression sur l'Etat en cause. Ainsi en alla-t-il dans le cas du Bureau de l'OLP à New York¹⁸, ou encore dans l'affaire du Rapporteur spécial Dumitru Mazilu¹⁹. Le cas de figure était différent dans le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*²⁰ car il y avait en l'occurrence une clause prévoyant l'acceptation par les parties du caractère obligatoire de l'avis consultatif. En réalité, sauf cet aspect, la demande d'avis était analogue à celle qui concernait le Rapporteur spécial Dumitru Mazilu.

Autre exemple, l'avis demandé dans l'affaire de la *Namibie*²¹ présente certains traits similaires à l'affaire du *Mur*, mais il n'y a pas véritablement analogie²².

16. Dans l'affaire du *Mur*, qui concernait très directement le différend entre Israël et la Palestine, la Cour a rappelé le principe qui doit déterminer sa décision en matière d'opportunité judiciaire, en se référant à un précédent avis : « . . . la Cour a expliqué dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental* qu'elle avait 'ainsi reconnu que le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre' ». Et la Cour de poursuivre :

Le défaut de consentement d'un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de

18 *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif du 9 mars 1988, *CIJ Recueil 1988*, p. 3.

19 *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif du 15 décembre 1989, *CIJ Recueil 1989*, p. 177.

20 Avis consultatif du 28 avril 1999, *CIJ Recueil 1999*, p. 62.

21 *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *CIJ Recueil 1971*, p. 16.

22 Voir sur ce point l'opinion individuelle de Mme Higgins, *CIJ Recueil 2004*, p. 207, par. 2-6.

répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. (*Sahara occidental, C.I.J., Recueil 1975*, p. 25, par. 32-33).

En l'occurrence, la Cour avait accepté de donner l'avis demandé, au motif que la controverse juridique avait surgi lors des débats de l'Assemblée générale et qu'elle n'était pas née indépendamment, dans le cadre de relations bilatérales. Elle observa en outre qu'il s'agissait « . . . d'obtenir de la Cour un avis consultatif que l'Assemblée générale estime utile pour pouvoir exercer comme il convient ses fonctions relatives à la décolonisation du territoire »²³.

17. Si, dans l'affaire du *Mur*, après avoir rappelé le principe déterminant et son application dans le cas du *Sahara occidental*, la Cour a décidé de déférer à la demande d'avis, c'est parce qu'elle a jugé que la question qui lui était posée ne pouvait être considérée seulement comme une question bilatérale entre Israël et la Palestine (par. 49).

Elle estima que compte tenu des responsabilités de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de la Palestine, la question posée intéressait « tout particulièrement les Nations Unies » (par. 50).

Elle reconnut donc bien qu'elle était appelée à se prononcer sur un élément d'un différend bilatéral, mais le fait que les Nations Unies soient tout particulièrement intéressées à la question suffisait pour lui faire accepter de donner l'avis demandé.

18. Cette manière de traiter la question de l'opportunité judiciaire n'a pas fait l'unanimité au sein de la Cour. Quelques juges, sans pour autant aller jusqu'à refuser de répondre à la demande d'avis, ont exprimé des critiques ; particulièrement Mme Higgins, pour qui l'on se trouve bien ici en présence d'un différend entre deux acteurs internationaux, dont la demande d'avis vise l'un des éléments. Contrairement à l'affaire du *Sahara occidental*, où il s'agissait pour l'Assemblée de pouvoir exercer ses fonctions relatives à la décolonisation, l'on est ici dans une situation où l'avis sera utilisé par l'Assemblée dans la recherche d'un règlement du différend. Or, dit Mme Higgins, la Cour n'en tient pas compte, de sorte que l'avis a pour effet de réviser, et non d'appliquer, la jurisprudence²⁴.

De plus, il aurait fallu, s'agissant du droit international humanitaire, rappeler le contexte général du conflit et appeler les parties à respecter leurs obligations. L'avis est déséquilibré, à ses yeux.

23 *CIJ Recueil 1975*, p. 27.

24 *CIJ Recueil 2004*, p. 210, par. 12.

Le juge Owada²⁵ estime lui aussi que l'existence d'un différend bilatéral ne doit pas nécessairement empêcher la Cour d'exercer sa compétence consultative, mais qu'elle doit veiller à respecter certains principes, dont celui de l'égalité des parties²⁶, et il pense lui aussi que la Cour devait accorder davantage d'attention au contexte où prenaient place les questions posées.

Quant au juge Kooijmans²⁷, qui partage les hésitations de ses collègues Higgins et Owada, il est d'avis, notamment, que la demande d'avis n'était pas « juridiquement neutre », mais il convient que la situation entre Israël et la Palestine présente un intérêt légitime pour la communauté internationale de sorte que la Cour, en donnant l'avis, ne tourne pas le principe du consentement.

19. Il faut bien constater que la Cour, après avoir reconnu que la demande d'avis était en étroite relation avec un conflit entre Israël et la Palestine, ne s'est guère expliquée sur son attitude à l'égard de cette situation. Elle s'est bornée à dire que la question dont elle était saisie n'était pas seulement une question bilatérale entre ces deux acteurs internationaux. Elle intéressait particulièrement les Nations Unies, ce qui suffisait pour qu'il soit donné suite à la requête de l'Assemblée générale.

Ce faisant, elle s'est certainement écartée de sa jurisprudence²⁸.

20. Un premier cas où elle fut mise en présence d'une situation litigieuse entre des Etats est l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix, conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*²⁹. La Cour avait rappelé que l'absence de consentement des Etats parties à un différend n'était pas un motif suffisant, en matière consultative, pour refuser la demande d'avis. Elle souligna cependant que certaines limites étaient apportées à son obligation de répondre à une telle demande, limites tenant à sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies. Dans le cas d'espèce, elle prit grand soin de préciser que son avis portait exclusivement sur la question du règlement des différends par les commissions prévues par les traités de paix, et non pas sur le problème de fond, qui était le respect des droits de l'homme par les trois Etats :

25 Opinion individuelle, *CIJ Recueil 2004*, p. 260.

26 Le juge Owada estime qu'Israël aurait dû bénéficier d'un juge *ad hoc* ; *CIJ Recueil 2004*, p. 266, par. 19.

27 Opinion individuelle, *CIJ Recueil 2004*, p. 219.

28 Voir l'analyse fouillée de la jurisprudence pertinente de la CPJI et de la Cour actuelle faite par M. Pomerance, "The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial", 99 *AJIL*, N° 1, 2005, 26-42.

29 *Première phase*, *CIJ Recueil 1950*, p. 71.

Ainsi qu'il a été dit, la présente demande d'avis concerne uniquement l'applicabilité à certains différends de la procédure de règlement instituée par les traités de paix, et il est permis d'en conclure qu'elle ne touche assurément pas le fond même de ces différends. Pour le surplus, le règlement de ces différends étant entièrement réservé aux commissions prévues par les traités de paix, c'est à ces commissions qu'il appartiendra de statuer sur toutes contestations qui, pour chacun de ces différends, seraient élevées contre leur propre compétence, contestations dont le présent avis ne préjuge aucunement la solution. Il en résulte que la position juridique des parties à ces différends ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées³⁰.

Voici donc le critère décisif : en répondant à une demande d'avis, la Cour doit veiller à ne pas compromettre la position juridique des parties à un différend. On ne peut manquer d'y penser à propos de l'avis relatif à la construction du mur.

21. Dans l'affaire du *Sahara occidental*³¹, la Cour a reconnu dans son ordonnance du 22 mai 1975 qu'il y avait un différend juridique entre le Maroc et l'Espagne au sujet du territoire du Sahara occidental, au point qu'en application de l'article 89 du Règlement (aujourd'hui art. 102) le Maroc a été autorisé à désigner un juge *ad hoc*³².

L'avis du 16 octobre 1975 réitère cette constatation (p. 15). Il précise également (p. 22) que le différend entre les deux Etats porte sur la question de savoir si le Sahara était *res nullius*, thèse de l'Espagne, alors que le Maroc prétendait le contraire³³.

Néanmoins, la Cour estime devoir répondre à la demande d'avis. Elle rappelle, certes :

Ainsi le défaut de consentement d'un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant³⁴.

Elle souligne cependant ce qui, dans le cas d'espèce, est déterminant pour elle :

30 *CIJ Recueil 1950*, p. 72.

31 *CIJ Recueil 1975*, p. 12.

32 *Ibid.*, p. 6.

33 *Ibid.*, p. 22, par. 26. Le Maroc avait proposé en 1974 que cette question fût soumise à la CIJ, mais l'Espagne n'y avait pas consenti.

34 *Ibid.*, p. 25, par. 33.

L'Assemblée générale n'a pas eu pour but de porter devant la Cour, sous la forme d'une requête pour avis consultatif, un différend ou une controverse juridique, afin d'exercer plus tard, sur la base de l'avis rendu par la Cour, ses pouvoirs et ses fonctions en vue de régler pacifiquement ce différend ou cette controverse. L'objet de la requête est tout autre : il s'agit d'obtenir de la Cour un avis consultatif que l'Assemblée générale estime utile pour pouvoir exercer comme il convient ses fonctions relatives à la décolonisation du territoire (C.I.J., Recueil 1975, pp. 26 et 27, par. 39).

C'est cette participation de la Cour, principal organe judiciaire des Nations Unies, à l'œuvre de décolonisation entreprise dès longtemps par l'Assemblée générale, qui justifie une réponse positive à la demande d'avis.

22. La conclusion qu'en tire la Cour est la suivante :

“Il en résulte que la position juridique de l'Etat qui a refusé son consentement à la présente instance ‘ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées’ (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, C.I.J. Recueil 1950, p. 72*)”.

Cette dernière phase mérite d'être mise en parallèle avec le dispositif de l'avis, qui, en réponse à la question I, dit

que le Sahara occidental (Rio de Oro et Sakiet El Hamra) n'était pas un territoire sans maître (*terra nullius*) au moment de la colonisation par l'Espagne.

C'est exactement la réponse donnée au différend entre l'Espagne et le Maroc, tel qu'il est décrit par l'avis consultatif lui-même (voir *supra*). Il paraît difficile d'affirmer que, dans ce différend bilatéral, la position juridique de l'Espagne n'est pas « compromise » par l'avis sur le *Sahara occidental*. Ce n'eût pas été, à nos yeux, une raison suffisante pour refuser de donner l'avis, pour des raisons qui seront développées ci-après. Nous y reviendrons.

23. A l'évidence, et pour reprendre, à l'inverse, les termes de l'avis sur le *Sahara occidental*³⁵, l'objet de la requête de l'Assemblée générale dans l'affaire du *Mur* était bien de porter devant la Cour un différend ou une controverse juridique afin d'exercer plus tard, sur la base de l'avis rendu par

35 Voir l'opinion individuelle du juge Higgins qui signale à juste titre, après avoir cité l'avis de 1975, qu'avec l'affaire du *Mur* l'on se trouve dans la « situation contraire » (*CIJ Recueil 2004*, p. 210, par. 12).

la Cour, ses pouvoirs et ses fonctions en vue de régler pacifiquement ce différend ou cette controverse.

Cela résulte de la teneur de la résolution ES-10/14, particulièrement de son dix-huitième considérant :

Affirmant qu'il est nécessaire de mettre fin au conflit sur la base d'une solution permettant aux deux Etats, Israël et la Palestine, de vivre côte à côte dans la paix et la sécurité et dans le respect de la ligne d'armistice de 1949, conformément aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale.

Comme l'avis le souligne, le différend au sujet du mur, n'est qu'un élément d'un conflit plus vaste. Il n'en demeure pas moins que la demande d'avis porte sur des questions litigieuses entre ces deux acteurs internationaux que sont Israël et la Palestine. Israël n'a pas manqué de le rappeler³⁶ en soulignant qu'il n'avait pas accepté la juridiction de la Cour.

Cependant, après avoir relevé que l'absence de consentement à la juridiction contentieuse de la Cour de la part des Etats intéressés était sans effet sur sa compétence de donner un avis consultatif, la Cour, comme déjà indiqué, estima que sous l'angle de l'opportunité judiciaire il n'y avait pas lieu pour elle d'opposer un refus à la requête de l'Assemblée générale. L'argument essentiel à cet égard a été de dire qu'il ne s'agissait pas seulement d'une question bilatérale entre Israël et la Palestine, mais d'une question qui intéressait tout particulièrement les Nations Unies, en raison des responsabilités de l'Organisation et de sa préoccupation constante à ce sujet.

Comme on l'a vu, cette position de la Cour sur la question de l'opportunité judiciaire a suscité chez quelques juges un certain malaise, qui n'a cependant pas été jusqu'à les inciter à dire qu'il ne fallait pas donner suite à la demande d'avis³⁷.

C'est donc sur ce point qu'il y a lieu de s'interroger, et de déterminer quels sont les enseignements à tirer de l'avis consultatif du 9 juillet 2004.

24. Il y a sans doute d'importantes différences, quant à l'objet de la requête, entre les deux avis consultatifs relatifs au *Sahara occidental* et aux *Conséquences juridiques de la construction du mur*. Cependant, il y a quelques similitudes.

36 *CIJ Recueil 2004*, p. 157, par. 46.

37 Rappelons que c'est pour d'autres motifs que le juge Burgenthal a estimé que la Cour aurait dû s'abstenir ; non pas en raison d'un litige pendant entre deux acteurs internationaux, mais parce que des éléments de fait faisaient défaut (voir *CIJ Recueil 2004*, p. 240, par. 1).

Dans les deux cas, la Cour a déclaré que la question qui lui était soumise ne pouvait être considérée seulement comme une question bilatérale. Dans les deux cas, elle a souligné l'implication des Nations Unies et le fait que l'Assemblée générale avait estimé que l'avis demandé pourrait lui être utile.

La grande différence réside dans la finalité de la demande d'avis. Dans l'affaire du *Sahara occidental*, la préoccupation principale était la conduite du processus de décolonisation et les questions posées portaient sur quelques éléments d'appréciation dans cette optique. En revanche, dans l'affaire du *Mur*, alors que les Nations Unies ont la responsabilité de tenter de trouver une solution au conflit douloureux qui oppose Israël et la Palestine, c'est sur un élément litigieux de la situation que porte la requête pour avis.

Il demeure que dans les deux cas, qu'on le veuille ou non, la réponse donnée par l'avis se prononce sur une question juridique controversée entre deux acteurs internationaux.

Il faut bien admettre, quoi qu'en dise la Cour, qu'il y a des circonstances particulières dans lesquelles le respect de sa fonction judiciaire ne l'empêche pas de « tourner l'exigence du consentement » afin de répondre à une demande d'avis.

Il s'agit de déterminer quelles sont ces circonstances.

25. Dans l'affaire du *Sahara occidental*, le but poursuivi par l'Assemblée générale n'était pas de demander à la Cour de se prononcer sur une question litigieuse entre deux Etats, mais de lui fournir certains repères juridiques afin de faire avancer le processus de décolonisation. Il se trouvait que l'un de ces repères était l'objet d'une controverse entre deux Etats mais une controverse juridique sur laquelle la Cour pouvait s'exprimer, nonobstant l'absence de consentement de l'Espagne, car la question à trancher s'inscrivait dans un contexte différent du litige bilatéral et n'était qu'une étape préliminaire dans la démarche de la Cour.

26. Le cas du *Mur* est différent. L'Assemblée générale a délibérément interrogé la Cour sur un élément d'un différend plus vaste, à l'égard duquel elle assume des responsabilités, et cela sans le consentement d'Israël. Fallait-il refuser de donner l'avis ? Sans doute non, mais il fallait alors donner une explication convaincante, ce que la Cour ne fait pas, car elle se borne à dire que l'avis est demandé au sujet d'une question qui intéresse tout particulièrement les Nations Unies. Or l'on sait que, n'ayant pas *per se* l'autorité de la chose jugée, la valeur d'un avis consultatif réside dans son argumentation et dans l'assimilation de son processus de prise de décision à celui de la procédure contentieuse.

A vrai dire, il appartenait à la Cour de constater que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité s'étaient exprimés à plusieurs reprises sur le

conflit et qu'en étant consultée sur un aspect de celui-ci, elle avait l'occasion, en sa qualité d'organe judiciaire, d'apporter des éléments juridiques objectifs destinés à encadrer l'action des organes politiques. Cet aspect de sa fonction judiciaire devait l'emporter sur celui qui lui fait obligation de refuser d'exprimer son avis sur une question litigieuse, en l'absence du consentement des acteurs intéressés. Procéder de cette façon à l'égard d'un conflit dont, de toute manière, les principaux organes politiques de l'ONU sont saisis, c'est pour la Cour avoir la possibilité de rappeler le cadre général du conflit et les obligations pesant sur toutes les parties³⁸. C'est aussi l'occasion pour elle, s'il y a lieu, d'indiquer ce qu'il peut y avoir d'erroné dans des prises de position des organes politiques.

Dans le cas du *Mur*, la Cour ne s'est pas acquittée convenablement de sa mission car elle n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles, nonobstant le défaut de consentement d'Israël, elle estimait devoir donner l'avis demandé, et elle n'a pas rééquilibré la vision du conflit.

5 OBSERVATIONS FINALES

27. Il paraît opportun de commencer par deux observations.

a) Comme la Cour l'a répété à plusieurs reprises, le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'article 65 de son Statut ne doit pas leurrer. Si elle a compétence, elle se sent tenue de répondre à la demande d'avis, sauf « raison décisive », nous l'avons vu³⁹.

b) Il n'est pas invraisemblable que la demande d'avis porte sur une question juridique pendante entre deux ou plusieurs Etats – nous pourrions dire acteurs internationaux – car c'est ce que laisse entendre l'article 102, 3, du Règlement de la Cour :

3. Si l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, l'article 31 du Statut est applicable, ainsi que les dispositions du présent Règlement qui pourvoient à l'application de cet article.

L'hypothèse d'une procédure consultative portant sur un différend pendant entre deux acteurs internationaux est donc sérieusement envisagée par cette

38 Voir dans ce sens l'opinion individuelle de Mme Higgins, pour qui l'avis sur le *Mur* est défec-
tueux, non pas par ce qu'il dit, mais par ce qu'il ne dit pas (*CIJ Recueil 2004*, p. 211, par. 18
et p. 212, par. 20).

39 Voir *supra*, par. 7.

possibilité de désigner des juges *ad hoc*⁴⁰. Il s'agit alors de déterminer dans quelles circonstances particulières, et exceptionnelles, l'avis peut ou doit être donné.

28. Le principe directeur en la matière est celui que la Cour rappelle dans son avis du 9 juillet 2004, à savoir que le défaut de consentement d'un Etat intéressé peut rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour, tel étant le cas si accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel le règlement judiciaire est fondé sur le consentement⁴¹.

Ce principe, nous l'avons vu, a été respecté par l'Assemblée générale dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*. Elle n'a pas posé de questions concernant le différend au fond, qui était le problème des droits de l'homme, ce que la Cour n'a pas manqué de souligner⁴².

Cependant, ce principe, aussi fort soit-il, souffre des exceptions. Il s'agit de situations dans lesquelles l'organe qui demande un avis consultatif – ou l'organisation à laquelle il appartient – est fortement impliqué dans la situation et son contexte où prend place le différend entre acteurs internationaux.

Il faut à cet égard, comme le montre la jurisprudence, faire une distinction entre deux catégories de situation.

29. Le premier cas de figure est celui qui se présente lorsqu'une organisation exerce ses fonctions statutaires dans un domaine spécifique et qu'elle a besoin, pour ce faire, d'éléments juridiques qui font par ailleurs l'objet d'une controverse entre deux Etats. L'illustration de cette situation est l'affaire du *Sahara occidental*. Il est inexact d'affirmer qu'en exprimant son opinion la Cour ne tourne pas en quelque sorte l'exigence du consentement en matière contentieuse, que son caractère judiciaire l'oblige à respecter. Il faut bien voir que son caractère judiciaire, et de principal organe judiciaire des Nations Unies, lui fait également obligation d'apporter son concours à l'exercice de ses fonctions par l'Organisation. Dans cette opposition entre deux exigences du caractère judiciaire de la Cour, la préférence, ou la priorité, est donnée à la deuxième, lorsque la controverse juridique entre les deux Etats n'est pas l'aspect principal de la demande d'avis. C'est

40 Ainsi, par exemple, le motif du refus de la Cour d'admettre un juge *ad hoc* désigné par l'Afrique du Sud dans la procédure consultative relative à la *Namibie* était l'inexistence d'un différend interétatique dans la question portée devant elle ; cf. M. Pomerance, « The Admission of Judges Ad Hoc in Advisory Proceedings : Some Reflections in the Light of the Namibia Case », 67 *AJIL*, N° 3, 1973, 449. L'Afrique du Sud soutint par contre qu'il y avait dans cette affaire un différend entre elle et l'Éthiopie et le Libéria, similaire mais distinct du différend entre elle et l'ONU (cf. *CIJ Recueil 1962*, p. 345).

41 *CIJ Recueil 2004*, p. 158, par. 47. Voir *supra*, par. 16.

42 *CIJ Recueil 1950*, p. 70.

du moins ce que paraît démontrer l'affaire du *Sahara occidental*, où la question principale était celle du statut actuel de ce territoire, dans le contexte de la décolonisation. La question relative à la *terra nullius* n'était qu'un aspect préliminaire de la situation litigieuse.

30. C'est également une opposition entre deux exigences du caractère judiciaire de la Cour qui se présente lorsqu'il lui est demandé de se prononcer sur des questions litigieuses entre deux acteurs internationaux, questions qui sont par ailleurs un élément d'une situation conflictuelle dans laquelle l'Organisation est impliquée et à laquelle elle s'efforce de trouver une solution.

La Cour doit alors clairement indiquer qu'elle est consciente du fait que la demande d'avis l'invite à se prononcer sur des questions litigieuses entre deux acteurs internationaux. Elle doit alors indiquer les raisons pour lesquelles elle décide de donner l'avis, et la manière dont elle va le faire.

Les raisons peuvent être que l'organe qui sollicite l'avis, impliqué dans la recherche d'une solution à un différend qui n'est pas seulement bilatéral, a tout avantage à recevoir des repères juridiques solides et objectifs, distincts des intentions politiques qui peuvent être sous-jacentes à la demande d'avis. Ces raisons peuvent être aussi que les organes politiques se sont déjà exprimés. Dès lors que leur conviction est arrêtée, la Cour peut apporter une vision objective, voire des rectifications, ce qui est loin de compromettre la position d'une partie au conflit.

Quant à la manière, ou la méthode, la Cour doit dire que, pour respecter les exigences de son caractère judiciaire, elle va éviter de se laisser enfermer dans la logique du contentieux – ce qui peut résulter de la manière dont les questions sont posées. Elle va situer ces questions dans leur contexte et indiquer quels sont les devoirs des uns et des autres. Ce faisant, elle peut contribuer à la recherche d'une solution en fixant certains éléments du cadre juridique où celle-ci doit prendre place.

31. Les principes qui nous paraissent mériter d'être retenus sont les suivants :

a. Lorsqu'une demande d'avis consultatif porte sur une question qui fait l'objet d'un différend entre deux acteurs internationaux, la Cour doit faire usage de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de donner l'avis. L'opportunité judiciaire est ici dominée par l'exigence découlant du caractère judiciaire de la Cour, qui lui impose de respecter le principe du consentement en matière contentieuse.

A vrai dire, le problème se situe en amont, et c'est à l'organe qui demande un avis consultatif qu'il appartient de veiller à ne pas enfreindre ce principe, sauf si la demande correspond à une exception apportée à celui-ci.

b. Exceptionnellement, la Cour peut être amenée à donner la priorité à une autre exigence, découlant celle-ci de sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies, chargée par la Charte d'assister par ses avis juridiques, dans l'exercice de leurs fonctions, les organes habilités à la consulter.

Il s'agit donc d'indiquer quelles sont les circonstances qui permettent à la Cour, ou l'obligent, à donner la priorité à cette deuxième exigence.

- (i) La demande d'avis doit porter sur une situation dont l'organe requérant, ou du moins l'organisation à laquelle il appartient, est tenu de s'occuper en raison de ses obligations statutaires et des données historiques et juridiques spécifiques de cette situation.
- (ii) S'il apparaît que la question litigieuse entre deux acteurs internationaux, sur laquelle la Cour devra s'exprimer si elle répond à la demande d'avis, a perdu de son actualité dans le contentieux bilatéral, et n'est devenue qu'une question marginale ou préliminaire dans l'exercice de ses fonctions par l'organe requérant, la Cour doit le constater et répondre à la requête.
- (iii) Si, en revanche, les questions posées à la Cour concernent un litige bilatéral entre deux acteurs internationaux, litige qui est lui-même un élément d'un conflit plus vaste entre ces mêmes acteurs, auquel l'organe requérant doit trouver une solution, la position de la Cour est plus délicate. Quant au principe, il nous paraît que la Cour peut – doit ? – répondre si elle constate que l'organe ou l'organisation qui requiert l'avis a déjà pris position au sujet du conflit et que par conséquent en exprimant un avis juridique elle ne va pas affaiblir la position d'une des parties au conflit, mais fournir des repères objectifs.

En second lieu, quant à l'orientation de l'avis, la Cour doit indiquer que, dès lors qu'elle est appelée à se prononcer sur des points de droit controversés entre deux acteurs internationaux, elle va situer les réponses aux questions posées dans le contexte général des droits et obligations des parties en litige.

32. S'il est évident, en principe, que le recours à une demande d'avis consultatif ne doit pas être utilisé pour tourner l'exigence du consentement des parties en matière contentieuse, il peut cependant se présenter des cas où la cause du règlement pacifique et de la justice est mieux servie par la Cour si, en prenant les précautions nécessaires, elle répond à la demande d'avis.

LES PROCÉDURES D'URGENCE DEVANT LE TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

*Maurice K. Kamga**

Le Tribunal international du droit de la mer (ci-après le “Tribunal”) est l’une des options – prévues par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (la “Convention”) – que les États Parties peuvent choisir pour le règlement pacifique de différends portant sur l’interprétation ou l’application de la Convention¹. L’arbitrage occupe certes une position centrale dans ce système – particulièrement flexible² – de règlement de différends, en ce sens qu’il est le mécanisme résiduel obligatoire pour les parties qui n’ont pas fait de choix concordants d’un autre forum juridictionnel. Il n’en demeure pas moins qu’en dépit de cette grande flexibilité, il a été reconnu au Tribunal une compétence tout à fait spéciale³ ou d’un genre particulier, pour la résolution de litiges relatifs à l’exploitation des ressources

* Neuvième lauréat de la dotation Hamilton S. Amerasinghe pour le droit de la mer ; docteur en droit international (IUHEI, Genève) ; diplomate (ministère des Relations extérieures, Yaoundé, Cameroun).

- 1 Notons que même si les États-Unis d’Amérique ne sont toujours pas parties à la Convention, ils ont joué un rôle important dans son élaboration, notamment de son système original de règlement pacifique de différends, qui tire son origine d’une proposition américaine soumise au Comité des fonds marins, dès le début de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer en 1973. Voir, à ce sujet, E.G. Chitty, “Brief History of the Post Conference Development of the Tribunal as an International Judicial Body”, in: M.H. Nordquist, J.N. Moore (eds), *Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of the Sea* (The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 41-51 (p. 42).
- 2 Voir, à ce propos, I.G. Zekos, “Competition or Conflict in the Dispute Settlement Mechanism of the Law of the Sea Convention”, 56 *RHDI*, n° 1, 2003, 153.
- 3 Comme le reconnaît un juge du Tribunal. Voir L.M.D. Nelson, “The International Tribunal for the Law of the Sea: Some Issues”, in: Chandrasekhara Rao, Khan (eds), *The International Tribunal for the Law of The Sea: Law and Practice* (The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2001), pp. 49-58 (p. 55).

des grands fonds marins, et également et surtout, dans le cadre de deux procédures singulières, à savoir, d'une part, celle de la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et/ou de la prompte libération de son équipage⁴ et, d'autre part, celle en prescription de mesures conservatoires dans l'attente de la constitution d'un tribunal arbitral, devant connaître de l'affaire au fond⁵.

Une analyse approfondie de ces deux procédures d'urgence pour lesquelles la compétence obligatoire du Tribunal a été consacrée dans le texte conventionnel présente un intérêt certain. Dans la présente brève étude, nous nous attellerons à les analyser sous trois angles : d'abord, la compétence *sui generis* du Tribunal (I), ensuite la célérité procédurale dans le cadre de ces procédures (II) et, enfin, l'avenir des deux procédures à la lumière de l'évolution jurisprudentielle du Tribunal (III).

1 LA COMPÉTENCE *SUI GENERIS* DU TRIBUNAL POUR DEUX PROCÉDURES D'URGENCE ORIGINALES

Il convient ici d'analyser, d'abord, l'originalité des deux procédures qui n'ont d'équivalent dans aucune autre juridiction internationale permanente⁶ et, ensuite, le caractère à la fois résiduelle et obligatoire de la compétence du Tribunal en la matière.

4 Voir l'art. 292 § 1 de la Convention. Contrairement à ce qui se fait habituellement, l'expression « prompte mainlevée/libération » sera retenue dans le cadre de ce travail, dans la mesure où l'expression usuelle de « prompte mainlevée » n'est pas toujours susceptible de restituer la réalité des faits. En effet, la « mainlevée » ne concerne, strictement parlant, que l'immobilisation du navire ; or si la libération de l'équipage est aussi sollicitée, il faudrait explicitement parler également de la « libération » de celui-ci. La formule usuelle trouve certainement son origine dans une traduction littérale de l'expression anglo-saxonne de "prompt release". Or dans la version en français, on a parfois tendance à faire fi de ce qu'en anglais on parle de "*Prompt release of vessels and crews*", alors qu'en français, on parle explicitement de « *prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou prompte libération de son équipage* ».

5 Voir l'art. 290 § 5 de la Convention. Il y a donc lieu de faire une distinction claire entre l'hypothèse dans laquelle le Tribunal est compétent pour prescrire des mesures conservatoires alors qu'il n'est pas saisi de l'affaire au fond, et l'hypothèse dans laquelle il est également compétent pour trancher l'affaire au fond. C'est uniquement la première hypothèse qui nous intéresse dans la présente étude car, comme nous le verrons plus loin, son existence même est légitimée par l'impératif de l'urgence.

6 Voir S. Rosenne, "The Case-Law of ITLOS (1997-2001): An Overview", in : Nordquist, Moore (eds), *op. cit.* (note 1), pp. 127-140 (pp. 131-132).

A. Deux procédures d'urgence originales

L'originalité et le fondement de la demande de prompt mainlevée/libération présentent quelques différences – qu'il convient de mettre en exergue – par rapport à ceux de la demande en prescription de mesures conservatoires.

► *L'originalité et le fondement de la demande de prompt mainlevée/libération*

La demande de prompt mainlevée/libération constitue dans le contentieux international un fait nouveau, qui résulte du développement du nationalisme maritime des États côtiers, tel que consacré par la Convention. En fait, en contrepartie de nouveaux pouvoirs reconnus aux États côtiers dans leur zone économique exclusive, notamment en matière de pêche et de pollution, la Convention a prévu cette procédure atypique qui permet à l'État du pavillon d'un navire immobilisé d'obtenir sa prompt mainlevée ou la libération de son équipage, contre le dépôt d'une caution raisonnable⁷.

La particularité de la procédure tient au fait qu'elle est indépendante et, par conséquent, non incidente⁸ : elle ne relève ni de la forme ni du fond du différend (dans la mesure où ne sont jugés ni le bien-fondé de l'immobilisation ni la compétence de l'État qui a procédé à l'immobilisation du navire ou à l'arrestation de l'équipage). La philosophie de la procédure est donc que celle-ci doit en quelque sorte être isolée du reste du règlement des différends et être plutôt envisagée comme le règlement d'un incident et non d'un véritable différend⁹.

Cette procédure tire son fondement ou sa légitimité de l'urgence économique et/ou humanitaire : l'intention nourrie par les rédacteurs de la Convention est de s'assurer, d'une part, que les navires ne seront pas immobilisés indéfiniment et, d'autre part, que les droits fondamentaux de l'équipage seront protégés. Le premier souci est donc celui de préserver les intérêts

7 L'idée que les nouveaux pouvoirs reconnus à l'État côtier soient soumis à un contrôle juridictionnel obligatoire fut ainsi exprimée par l'ambassadeur américain, John R. Stevenson, en ces termes : "It is essential that coastal state jurisdiction over . . . the continental margins be subject to international standards and compulsory settlement of disputes", cité par J.K.Jr. Gamble, "The 1982 UN Convention on the Law of the Sea/Binding Dispute Settlement", 9 *Boston University International Law Journal*, No. 1 (Spring), 1991, 39.

8 Voir J. Akl, « La procédure de prompt mainlevée du navire ou prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer », 6 *Annuaire du droit de la mer*, 2001, 223.

9 Voir J.M. Sorel, « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques », in : H. Ruiz Fabri, J.M. Sorel (éd.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés* (Paris, Pedone, 2001), pp. 8-55 (pp. 13-14).

économiques des opérateurs dans le secteur de la pêche et de la navigation maritime (armateurs, affréteurs, propriétaires de navire, etc.) d'abord, en réduisant, autant que faire se peut, le manque à gagner qui pourrait résulter de l'immobilisation du navire et, ensuite, en garantissant le caractère « raisonnable » de la caution ou de toute autre garantie financière à déposer préalablement à la mainlevée. S'agissant des droits de l'équipage, outre le fait que la Convention proscrit expressément tout emprisonnement de pêcheurs étrangers¹⁰, cette procédure constitue une garantie capitale de certains droits fondamentaux des membres de l'équipage, qui ne pourraient ainsi être légalement soumis à des conditions de détention draconiennes ou arbitraires, compte tenu notamment de la diversité des systèmes juridiques et des structures pénitentiaires de par le monde.

► *L'originalité et le fondement de la demande en prescription de mesures conservatoires*

La demande en prescription de mesures conservatoires dans l'attente de la constitution d'un tribunal arbitral est une procédure incidente tout à fait particulière, pour ne pas dire unique en son genre. Ce qui est nouveau et consubstantiel à cette procédure est le fait que, lorsque les conditions sont réunies, le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires, alors même qu'il n'est pas saisi de l'affaire au fond, dans la mesure où c'est un tribunal arbitral, en constitution, qui aura à connaître du fond.

L'imminence d'un préjudice irréparable constitue le fondement de cette procédure asymétrique de demande en prescription de mesures conservatoires. C'est d'ailleurs la différence fondamentale entre la procédure en prescription de mesures conservatoires lorsque le Tribunal est saisi du différend au fond (article 290 § 1) et celle qui a cours lorsque le Tribunal n'intervient qu'à ce stade de la procédure incidente, dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral compétent. Il doit exister un lien indissoluble entre l'éventualité et l'imminence du préjudice irréparable¹¹.

A la suite de la Convention, le Règlement du Tribunal (le « Règlement ») fait une distinction nette entre les deux situations de demandes en prescription de mesures conservatoires, que le Tribunal soit compétent ou non au fond. Aux termes de son article 89, c'est l'urgence qui est l'élément clé de cette distinction, car elle est la condition *sine qua non* pour la deuxième hypothèse (paragraphe 4), alors qu'il n'y est pas fait référence

10 Voir l'art. 73 § 3 de la Convention.

11 Voir T.M. Ndiaye, "Provisional Measures before the International Tribunal for the Law of the Sea", in: Nordquist, Moore (eds), *op. cit.* (note 1), pp. 95-101 (p. 99). Voir également S. Rosenne, *op. cit.* (note 6), p. 134.

dans la première (paragraphe 1). Dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral¹², l'exigence de l'urgence est péremptoire et il incombe à la partie demanderesse d'en établir l'existence¹³.

B. Une compétence résiduelle, mais obligatoire du TIDM dans les deux procédures

La compétence du Tribunal pour connaître des deux procédures d'urgence est certes résiduelle, mais n'en est pas moins obligatoire. C'est une exception notable dans le système habituel de règlement juridictionnel des différends internationaux.

► *Une compétence résiduelle : le primat du consentement étatique*

La compétence reconnue au Tribunal dans le cadre des deux procédures n'est jamais la première solution qui s'offre aux parties à un différend. Les États gardent, en effet, une possibilité de choix de l'instance juridictionnelle à laquelle ils peuvent soumettre leur différend. S'agissant de la prompte mainlevée/libération, le libellé de l'article 292 § 1 de la Convention est on ne peut plus clair : la question de la mainlevée ou de la mise en liberté peut être portée devant une cour ou un tribunal désigné d'un commun accord par les parties ; à défaut d'accord dans un délai de dix jours à compter du moment de l'immobilisation du navire ou de l'arrestation de l'équipage, la question peut être portée devant une cour ou un tribunal accepté conformément à l'article 287 par l'État qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation, ou devant le Tribunal international du droit de la mer, à moins que les parties n'en conviennent autrement. La compétence du Tribunal est donc résiduelle, mais elle acquiert un caractère obligatoire lorsque les conditions de sa validité sont réunies¹⁴. Compte tenu des dispositions pertinentes de la Convention, il y a de très fortes chances que la plupart des demandes de

12 La constitution d'un tribunal arbitral, instance *ad hoc* et non permanente, prend nécessairement du temps, alors même que l'urgence de la situation ou des droits à protéger requiert une action immédiate. C'est l'urgence qui est ainsi l'unique critère qui détermine la compétence du Tribunal dans les cas prévus au paragraphe 5 de l'article 290, comparativement à la situation du paragraphe 1. Voir D.M. Evans, "The Southern Bluefin Tuna Dispute: Provisional Thinking on Provisional Measures?", 10 *Yearbook of International Environmental Law*, 1999, 12.

13 Voir R. Wolfrum, "Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea", in: Chandrasekhara Rao, Khan, *op. cit.* (note 3), pp. 173-186 (p. 182).

14 Voir, à ce sujet, A. Serdy et M. Bliss, "Prompt release of fishing vessels: state practice in the light of the cases before the International Tribunal for the Law of the Sea", in: A.G. Oude Elferink, D.R. Rothwell (eds), *Oceans Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses* (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004), pp. 273-294 (p. 276).

prompte mainlevée/libération ressortissent finalement de la compétence du Tribunal, en raison i) des délais peu propices qu'implique la constitution d'un tribunal arbitral et ii) de l'exigence de la déclaration de reconnaissance de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice (C.I.J.), aux termes de l'article 287¹⁵.

Quant aux mesures conservatoires, l'article 290 § 5 prévoit en substance qu'en attendant la constitution d'un tribunal arbitral devant être saisi d'un différend, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoires, le Tribunal peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois de plus, le défaut d'accord pour soumettre le différend devant un autre forum est indispensable pour que puisse être mise en jeu la compétence du Tribunal.

La compétence du Tribunal dans le cadre des deux procédures est donc résiduelle et conditionnelle¹⁶ parce que les textes statutaires du Tribunal donnent la primauté au consensualisme étatique quant à la désignation d'un forum judiciaire¹⁷. En l'absence d'un choix consensuel, la Convention a consacré la compétence du Tribunal parce les procédures d'urgence en cause se doivent d'être examinées par une instance juridictionnelle pré-établie¹⁸.

► *Une compétence obligatoire : automatique en cas de désaccord étatique*

Lorsque les conditions de sa saisine sont réunies dans le cadre des deux procédures d'urgence, la compétence du Tribunal devient obligatoire en ce sens que : i) la partie demanderesse peut le saisir unilatéralement, sans avoir

15 Voir B.H. Oxman, P.V. Vincent, « Un droit de confisquer ? L'obligation de prompt mainlevée des navires », in : *La Mer et son droit : Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec* (Paris, Pedone, 2003), pp. 479-499 (p. 481).

16 L'expression "conditional and residual" est empruntée au premier Président du Tribunal. Voir T.A Mensah, "The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for Peaceful Settlement of Disputes", in: Chandrasekhara Rao, Khan (eds), *op. cit.* (note 3), pp. 21-31 (p. 28).

17 Ce choix s'effectue suivant une logique de ce qu'un auteur a qualifié de "cafeteria approach" dans la sélection des fora juridictionnels, compte tenu du contexte et des exigences de chaque différend. Voir A. Boyle, "Some Problems of Compulsory Jurisdiction before Specialised Tribunals", in: Capps, Evans, Konstadinidis (eds), *Asserting Jurisdiction. International and European Legal Perspectives* (Oxford/Portland, Hart Publishing, 2003), pp. 244-253 (p. 245).

18 Et à ce propos, le Tribunal a non seulement été préféré à l'arbitral – procédure obligatoire par défaut –, mais également à la CIJ, l'une des instances pré-établies visées à l'article 287. Voir T. Treves, "The Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea", in: Chandrasekhara Rao, Khan (eds), *op. cit.* (note 3), pp. 111-131 (pp. 115-116).

à obtenir l'assentiment de l'autre partie¹⁹, et ii) la partie défenderesse est tenue de participer à la procédure, sans aucune faculté de soulever, comme c'est très souvent le cas dans le contentieux international devant une cour permanente, des exceptions d'incompétence du Tribunal dont les décisions sont définitives et obligatoires²⁰, sous réserve de la possibilité future de modifier ou de rapporter les mesures conservatoires (par le Tribunal lui-même ou par le futur tribunal arbitral). En effet, loin de la controverse – récemment aplanie – qui a longtemps caractérisé la force obligatoire des décisions de la CIJ dans la procédure des mesures conservatoires, les articles 290 § 6 et 292 § 4 prévoient clairement que les parties se conforment aux décisions prises par le Tribunal à l'issue des deux procédures d'urgence²¹.

2 LA CÉLÉRITÉ PROCÉDURALE DANS L'EXAMEN DES DEUX DEMANDES

Dans la mesure où le recours aux deux procédures d'urgence équivaut, en quelque sorte, à s'engager dans une course contre la montre, il a été de la plus haute importance – aussi bien pour les rédacteurs de la Convention que pour les juges du Tribunal lors de l'élaboration du Règlement – d'édicter des normes précises visant à garantir la promptitude dans le traitement judiciaire des deux demandes en cause. Un examen minutieux des textes en vigueur révèle non seulement l'existence des dispositions institutionnelles qui participent explicitement du traitement accéléré de ces demandes, mais également le strict encadrement temporel des deux procédures.

A. *Existence de dispositions institutionnelles explicitement favorables à un traitement accéléré des deux demandes*

Sous cette rubrique, on relèvera, d'abord, la prédisposition du Tribunal à éviter, en général, des pertes de temps dans son travail judiciaire et, ensuite, l'existence de formations restreintes compétentes en cas d'urgence.

19 Voir T. Treves, "The Law of the Sea Convention Ten Years after Entry into Force", in: Caron, Scheiber (eds), *Bringing New Law to Ocean Waters* (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004), pp. 349-354 (p. 351).

20 Voir M.C. Giorgi, « Le Tribunal international du droit de la mer », *Espaces et ressources maritimes*, n° 2, 1987, 174.

21 Plusieurs dispositions du Règlement confirment cette force obligatoire, notamment les articles 89 à 95, et 110 à 114. Par ailleurs, l'article 112 § 4 stipule que la décision du Tribunal relative à la demande de prompt mainlevée/libération doit prendre la forme d'un arrêt. Voir, à ce sujet, l'analyse de S. Rosenne, *op. cit.* (note 6), p. 132.

► *La prédisposition du Tribunal en général*

Le Règlement contient de nombreuses dispositions qui établissent explicitement la prédisposition du Tribunal à éviter des retards dans le traitement de toutes affaires qui lui sont soumises. Cela mérite en soi d'être relevé. Il faut dire que ce texte avait été établi au milieu des années 1990, alors que les méthodes de travail et la procédure de la C.I.J. étaient au centre d'un débat, en raison de leur lenteur supposée ou réelle. C'est dans cette mouvance que les juges du Tribunal ont élaboré le Règlement, avec le bénéfice de l'expérience des tribunaux internationaux, régionaux et nationaux²². C'est certainement ce qui explique que l'accélération de la procédure soit une obsession du Tribunal depuis sa création²³ et l'on peut légitimement parler de véritable politique judiciaire clairement affichée et matérialisée dans l'article 49 du Règlement qui stipule que « [l]a procédure devant le Tribunal est conduite sans retard ni dépenses inutiles ». L'article 50 abonde dans le même sens en indiquant que le Tribunal peut établir des lignes directrices concernant tout aspect de sa procédure, y compris la longueur, le format et la présentation des pièces de procédure écrite et ainsi que l'utilisation de moyens de communication électronique²⁴. Par ailleurs, l'article 46 du Règlement prévoit que les délais pour l'accomplissement d'actes de procédure « doivent être aussi brefs que la nature de l'affaire le permet ». C'est ainsi que pour des procédures normales – en dehors des procédures d'urgence – il est prévu que les délais de présentation de chaque pièce de procédure n'excèdent pas six mois (article 59) et qu'une fois que la procédure écrite est close, la date d'ouverture de la procédure orale est normalement fixée six mois au plus tard (article 69)²⁵.

22 D. Anderson, "The effective Administration of International Justice – Early Practice of the International Tribunal for the Law of the Sea", in: Frowein, Scharioth, Winkelmann, Wolfrum (eds), *Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace – Liber Amicorum Tono Eitel* (Berlin/Heidelberg/New York/Barcelone/Hongkong/London/Mailand/Paris/Tokyo, Springer, 2003), pp. 529-542 (pp. 534-535).

23 Elle l'est également devenue pour la CIJ, par la force des choses. J.M. Sorel, *op. cit.* (note 9), p. 21.

24 En application de cette disposition, le Tribunal a effectivement adopté, le 28 octobre 1997, les « Lignes directrices concernant la préparation et la présentation des affaires dont le Tribunal est saisi », qui encourage, en plus des courriers normaux, l'utilisation des moyens de communication électroniques (télécopie, courriel et version électronique) lors du dépôt des pièces et autres documents dans le cadre de la procédure écrite. Par ailleurs, aux termes de l'article 45 du Règlement, le Président peut, aux fins de se renseigner auprès des parties au sujet des questions de procédure, convoquer leurs agents chaque fois que cela est nécessaire, ou utiliser tous autres moyens de communication qu'il juge appropriés (tel a été le cas des téléconférences qui ont permis de limiter le nombre de longs voyages, coûteux en temps et en argent).

25 Pour une analyse approfondie de la question, voir D. Anderson, *op. cit.* (note 22), p. 536.

► *L'existence de formations restreintes compétentes en cas d'urgence*
 Sur le plan organique, il existe au Tribunal une Chambre de procédure sommaire qui peut connaître soit des demandes de prompt mainlevée/libération²⁶ soit des demandes en prescription de mesures conservatoires, sur requête de toute partie au différend, lorsque le Tribunal ne siège pas ou lorsque le nombre des juges disponibles est inférieur au quorum²⁷. Par ailleurs, étant donné que la demande de mainlevée/libération est susceptible d'être introduite directement par l'État du pavillon, mais également « en son nom », des dispositions ont été également prises, aux termes de l'article 110 § 1 du Règlement²⁸, aux fins d'assurer, le cas échéant, une célérité au déroulement de la procédure²⁹.

B. *Un strict encadrement temporel des deux procédures*

La célérité dans le traitement par le Tribunal des deux procédures d'urgence se vérifie aussi bien par la priorité qui leur est accordée par rapport à d'autres procédures que par les délais qui leur sont rigoureusement impartis.

► *Une priorité est accordée aux deux procédures par rapport aux autres affaires soumises au Tribunal*

Les textes pertinents accordent aux demandes de prompt mainlevée/libération et en prescription de mesures conservatoires une priorité sur toutes les autres affaires soumises au Tribunal. Il convient cependant de noter que c'est à la prompt mainlevée/libération qu'est reconnue la priorité absolue. En effet, si l'article 292 § 3 de la Convention stipule que le tribunal doit examiner promptement une telle demande, l'article 112 § 1 du Règlement

26 Si le demandeur en fait la requête dans sa demande, sous réserve que dans un délai de cinq jours à compter de la signification de la demande, l'État qui a procédé à l'immobilisation notifie au Tribunal qu'il consent à ladite requête (article 112 § 2 du Règlement). Une telle requête avait d'ailleurs été faite dans le cadre de la première affaire soumise au Tribunal (celle du *Saiga*), mais l'État défendeur n'y avait pas consenti.

27 Voir l'article 25 § 2 du Statut du Tribunal et l'article 91 § 1 du Règlement. Les mesures conservatoires prescrites en application de cette disposition sont néanmoins sujettes à appréciation et à révision par le Tribunal, réuni en séance plénière. Pour une analyse approfondie de cette compétence de la Chambre de procédure sommaire, voir G. Eiriksson, *The International Tribunal for the Law of the Sea* (The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2000), pp. 80 et 229.

28 Qui prévoit que tout État Partie peut, à tout moment, notifier au Tribunal les autorités nationales compétentes pour autoriser des personnes à présenter une demande en son nom, le nom et l'adresse de toute personne autorisée à présenter une demande en son nom, et le bureau désigné pour recevoir la notification d'une demande de mainlevée et les moyens les plus rapides pour faire parvenir des documents à ce bureau.

29 Voir J. Akl, *op. cit.* (note 8), pp. 223-224.

entérine cette exigence de célérité en prévoyant explicitement que le Tribunal donne priorité aux demandes de mainlevée/libération sur toutes autres procédures dont il est saisi. Les demandes en prescription de mesures conservatoires occupent le second rang par ordre de priorité (article 90 § 1 du Règlement). Toutefois, lorsqu'il est saisi d'une demande de mainlevée/libération et d'une demande en prescription de mesures conservatoires, le Tribunal prend les dispositions voulues pour se prononcer promptement sur l'une et l'autre demande (article 112 § 1 du Règlement).

► *Des délais rigoureusement impartis*

L'examen minutieux de ces délais impose qu'une distinction claire soit faite entre les demandes de mainlevée/libération et celles en prescription de mesures conservatoires.

Dans le cadre de la procédure de mainlevée et/libération

Aux termes de l'article 292 § 1, le laps de temps au-delà duquel l'État du pavillon peut – sous réserve que certaines conditions soient réunies – soumettre au Tribunal une demande de mainlevée/libération est très court : 10 jours, à dater de l'immobilisation du navire ou de la détention de l'équipage. Dès après s'enclenche un véritable course de vitesse judiciaire : le Greffier transmet immédiatement une copie certifiée conforme de la demande à l'État qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation, lequel peut présenter un exposé en réponse le plus tôt possible, mais au plus tard 96 heures avant l'audience dont la date est fixée le plus tôt possible, dans un délai de 15 jours à compter du premier jour ouvrable qui suit la date de la réception de la demande. Au cours de l'audience, chaque partie a, en principe, droit à un jour pour présenter ses preuves et arguments (112 § 3). Le Tribunal rend son arrêt le plus rapidement possible et, en tout état de cause, au plus tard 14 jours après la clôture des débats (article 112 § 4).

La rapidité de la procédure est donc évidente, en dépit de l'amendement du Règlement du 15 mars 2001 aux fins de prolonger de quelques jours les délais jusque-là impartis³⁰. En procédant à ces changements, le Tribunal a

30 L'expérience avait, en effet, mis en lumière certaines difficultés éprouvées aussi bien par les parties que les juges et les fonctionnaires du Greffe, en raison de la brièveté des délais. C'est ainsi que le délai de présentation de l'exposé en réponse est passé de 24 heures à 96 heures, celui de la tenue de l'audience de 10 à 15 jours, la lecture du jugement devant alors intervenir dans les 14 jours au lieu de 10 jours. Dans le Communiqué de presse du Tribunal n° 44 du 21 mars 2001, il est explicitement indiqué que le but poursuivi à travers ces modifications est de veiller à ce qu'un délai légèrement plus long soit accordé à la partie défenderesse pour l'établissement de son exposé en réponse, et à la partie demanderesse pour permettre à celle-ci d'étudier ledit exposé en réponse avant le début des plaidoiries de la phase orale ; ce délai légèrement plus long devrait également permettre aux juges d'être mieux à même de mener à bien leurs délibérations et de rédiger le texte de leur décision.

entendu garantir l'équité procédurale entre les parties et sauvegarder l'intégrité du processus judiciaire d'une procédure qui conserve son caractère sommaire³¹.

Dans le cadre de la procédure de demande en prescription de mesures conservatoires

Aux termes des articles 290 § 5 de la Convention et 89 § 2 du Règlement, lorsque le processus de constitution d'un tribunal arbitral a été enclenché et qu'entre-temps les parties ne parviennent pas à désigner d'un commun accord une cour ou un tribunal devant se prononcer sur des mesures conservatoires, le Tribunal – ou la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins dans le cas d'activités menées dans la Zone – est automatiquement compétent pour le faire, lorsque s'est écoulé un laps de temps de deux semaines à compter de la notification à la partie adverse d'une demande de mesures conservatoires. Le Tribunal ou le Président, si le Tribunal ne siège pas, fixe la date de la procédure orale au plus tôt (article 90 § 2) et, s'agissant des mesures conservatoires prescrites par la Chambre de procédure sommaire, le Tribunal les réexamine ou les révisé si une partie en fait la demande écrite, dans un délai de 15 jours après leur prescription. Il peut également, à tout moment, décider d'office de réexaminer ou de réviser ces mesures (article 91 § 2).

On notera ici l'inexistence de date butoir à laquelle doivent être prescrites les mesures conservatoires, comme cela est le cas pour la procédure de la prompte mainlevée/libération. Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où c'est justement l'urgence qui justifie cette procédure particulière de demande en prescription de mesures conservatoires, le souci premier du Tribunal doit être d'agir le plus vite possible, en tenant compte des particularités et des circonstances de l'espèce.

Une analyse approfondie de la jurisprudence du Tribunal révèle, à son crédit, qu'il a scrupuleusement respecté les délais impartis dans le cadre des procédures d'urgence, en dépit du fait que ses 21 juges ne résident pas à Hambourg, à l'exception du Président³². Il n'en reste pas moins que ce

31 Voir D. Anderson, *op. cit.* (note 22), p. 537. En comptabilisant le nombre de jours ajoutés par rapport aux anciens délais, on s'aperçoit qu'il y a désormais neuf jours en plus. Mais, comme l'affirme un juge du Tribunal, cela ne veut pas dire que la durée de la procédure sera nécessairement prolongée de 9 jours. Ce délai supplémentaire garantit une certaine flexibilité avec laquelle le Tribunal peut faire face à des circonstances imprévues ou à des cas présentant une certaine complexité. Voir J. Akl, *op. cit.* (note 8), pp. 224-225.

32 Il va sans dire que le Tribunal a mis à profit les moyens modernes de communication pour parvenir à ces résultats. Voir H.B. Oxman, "The International Tribunal for the Law of the Sea", in: Caron, Scheiber, *op. cit.* (note 19), p. 288, ainsi que E. Laing, "Automation of International Judicial Bodies: A Preliminary Analysis", in: Chandrasekhara Rao, Khan (eds), *op. cit.* (note 3), pp. 217-230.

succès n'empêche pas de se poser un certain nombre de questions quant à l'avenir de ces procédures d'urgence, dont l'esprit et la lettre ne semblent pas avoir été toujours respectés par les parties.

3 L'AVENIR DES PROCÉDURES D'URGENCE À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL

Une analyse attentive de la jurisprudence du Tribunal, à la veille du dixième anniversaire de celui-ci, révèle non seulement une tendance à la spécialisation du Tribunal comme instance de l'urgence (A), mais également l'apparition d'un faisceau d'indices d'une possible altération de ces deux procédures d'urgence (B).

A. *La tendance à la spécialisation du Tribunal dans l'urgence*

Au mois de mai 2005, 13 affaires avaient été portées au Rôle du Tribunal, dont sept demandes de prompt mainlevée/libération et trois demandes en prescription de mesures conservatoires. Le succès du Tribunal dans le domaine des procédures d'urgence est donc manifeste, dans la mesure où celles-ci ont constitué, jusqu'à présent, son principal « fond de commerce ». Originalité du Tribunal à sa naissance, ces deux procédures ne risquent-elles pas d'en devenir la spécialité, dans deux domaines qui restent sinon marginaux, du moins peu importants par rapport au champ d'application général de la compétence qui lui est dévolue par la Convention ? C'est dans cette optique que l'on a pu, à juste titre, « s'interroger sur une véritable spirale de spécialisation qui paraît toucher le [Tribunal] à la suite de [son] maigre bilan »³³.

Il faudrait certes reconnaître que le Tribunal n'a pas encore eu l'opportunité de se pencher sur une « grande » affaire comme des affaires de délimitation maritime, qui sont pourtant nombreuses à être encore portées devant la C.I.J. Le Tribunal se satisfait-il de ce maigre menu ? On peut en douter. On doit cependant relever – à sa décharge – que les affaires de délimitation maritime ont bien souvent un volet important de délimitation terrestre qui ne relève pas *a priori* de la compétence du Tribunal, contrairement à la Cour de La Haye ou aux tribunaux arbitraux *ad hoc*. Toujours est-il que l'on peut légitimement se poser la question de savoir si le Tribunal ne devrait pas déployer une véritable diplomatie judiciaire, aux fins

33 J.-M. Sorel, *op. cit.* (note 9), p. 23.

de persuader les États de lui soumettre des différends qui relèvent statutairement de sa compétence. Des remarques dans ce sens sont souvent formulées dans certains milieux académiques et diplomatiques... Ce tableau – déjà peu reluisant – pourrait s'obscurcir un peu plus si certains signaux d'une possible perversion des procédures d'urgence devant le Tribunal se confirment au fil du temps.

B. L'apparition d'un faisceau d'indices d'une possible altération des procédures d'urgence devant le Tribunal

Ces indices, qui pourraient se matérialiser par un certain écart de l'esprit et de la lettre des dispositions conventionnelles par rapport aux procédures d'urgence, semblent être aussi bien le fait des parties que du Tribunal lui-même.

► *La tendance à l'instrumentalisation et/ou au détournement de la procédure de prompt mainlevée/libération par les parties*

On relèvera ici, d'une part, le fait que certains États du pavillon semblent utiliser la procédure de prompt mainlevée/libération comme une sorte de voie de recours contre des décisions de tribunaux internes et, d'autre part, la possible concurrence de promptitude des juridictions nationales avec le Tribunal.

L'apparente utilisation de la procédure de prompt mainlevée/libération comme une sorte de voie de recours contre les décisions des tribunaux internes

Certains États du pavillon ne semblent pas toujours saisir la portée de la protection que l'impératif de l'urgence leur garantit dans la procédure de la prompt mainlevée/libération. Comment ne pas arriver à cette conclusion lorsque le Tribunal n'est saisi que plusieurs semaines, voire plusieurs mois, après l'immobilisation du navire ou l'arrestation de l'équipage ? A l'analyse, les demandeurs semblent attendre le verdict des tribunaux internes pour ne saisir le Tribunal que lorsqu'ils ne sont pas satisfaits de la décision. Des exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal mettent en évidence cette stratégie délibérée ou inconsciente.

Dans l'affaire du *Camouco*³⁴, le Tribunal fut saisi de la demande de prompt mainlevée/libération le 17 janvier 2000, alors que le navire avait

34 Affaire de prompt mainlevée du navire *Camouco* et de la libération de son capitaine ayant opposé le Panama (demandeur) et la France (défenderesse). Voir le texte de l'arrêt sur le site Internet du Tribunal à l'adresse suivante : http://www.itlos.org/start2_fr.html.

été arraisonné depuis la fin du mois septembre 1999, c'est-à-dire plus de trois mois plus tôt ! La France ne manqua d'ailleurs pas de soulever une exception d'irrecevabilité de la demande au motif que, en omettant de réagir promptement, le requérant avait créé, par son comportement, une situation s'apparentant à l'estoppel³⁵. Bien que cet argument fût rejeté par le Tribunal³⁶, il y a lieu de se demander s'il était totalement dénué de pertinence, dans la mesure où le demandeur semble avoir manifestement mis à profit le temps écoulé depuis l'immobilisation pour essayer de défendre sa cause devant les tribunaux internes, et c'est certainement en raison de l'insatisfaction et de la prolongation de la procédure³⁷ devant lesdits tribunaux qu'il a saisi le Tribunal³⁸.

Le second exemple qui peut être cité est l'affaire du *Grand Prince*³⁹. Là encore, l'impression de l'assimilation de la demande devant le Tribunal à une sorte de recours contre une décision nationale était tout à fait nette lorsque le Belize, dans ses conclusions, demanda au Tribunal « [d]e déclarer que la France n'a[vait] pas observé les dispositions de l'article 73 § 2, de la Convention, en édulant l'obligation de procéder à la prompte mainlevée prescrite par ledit article, en ne permettant pas que la mainlevée de la saisie du navire puisse se faire en contrepartie du dépôt d'une garantie raisonnable ou d'une garantie de quelque type que ce soit, en alléguant que le navire était confisqué et que la décision de confiscation a été l'objet d'une exécution provisoire »⁴⁰.

35 Voir le par. 51 de l'arrêt.

36 Voir le par. 54 de l'arrêt.

37 La décision du tribunal d'instance de Saint-Paul de la Réunion du 8 octobre 1999, ayant été confirmée en référé le 14 décembre 1999, le Tribunal fut saisi alors qu'un appel avait été interjeté devant la Cour d'appel de Saint-Denis.

38 Qui reconnaît pourtant explicitement, au paragraphe 58 de l'arrêt, que « [l]'article 292 prévoit une procédure indépendante mais non un recours en appel contre une décision rendue par une juridiction interne. Aucune limitation ne doit être lue dans l'article 292, qui irait à l'encontre de l'objet et du but mêmes de cet article. De fait, l'article 292 autorise la soumission d'une demande de mainlevée après une courte période à compter du moment de l'immobilisation et, dans la pratique, les recours internes ne peuvent normalement pas être épuisés dans un délai aussi court ».

39 Affaire ayant opposé le Belize à la France. Le texte de l'arrêt du Tribunal peut être consulté sur le site Internet du Tribunal à l'adresse suivante : http://www.itlos.org/start2_fr.html. Le *Grand Prince* avait été arraisonné le 26 décembre 2000 et ce n'est que le 21 mars 2001 que le Tribunal fut saisi d'une demande de prompt mainlevée, soit également trois mois plus tard et alors que les juridictions internes françaises s'étaient déjà prononcées sur le fond, en ordonnant notamment la confiscation du navire.

40 Le demandeur indiquant d'ailleurs « que le rejet, le 22 février 2001, par le tribunal d'instance de Saint-Paul, de la demande de mainlevée de l'immobilisation du navire, dès la présentation d'une garantie bancaire de 11 400 000 FF, constitue une violation des dispositions de l'article 73, paragraphe 2, de la Convention ; que le jugement par lequel le tribunal correctionnel

La possibilité d'une concurrence en matière de célérité de la part du défendeur

La France, ayant été attrait, à trois reprises, devant le Tribunal⁴¹ a, semble-t-il, affiné sa stratégie, après que le Tribunal eut ordonné la prompte mainlevée du navire et/ou la libération de l'équipage dans les deux premières affaires. C'est vraisemblablement pour contrer les manœuvres de détournements de la procédure par les demandeurs qu'elle a adopté pour stratégie d'accélérer ses procédures internes. Si une telle pratique se banalisait, elle risquerait de vider la procédure de prompte mainlevée/libération de toute sa substance. En effet, l'essence même de l'obligation de prompte mainlevée/libération implique généralement que le fond de l'affaire est encore pendant au niveau interne. Or si les autorités nationales accélèrent leurs propres procédures et arrivent à des décisions condamnationnelles et définitives au fond, il va sans dire que le fragile équilibre de la Convention quant aux droits et obligations de l'État côtier et des autres États dans la zone économique exclusive serait indubitablement rompu au profit du premier⁴².

► *Le rôle du Tribunal dans l'altération des procédures d'urgence*

Le Tribunal semble participer, dans une certaine mesure, à l'altération de l'esprit et de la lettre des procédures d'urgence qui constituent pourtant des aspects caractéristiques de sa fonction. Ceci est perceptible aussi bien dans ce qui s'apparente à une dérobaface face à la tendance de perversion de la procédure de la prompte mainlevée/libération que dans ses prescriptions

a prononcé la confiscation du navire, quelques jours seulement après que le tribunal d'instance eut fixé une caution pour l'obtention de la mainlevée de l'immobilisation du navire, s'apparente à une 'ruse' (ou constitue, selon le demandeur, une 'fraude à la loi', tel que cela serait reconnu dans la plupart des législations nationales); que, si ce type de confiscation était permis, l'article 73 de la Convention deviendrait 'lettre morte'; et que la mainlevée de l'immobilisation du navire en vertu de l'article 73, paragraphe 2, de la Convention, lorsque ledit article est lu en connexité avec l'article 292 de la Convention, reste une solution possible, nonobstant le jugement rendu par le tribunal correctionnel et par lequel celui-ci avait ordonné la confiscation du navire.» (par. 54 de l'arrêt du 20 avril 2001, arrêt aux termes duquel le Tribunal s'est déclaré incompétent et n'a donc pas examiné l'affaire au fond).

- 41 Entre les deux affaires précitées, une autre instance l'avait opposée aux Seychelles dans l'affaire MFV "MONTE CONFURCO", navire arraisonné par une frégate française le 8 novembre 2000, affaire dans laquelle une demande de prompte mainlevée et de libération du capitaine avait été introduite le 27 novembre 2000. L'arrêt du Tribunal fut rendu le 18 décembre 2000. Pour le texte de l'arrêt, voir le site du Tribunal à l'adresse suivante : http://www.itlos.org/start2_fr.html.
- 42 Cette tentative d'instrumentalisation ou de détournement de la procédures de prompte mainlevée/libération n'est certainement pas compatible avec les dispositions de l'article 300 de la Convention, aux termes duquel, « [I]es États Parties doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Convention et exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit ».

ultra petita de mesures conservatoires en application de l'article 290 § 5, alors même que l'exigence de l'urgence ne semble pas toujours satisfaite.

L'apparente dérobade du Tribunal face à la tendance à la perversion de la procédure de prompt mainlevée/libération

Dans le cadre de l'affaire du *Grand Prince*, le Tribunal a manqué l'occasion de se prononcer sur l'allégation de « fraude à la loi » mise en avant par le demandeur, dans la mesure où il s'est déclaré incompétent pour connaître de l'affaire. Or cette allégation posait une question capitale touchant à l'essence même de la procédure de prompt mainlevée/libération. Peut-on voir dans la déclaration d'incompétence un refuge confortable qui mettait le Tribunal à l'abri de l'examen d'une question jugée fort embarrassante ? Une telle question ne saurait être d'une incongruité absolue, si l'on s'en tient notamment à la répartition des voix au moment du vote pour l'adoption de l'arrêt : il s'agit en effet de l'une des décisions sur lesquelles le vote du Tribunal a été le plus serré : 12 voix pour et neuf voix contre⁴³. Les juges minoritaires avaient certes reconnu que cela n'était pas la première fois que le Tribunal s'assurait de sa compétence, mais qu'il était assez surprenant qu'il ait décidé d'examiner d'office sa compétence. Dans la mesure où « la France n'avait pas mis en cause au cours de l'instance le statut du Belize en tant qu'État du pavillon, le Tribunal s'est écarté de la démarche qu'il avait adoptée dans les arrêts qu'il a rendus dans les trois affaires précédentes dans lesquelles la nationalité des navires en cause n'avait pas été contestée : l'*Affaire du navire 'SAIGA'* (paragraphe 45), l'*Affaire du 'Camouco'* (paragraphe 46), l'*Affaire du 'Monte Confurco'* (paragraphe 59) »⁴⁴.

Qui plus est, alors que le Tribunal conteste la nationalité bélizienne du navire, le jugement du 23 janvier 2001 du tribunal correctionnel du tribunal de grande instance de Saint-Denis (France) avait explicitement reconnu que le navire battait pavillon bélizien ! Or, si l'on devait suivre la lettre et l'esprit de la procédure de la prompt mainlevée/libération, on pouvait donc se retrouver dans une situation pour le moins absurde où le Tribunal – qui doit normalement intervenir ici sans se prononcer sur le fond de l'affaire – méconnaît la nationalité du navire alors même que les juridictions internes compétentes pour se prononcer sur le fond reconnaissent cette nationalité. Cette situation ne peut qu'affaiblir la procédure de la prompt mainlevée/libération et la vider de sa substance même.

43 Les neuf juges de la minorité avaient exprimé une opinion dissidente à titre collectif très critique de la décision de la majorité quant à la déclaration d'incompétence du Tribunal. Voir le texte de cette opinion sur le site du Tribunal à l'adresse suivante : http://www.itlos.org/start2_fr.html.

44 Voir le par. 2 de l'opinion dissidente.

Prescription de mesures conservatoires non sollicitées et, parfois, en l'absence de toute urgence

Lorsqu'il est saisi d'une demande en prescription de mesures conservatoires en application de l'article 290 § 5, le Tribunal a tendance à statuer *ultra petita*, en prescrivant plus de mesures que demandées. Toutes les trois affaires relatives aux mesures conservatoires peuvent servir d'exemples éducatifs pour étayer cette thèse. Dans les *affaires du thon à nageoire bleue*⁴⁵, le Tribunal prescrit des mesures conservatoires différentes de celles qu'avaient sollicitées les demandeurs. Sur un strict plan juridique, on peut se poser des questions de la conformité d'une telle démarche au vu du texte conventionnel qui stipule clairement, à l'article 290 § 3 que « [d]es mesures conservatoires ne peuvent être prescrites, modifiées ou rapportées en vertu du présent article qu'à la demande d'une partie au différend et après que la possibilité de se faire entendre a été donnée aux parties ». Le Tribunal n'ayant pas été invité à prescrire les mesures précises par l'une des parties et n'ayant pas recueilli l'assentiment ou, à tout le moins, l'avis des parties, la juridicité de ces mesures conservatoires – prescrites, de surcroît, en l'absence de toute urgence manifeste⁴⁶ – peut être sujette à caution⁴⁷. En effet, au paragraphe 70 de l'ordonnance, le Tribunal indique que la « conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin » et affirme plus loin qu'il est d'avis que « les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves » (paragraphe 77 de l'ordonnance). Ces considérations mettent en lumière l'approche quelque peu confuse du Tribunal car, s'il peut être légitime que le futur tribunal arbitral en constitution

45 *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon), mesures conservatoires*. Le texte de l'arrêt est disponible à l'adresse suivante : http://www.itlos.org/start2_fr.html.

46 Comme l'affirme un observateur averti, "The only substantive condition that article 290 (5) of the Convention imposes is that of urgency. That may have been the one element that was missing in the provisional measures of the *SBT* case . . .", S. Rosenne, *op. cit.* (note 6), p. 134.

47 Il est vrai que le Tribunal invoqua l'article 89 § 5 de son Règlement aux termes duquel : « [L]orsqu'une demande en prescription de mesures conservatoires lui est présentée, le Tribunal peut prescrire des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, et indiquer les parties qui doivent prendre ou exécuter chaque mesure ». Mais, il y a peut-être lieu de se poser la question de la hiérarchie des normes et de la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure, quant au rapport entre cette disposition du Règlement et l'article 290 § 3 sus-indiqué. Pour une analyse approfondie de l'ordonnance du Tribunal, et notamment de la question soulevée ici, voir L.D. Morgan, "Implications of the Proliferation of International Legal Fora: The Example of the Southern Bluefin Tuna Cases", 43 *Harv Int'l LJ*, No. 2 (Summer), 2002, 546.

arrive à la conclusion que la prudence et la précaution imposent la nécessité de mesures conservatoires, force est de se poser la question de savoir si la prudence et la précaution sont urgemment requises en l'espèce. Qui plus est, le Tribunal valide lui-même la possibilité pour les parties de dépasser, d'un commun accord, les quotas fixés⁴⁸, ce qui bat en brèche son argumentation basée sur la prudence et la précaution qui, en tout état de cause, ne satisfont pas à l'exigence de l'urgence. Par ailleurs, la prescription des mesures conservatoires a été faite quatre jours seulement avant la fin du programme expérimental japonais. Ce délai résiduel était-il aussi important pour justifier de telles mesures ?⁴⁹

Dans l'*affaire de l'usine MOX*⁵⁰, après avoir constaté l'absence de l'urgence pouvant justifier les mesures conservatoires demandées par l'Irlande, le Tribunal, en se fondant une fois de plus sur l'article 89 § 5 du Règlement, a néanmoins prescrit des mesures conservatoires non sollicitées, en imposant aux parties une coopération aux fins de la préservation du milieu marin. En l'absence reconnue de toute urgence, il y a lieu de se poser la question de savoir si le Tribunal avait la compétence de prescrire des mesures conservatoires sollicitées en application de l'article 290 § 5. La préservation de l'environnement marin ressortit en effet de l'article 290 § 1 et, comme l'affirme un auteur, le Tribunal a semblé de nouveau « jouer » sur la mixité des articles 290 § 1 et 290 § 5 pour arriver à ses fins⁵¹.

Dans l'*affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*⁵², le Tribunal a une fois de plus prescrit des mesures conservatoires qui vont au-delà des demandes des parties et qui, en tout état de cause, ne sont aucunement justifiées par l'urgence de la situation. Et même si tous les points de l'ordonnance ont été adoptés à l'unanimité des juges, y compris les juges *ad hoc*, certains juges ont justement formulé des opinions individuelles qui mettent précisément l'accent sur cette dérive apparente du Tribunal. C'est ainsi que le Président s'est clairement exprimé en ces termes : « [l']ordonnance du Tribunal court,

48 Voir le par. 81 de l'ordonnance : « *Considérant* que, de l'avis du Tribunal, les captures effectuées dans le cadre de tout programme de pêche expérimentale ne devraient pas aboutir à un total de captures qui dépasse les derniers niveaux fixés par les parties pour chacune d'entre elles, *sauf en application de critères arrêtés d'un commun accord* » (non souligné dans l'original).

49 Voir l'analyse critique de D.M. Evans, *op. cit.* (note 12), pp. 12-13.

50 *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires*. Le texte de l'Ordonnance est disponible sur le site du Tribunal à l'adresse suivante : http://www.itlos.org/start2_fr.html.

51 J.-M. Sorel, *op. cit.* (note 9), pp. 32-33.

52 *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires*. Voir le texte de l'Ordonnance sur le site du Tribunal à l'adresse suivante : http://www.itlos.org/start2_fr.html.

me semble-t-il, le risque de prescrire certaines mesures conservatoires que le défendeur, c'est-à-dire Singapour, s'est déjà engagé lui-même à prendre. En ce sens, on peut avancer l'argument que le Tribunal n'a pas tenu compte d'un principe important du droit selon lequel la bonne foi doit être présumée (voir affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A n° 5, p. 43) »⁵³. Dans son opinion individuelle, le juge Anderson a souligné que l'on doit se poser « la question de savoir s'il est urgent ou non en ce moment de prescrire, conformément à l'article 290 § 5 de la Convention, les mesures énoncées dans l'ordonnance. En contentieux international, il est admis que la prescription d'une mesure conservatoire est l'exception plutôt que la règle et que c'est au demandeur qu'il incombe de montrer que les conditions préalables requises, y compris celle qui a trait à l'urgence, sont remplies ». Après avoir relevé que cette urgence n'était nullement évidente⁵⁴, le juge est arrivé à la conclusion que « [d]ans ces conditions, il aurait été plus opportun [. . .] de se prononcer sur la demande au moyen d'une ordonnance qui se borne à énumérer les engagements pris par le défendeur⁵⁵, préconise la poursuite et l'intensification de la coopération manifestée par les deux parties depuis août 2003 et encourage en outre la négociation entre elles, sans prescrire par autant de mesure précise au titre de l'article 290 de la Convention ».

CONCLUSION

Le bilan du Tribunal international du droit de la mer après neuf ans d'existence est tout à fait honorable, notamment pour ce qui est de la conduite,

53 Par. 4 de son opinion individuelle.

54 Conclusion à laquelle est également parvenu l'ancien Président du Tribunal, qui déclare : « De fait, il semble que l'urgence fasse défaut s'agissant des mesures concrètes sollicitées par la Malaisie en ce qui concerne la suspension des travaux de poldérisation de Singapour. Le Tribunal constate, aux paragraphes 72 et 73 de son ordonnance, que la Malaisie n'a pas prouvé l'existence d'une situation d'urgence à raison de ses griefs concernant les travaux de poldérisation de Singapour dans le secteur de Tuas et il déclare en conséquence qu'il ne juge pas approprié dans ces conditions de prescrire des mesures conservatoires en ce qui concerne ce secteur » (Par. 38, opinion individuelle de M. le juge Chandrasekhara Rao).

55 Ces engagements figurent au paragraphe 85 de l'ordonnance : « Si, après avoir examiné la documentation en question [c'est-à-dire la documentation que nous avons fournie à la Malaisie], la Malaisie estime que Singapour n'a pas bien compris une question ou mal interprété certaines données, et si elle peut mettre en évidence un effet spécifique dommageable et illicite que la suspension partielle des travaux en cours permettrait d'éviter, Singapour examinerait attentivement les éléments de preuve fournis par la Malaisie. Si ces éléments de preuve étaient concluants, Singapour réexaminerait sérieusement les travaux qu'elle mène et envisagerait de prendre toutes mesures nécessaires et adéquates, y compris une suspension, [et je souligne cela] pour remédier à l'effet dommageable en question ».

dans les délais impartis, des deux procédures d'urgence que sont les demandes de prompt mainlevée/libération et en prescription de mesures conservatoires. Ce faisant, le Tribunal a certainement répondu aux attentes de la communauté internationale par rapport à ces compétences spéciales qui lui ont été dévolues par la Convention. Ce succès ne devrait toutefois pas masquer quelques inquiétudes que peuvent susciter une tendance à l'altération de l'intégrité des ces procédures d'urgence, aussi bien de la part des parties aux différends que du Tribunal lui-même. Il va sans dire que, pour préserver l'esprit et la lettre de ces procédures, des efforts devront être faits par toutes les parties prenantes.

Les États du pavillon qui entendent saisir le Tribunal de demandes de prompt mainlevée/levée doivent avoir à l'esprit qu'il est de leur intérêt et de celui de l'intégrité de la procédure que celle-ci se fasse avec la diligence qui lui est caractéristique⁵⁶. Les États côtiers – qui ont un intérêt majeur au respect de leurs législations nationales relatives à la pêche et à la pollution dans leur zone économique exclusive – devraient cependant respecter l'esprit et la lettre de la procédure de prompt mainlevée/libération, un contre-poids international aux abus dont pourraient éventuellement être victimes des bateaux battant leur propre pavillon. Le Tribunal, quant à lui, devrait bien pouvoir s'en tenir à une application rigoureuse des dispositions conventionnelles qui réglementent le traitement de deux demandes ayant fait l'objet de la présente étude. Ce faisant, il préserverait l'intégrité de procédures qui lui donnent une place unique dans le système de règlement pacifique de différends internationaux.

56 A ce sujet, les États devraient mener une réflexion rigoureuse quant au fait de laisser la procédure toute entière aux mains d'avocats – et non de véritables représentants étatiques – qui peuvent souvent perdre de vue les obligations internationales qui incombent à l'État du pavillon, notamment celle de préserver l'intégrité de la Convention, véritable *Package Deal* fondé sur un équilibre souvent bien fragile.

LA DÉNONCIATION AVEC EFFET IMMÉDIAT
DE DÉCLARATIONS FACULTATIVES ÉTABLISSANT
LA COMPÉTENCE DE LA COUR
INTERNATIONALE DE JUSTICE

*Robert Kolb**

1 INTRODUCTION

Il y a un nombre non négligeable (une quinzaine) de déclarations facultatives au sens de l'article 36, § 2, du Statut de la Cour internationale de Justice, qui réservent dans leur texte à l'Etat déclarant la faculté de dénoncer la déclaration à tout moment et avec effet immédiat. Les Etats concernés cherchent ainsi à se prémunir contre toute éventualité de devoir se soumettre dans un avenir incertain à la juridiction obligatoire de la Cour. Dans un monde plein d'incertitudes et de menaces, la soumission à une compétence judiciaire obligatoire paraît à beaucoup d'Etats un risque trop conséquent : ni les parties envers lesquelles ils seront tenus ne sont connues ; ni l'objet du litige n'est déterminé ; ni les conditions de la société internationale au moment où la compétence de la Cour sera invoquée ne sont prévisibles. Ces conditions peuvent changer dramatiquement, comme le montre l'éclatement de la guerre de 1939. Dès lors, l'engagement peut devenir excessif et exponentiel, là où il n'était, avant, qu'imprévisible. L'Etat qui accepte la compétence « obligatoire » de la Cour par le truchement des déclarations facultatives se trouve dans une situation très différente par rapport à l'Etat qui donne son consentement de manière ponctuelle, dans le contexte de tel ou tel traité, ou dans un compromis spécial circonscrit à un cas particulier après la naissance du litige. Comme l'écrivit Nicolas Politis dès l'année 1927 :

* Professeur de droit international public, Universités de Neuchâtel et de Berne.

Dans les deux cas, il est vrai, c'est l'accord des parties qui est à sa base [de la compétence de la Cour]. Mais cet accord a une toute autre signification, suivant qu'il se produit après ou avant la naissance du litige : Dans le premier cas, il est conclu en pleine connaissance de cause ; les parties peuvent en apprécier les conséquences ; elles savent à quoi elles s'exposent. Dans le second cas, au contraire, l'accord comprend plus d'aléas, car il est impossible de prévoir les circonstances au milieu desquelles le conflit se présentera dans l'avenir. On conçoit donc que les Etats se montrent très prudents et qu'ils n'avancent dans cette voie qu'avec beaucoup d'hésitation¹.

L'une des modalités de cette prudence sont les clauses de dénonciation avec effet immédiat. Or, il faut sonder la licéité de telles clauses, car le fait qu'un moyen soit avancé par les Etats ne préjuge pas de la question de sa compatibilité avec les exigences péremptoires du Statut. Après une mise en perspective, c'est cette question là qui retiendra notre intérêt.

2 LE CONCEPT DE DÉNONCIATION

La dénonciation est un acte juridique par lequel une partie à un accord international ou à un système à participation volontaire déclare y mettre fin, en tout ou en partie, à son égard². La dénonciation est donc une faculté juridique reconnue à une partie. Son exercice porte à mettre fin à l'application d'un régime juridique à cette partie : il y a cessation de la jouissance de droits subjectifs et d'obligations du système envers cette partie à partir d'un moment donné, celui où la dénonciation est censée déployer son effet³. La dénonciation réduit ou limite ainsi la portée *ratione personae* d'un accord ou d'un système à participation volontaire. Pour autant qu'il y ait encore assez d'autres parties qui continuent le régime conventionnel en cause (en tout cas plus d'une), la dénonciation ne portera en revanche pas à extinction objective celui-ci. La dénonciation est donc un mécanisme de réduction de la portée personnelle d'un accord.

La dénonciation s'applique tout d'abord à des actes conventionnels : l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) en

1 N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international* (Paris, Hachette, 1927), pp. 142-143.

2 J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles, Bruylant, 2001), p. 321.

3 Selon la formule comme toujours très exacte de G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7^e éd. (Padoue, CEDAM, 1967), p. 324 : « [P]otere giuridico, il cui esercizio importa estinzione del trattato nei rapporti dello Stato che lo esercita con gli altri Stati con cui il trattato è in vigore. La dichiarazione di volontà con la quale questo potere viene esercitato costituisce un atto giuridico unilaterale, che prende il nome di denuncia o di recesso ».

codifie le droit applicable. Elle peut s'appliquer cependant aussi à d'autres systèmes à participation volontaire, qui seront dès lors qualifiés volontiers de « quasi-conventionnels ». On sait, par exemple, que les déclarations facultatives sont des actes unilatéraux spéciaux, car ils s'inscrivent dans un tissu d'autres déclarations du même type et s'exposent dès lors à être perçues comme un élément d'un cadre conventionnel *sui generis* plus large. Les déclarations établissent une série de liens bilatéraux avec les autres Etats parties au système optionnel⁴. Elles sont enregistrées auprès du Secrétaire général des Nations Unies comme des traités⁵.

La dénonciation peut être totale ou partielle. La dénonciation totale met fin au rapport conventionnel ou à la participation au système ; la dénonciation partielle en limite la portée du point de vue des obligations et droits subjectifs qui restent applicables. En revanche, toute modification d'un engagement n'est pas une dénonciation partielle. Pour ce qui est de déclarations facultatives, qui nous intéressent ici, il y a des modifications par lesquelles un Etat assume une obligation supplémentaire de se soumettre à la Cour : soit en donnant directement plus d'ampleur à sa déclaration ; soit indirectement, en éliminant une réserve limitatrice. Tel a été le cas de la France qui a retiré sa réserve automatique (*self-judging*) après l'issue de l'affaire des *Emprunts norvégiens* (1957)⁶ ; ou encore de l'Australie qui par sa déclaration du 13 mars 1975 abrogeait une série de réserves contenues dans sa déclaration du 6 février 1954⁷. De telles modifications « positives » n'attirent pas le régime de la dénonciation, mais au contraire celui auquel est soumise la création d'un engagement du système optionnel. Il n'y a pas parité entre les deux régimes. Comme la Cour l'a souligné dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Exceptions préliminaires)* (1957), où le Portugal avait déposé sa déclaration auprès du Secrétaire général des Nations Unies le 19 décembre 1955 et introduit une requête contre l'Inde

4 *Affaire du Nicaragua (Compétence et recevabilité)*, CIJ Recueil 1984, p. 418, § 60. Cf. aussi *Yearbook ILC*, 1953-II, p. 101 ; *Ann. CDI*, 1959-II, p. 97, note 28. *Ann.CDI*, 1962-I, p. 61, par. 43 [Waldock] ; *ibid.*, p. 64, par. 72 [Liang] ; *ibid.*, p. 64, par. 79 [Ago]. En doctrine, cf. D.W. Greig, « Nicaragua and the United States: Confrontation Over the Jurisdiction of the International Court », 62 *BYIL*, 1991, 165 ss. C. Lang, *L'affaire Nicaragua/Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice* (Paris, LGDJ, 1990), pp. 89-90, 91-92, 96-98. G.G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice... », 34 *BYIL*, 1958, p. 75. *Contra* : S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 2^e éd. (Dordrecht/Boston/Lancaster, M. Nijhoff, 1985), pp. 410-411.

5 M. Dubisson, *La Cour internationale de Justice* (Paris, Pédone, 1964), p. 194.

6 *Ann. CIJ*, 1959/60, pp. 236-237.

7 *Ann. CIJ*, 1953/4, pp. 203-204 et *Annuaire de la CIJ*, 1975/6, pp. 54-55.

trois jours plus tard, le lien consensuel naît immédiatement avec le dépôt de la déclaration. L'effet juridique de cette déclaration est immédiat sans restriction aucune⁸. Il n'est pas dit que le même régime libéral puisse s'appliquer aux situations de dénonciation, car à l'inverse de ce qui est le cas quand un Etat créé ou élargit la compétence de la Cour, par la dénonciation il limite la portée des droits d'autrui ; et cela appelle une réglementation différente, car il s'agira de protéger les droits des autres Etats au système et aussi l'efficacité générale de celui-ci.

3 L'ACCEPTATION DE LA « DÉNONÇABILITÉ » DES DÉCLARATIONS FACULTATIVES

Il n'était pas, de prime abord, manifeste que les clauses facultatives puissent être dénoncées. Le principe du droit international, en matière de traités, est l'« indénonçabilité », sauf exception particulière. En effet, s'il n'en était pas ainsi, la sécurité juridique que les Etats cherchent à atteindre à travers des accords (seul moyen de stabilisation des situations dans une société internationale dépourvue de législateur central et vouée à l'anarchie permanente tout comme à la politique de puissance) serait illusoire. Tout Etat pourrait à tout moment se délier de ses engagements ; il pourrait les exécuter aussi longtemps qu'il y voit un intérêt immédiat, et les dénoncer aussitôt après ; comme cette faculté serait donnée à tous les Etats parties, les accords ne pourraient s'appliquer que dans peu de cas dans la durée, car dans chaque phase l'accord tendra à être plus avantageux pour une partie que pour l'autre (ou les autres). La parfaite égalité d'intérêt n'existe, à long terme, que dans peu de cas.

Ce raisonnement s'applique d'une certaine manière *a fortiori* aux déclarations facultatives. On sait que ces déclarations ont été inventées comme compromis entre les conceptions des petites et moyennes puissances, qui souhaitaient un règlement obligatoire des différends par la nouvelle Cour permanente de Justice internationale (CPJI), et celle des grandes puissances qui craignaient de se lier à une obligation aussi contraignante dans un monde plein d'incertitudes, où le règlement judiciaire obligatoire leur lierait les mains dans bien des cas. Le compromis avancé par le délégué brésilien, M. Fernandes, fut finalement entériné par l'Assemblée de la Société des Nations : la clause optionnelle permettait aux Etats qui le souhaitaient, par le truchement d'une déclaration unilatérale, de se soumettre automatiquement à la compétence obligatoire de la Cour dans tous les litiges couverts

8 *CIJ Recueil 1957*, pp. 146-147.

par leur déclaration. En revanche, les Etats qui ne souhaitaient pas s'engager de cette manière pouvaient rester en dehors du système en refusant de se lier par une déclaration facultative. Il s'agissait en quelque sorte d'un accord de compétence obligatoire partiel, entre les Etats l'acceptant. L'espoir était de voir ce réseau de déclarations unilatérales s'accroître dans le temps, pour finir par couvrir toujours plus d'Etats et ainsi s'approcher progressivement d'un système universel de compétence obligatoire⁹.

On sait que ces prévisions et ces espoirs ne se sont pas réalisés. Mais on comprend que devant ce souhait législatif d'étendre la compétence obligatoire, et de conserver les acquis des déclarations entreprises, la question de la faculté de dénoncer de telles déclarations – dénonciations qui affaibliraient le système contrairement aux volontés des rédacteurs – ne pouvait être considérée comme étant tranchée. Tout au contraire, une certaine présomption militait contre la faculté de dénoncer. Et en effet, lors de la période de la Cour permanente, aucune dénonciation n'intervint, sauf celle du Paraguay en 1938, quand cet Etat quitta la Société des Nations¹⁰. Il ne faut pas s'étonner que cette dénonciation provoqua des contestations par une série d'Etats. De plus, quand la guerre de 1939 éclata, les Etats du Commonwealth (Australie, Canada, Inde, Afrique du Sud, Nouvelle-Zélande et Grande-Bretagne) et la France déclarèrent modifier leur acceptation de la compétence de la Cour au titre de l'article 36, § 2, du Statut afin d'exclure les différends issus des hostilités du règlement judiciaire. A cette fin, ils invoquèrent la règle du changement fondamental des circonstances et non pas une quelconque faculté de dénonciation¹¹. D'ailleurs, divers Etats, dont la Suisse, formulèrent ici encore des objections¹². Cette attitude des Etats du Commonwealth et de la France équivalait implicitement à admettre que la faculté de dénonciation (surtout avec effet immédiat) n'était pas considérée comme étant ouverte, car autrement le recours à la doctrine problématique du changement fondamental des circonstances (*rebus sic stantibus*) aurait été inutile.

Ce n'est que sous le Statut de la nouvelle Cour que des dénonciations

9 Sur ces aspects historiques, voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I (Leyden, Sijthoff, 1965), pp. 364-367 ; et S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II (La Haye/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1997), pp. 727 s.

10 Sur la question, cf. A.P. Fachiri, « Repudiation of the Optional Clause », 20 *BYIL*, 1939, p. 52.

11 CPJI, sér. E, n° 16, p. 337 (France), p. 339 (Grande-Bretagne), etc.

12 CPJI, sér. E, n° 16, p. 333. *Journal officiel de la Société des Nations*, 1939, p. 407 s. ; *ibid.*, 1940, p. 45 s.

ont été notifiées au greffier et qu'on a fini par accepter que la dénonciation des déclarations facultatives était possible. Suite à l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, l'Iran dénonça sa déclaration le 10 juillet 1951 ; suite à l'affaire du *Droit de passage*, l'Inde dénonça la sienne le 7 janvier 1956, tout en faisant immédiatement après une nouvelle déclaration grevée d'un grand nombre de nouvelles réserves. On mentionne ensuite¹³ une série de dénonciations ou de modifications restreignant la compétence, faites parfois pour prévenir l'ouverture d'une instance sur un objet particulier. Ce fut le fait du Royaume-Uni (le 2 juin 1955, le 31 octobre 1955, le 18 avril 1957)¹⁴, de la France (le 10 juillet 1959, le 20 mai 1966, puis sa dénonciation complète en 1974), de l'Australie (le 6 février 1954)¹⁵, de l'Afrique du Sud (le 13 septembre 1955), du Canada (le 7 avril 1970)¹⁶, des Philippines (le 18 janvier 1972), de l'Inde (le 18 avril 1974)¹⁷, etc. Dès lors, on peut donner pour acquis le point que la dénonciation totale ou partielle de déclarations facultatives est licite. Cependant, les conditions dans lesquelles doit intervenir cette dénonciation ne sont pas encore élucidées.

4 DIVERS CAS DE FIGURE DE DÉNONCIATION DE DÉCLARATIONS FACULTATIVES

La dénonciation de clauses facultatives peut intervenir dans trois types de situations juridiquement différentes. Ces situations appellent une analyse séparée.

Il se peut tout d'abord qu'une déclaration mentionne dans son texte un délai de dénonciation précis. Il se peut ensuite que la déclaration ne contienne aucune mention d'un délai de dénonciation. Il se peut enfin que la déclaration contienne une clause expresse stipulant que la dénonciation (qui peut intervenir à tout moment) aura un effet immédiat.

A. *Clauses contenant la mention d'un délai de dénonciation*

13 Cf. not. l'op. ind. Jennings, affaire du *Nicaragua*, CIJ, *Recueil*, 1984, pp. 551-552.

14 L'une de ces modifications du Royaume-Uni avait pour but d'exclure vis-à-vis de l'Arabie Saoudite toute suite judiciaire pour l'arbitrage du *Buraimi* ; cf. H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », 32 *BYIL*, 1955/6, p. 268. M. Dubisson, *op. cit.* (note 5), p. 174.

15 L'objectif était d'exclure du champ de compétence le différend sur les pêcheries de perles avec le Japon ; cf. Waldock, *ibid.*, pp. 267-268. Dubisson, *op. cit.* (note 5), p. 174.

16 L'objectif était d'exclure du champ de compétence tout différend portant sur la législation canadienne relative à la zone de 100 milles marins de protection des eaux arctiques contre la pollution ; cf. l'op. ind. Jennings, *CIJ Recueil 1984*, pp. 551-552.

17 Suite à l'affaire relative au *droit de passage sur territoire indien* (1960), l'Inde avait dénoncé sa déclaration. Dans sa nouvelle déclaration du 15 septembre 1974, l'Inde introduisit un impressionnant appareil de réserves. Cf. *Ann. CIJ*, 1974/5, pp. 58-9.

Il s'agit ici du cas le plus facile à résoudre. Si une déclaration contient un délai de dénonciation précis, l'Etat dont elle émane sera tenu de le respecter en tout état de cause. En particulier, cet Etat ne pourra pas faire valoir la réciprocité pour se prévaloir d'un délai de dénonciation plus court (ou à effet immédiat) contenu dans la déclaration d'une autre partie. Une certaine inégalité de traitement est ici acceptée, parce qu'elle est couverte par la volonté expresse de l'Etat déclarant. *Quaere* cependant de savoir ce qui arriverait si l'Etat déclarant se réservait expressément une telle réciprocité.

La question de l'application d'une telle clause à délai déterminé s'est posée dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et recevabilité, 1984)*. Les Etats-Unis d'Amérique avaient essayé de modifier leur déclaration facultative trois jours avant le dépôt de la requête du Nicaragua afin d'enlever la compétence à la Cour¹⁸. La déclaration des Etats-Unis en date du 14 août 1946 stipule qu'elle demeure en vigueur pour une durée de cinq ans et par la suite « jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date où notification est donnée de l'intention d'y mettre fin »¹⁹. Le 6 avril 1984, le gouvernement des Etats-Unis a déposé auprès du Secrétaire général des Nations Unies une notification signée par le secrétaire d'Etat, M. George Schultz, qui stipulait que la déclaration des Etats-Unis ne serait plus applicable aux différends avec des Etats d'Amérique centrale ou découlant d'événements en Amérique centrale. Cette lettre de M. Schultz précisait, quant aux effets dans le temps : « Nonobstant les termes de la déclaration susmentionnée [le délai de six mois], la présente notification prendra effet immédiatement et restera en vigueur pendant deux ans . . . »²⁰. Techniquement, elle était fondée sur l'idée que le Nicaragua pouvait dénoncer, selon les Etats-Unis, avec effet immédiat, puisque sa déclaration ne contenait aucune clause de préavis ; et que dès lors, les Etats-Unis devaient pouvoir se prévaloir de la même faculté par voie de réciprocité. Cette modification était faite en prévision de la requête imminente du Nicaragua. En effet, le 9 avril 1984, soit trois jours après, le Nicaragua introduisait l'instance contre les Etats-Unis. Cette notification de M. Schultz privait-elle la Cour de la compétence pour connaître du différend ?

La Cour répondit par la négative. Elle rappelle d'abord la portée exacte

18 Cf. not. Lang, *op. cit.* (note 4), p. 88 s. Greig, *op. cit.* (note 4), p. 165 s. Op. ind. Oda, affaire du Nicaragua, *CIJ Recueil 1984*, p. 489 s. Op. ind. Jennings, *ibid.*, p. 545 s. Op. diss. Schwebel, *ibid.*, p. 616 s.

19 *CIJ Recueil 1984*, p. 398, par. 13.

20 *Ibid.*, p. 398, par. 13.

de la réciprocité, qui ne s'étend pas aux clauses de dénonciation :

La notion de réciprocité porte sur l'étendue et la substance des engagements, y compris les réserves dont ils s'accompagnent, et non sur les conditions formelles relatives à leur création, leur durée ou leur dénonciation. Il apparaît nettement que la réciprocité ne peut être invoquée par un Etat pour ne pas respecter les termes de sa propre déclaration²¹.

Citant son *dictum* en l'affaire *Interhandel*²², la Cour conclut : « La réciprocité permet à l'Etat qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncées par l'autre partie. Là s'arrête l'effet de la réciprocité »²³. Dès lors, toute réciprocité avant la saisine de la Cour est exclue : la réciprocité, dans les limites indiquées, s'applique au moment de la saisine de la Cour, et ne peut pas servir, avant sa saisine, pour modifier des titres de compétence²⁴.

On notera d'ailleurs que cette interprétation de la Cour n'emporte pas d'inégalité entre les parties, comme l'avaient soutenu les Etats-Unis. En effet, la Cour ne dit pas que l'Etat ayant fait une déclaration à durée indéterminée, comme le Nicaragua, peut la dénoncer avec effet immédiat. Elle dit précisément le contraire, en introduisant la notion de « délai raisonnable » pour toute dénonciation d'une déclaration sans délai de préavis particulier²⁵. Le déséquilibre est donc nivelé vers le haut, en ne permettant pas à un Etat de se désengager avec effet immédiat : ni le Nicaragua, avec sa déclaration à durée indéterminée, ni les Etats-Unis, avec leur délai de dénonciation, ne peuvent donc dénoncer avec effet immédiat.

B. *Clauses ne contenant aucun délai de dénonciation*

Si une déclaration est entièrement silencieuse sur les conditions de sa dénonciation, et notamment sur le moment auquel celle-ci prendra effet, quelle est la solution juridique à donner au problème ? La Cour internationale de Justice y a répondu en des termes très clairs en l'affaire du *Nicaragua* (1984) précitée :

Le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie

21 *Ibid.*, p. 419, par. 62.

22 CIJ *Recueil* 1959, p. 23.

23 CIJ *Recueil* 1984, p. 419, par. 62.

24 *Ibid.*, p. 420, par. 64.

25 *Ibid.*, par. 63.

26 *Ibid.* Op. ind. Mosler, *ibid.*, p. 467. Cf. Lang, *op. cit.* (note 4), pp. 97-98. Greig, *op. cit.* (note

est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée (. . .). Le laps du 6 au 9 avril ne constitue pas un « délai raisonnable »²⁶.

La formulation prudente et éventuelle de la Cour dans la première partie du considérant cité s'explique par la place que tient ce raisonnement dans sa démonstration. Il n'a pas d'autonomie, car il n'est qu'une branche de l'argumentation sur la réciprocité. Les Etats-Unis avaient fondé la réciprocité sur l'hypothèse que le Nicaragua avait la faculté de dénoncer sa déclaration avec effet immédiat. La Cour a rejeté cette allégation sur la base d'autres considérants et ne fait ici qu'ajouter, à strictement parler *obiter*, que l'hypothèse première des Etats-Unis, supposant que le Nicaragua pût mettre fin immédiatement à sa déclaration, n'était déjà pas solide. La Cour n'avait pas besoin, en l'espèce, de se pencher davantage sur cet aspect du problème. Cela étant, la Cour indique une préférence nette que l'on peut interpréter sans exagération comme exprimant le droit en vigueur.

Qu'est-ce qu'un « délai raisonnable » ? Tout d'abord, ce concept s'oppose à tout délai déraisonnable, c'est-à-dire à tout délai qui ouvrirait la voie à des abus de droit et à des manipulations du système. En l'affaire de *Nicaragua* (1984), la Cour se borne à observer sèchement : « Il suffira d'observer que le laps de temps du 6 au 9 avril ne constitue pas un 'délai raisonnable' »²⁷. Par ailleurs, tant qu'un délai ne sera pas fixé dans le Statut ou dans le Règlement, la Cour devra s'adonner à de telles appréciations au cas par cas. Elle s'inspirera de ce qui apparaît déraisonnable eu égard à l'intention de l'Etat dénonçant ou des effets abusifs de son attitude, pervertissant le système de la clause optionnelle. Si on voulait prendre un peu de hauteur normative, il faudrait se référer aux délais qui existent en matière de droit des traités, à savoir une année (ou au moins 6 mois) de délai.

4), p. 166 s., 176 s. Sur toute la question, voir aussi S. Oda, « Reservations in the Declarations of Acceptance of the Optional Clause and the Period of Validity of Those Declarations: The Effect of the Schultz Letter », 59 *BYIL*, 1988, p. 1 s. H. Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice (1960-1989), Treaty Interpretation and Other Treaty Points », 63 *BYIL*, 1992, pp. 68-71. R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice* (Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1993), pp. 70-78. S.A. Alexandrow, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice* (Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer, 1995), pp. 56-66. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public* (Paris, PUF, 2000), p. 664 s.

27 *CIJ Recueil* 1984, p. 420, par. 63.

L'application du standard pourra donc varier du circonstanciel (abusif en l'espèce) au délai plus standardisé (6 mois à un an).

C. *Clauses réservant une dénonciation avec effet immédiat*

Une série de déclarations optionnelles réservent à l'Etat déclarant le droit de se retirer de l'obligation assumée ou de la modifier dans un sens quelconque, en précisant que ces actes prendront effet « à compter de la date de notification » ou « avec la réception par le Secrétaire général ». Sur 62 déclarations en vigueur en 1999, 15 contiennent une telle clause. La proportion n'est pas négligeable, car il s'agit approximativement d'une déclaration sur quatre. C'est le cas des déclarations du Botswana (1970), du Canada (1994), de Chypre (1988), du Kenya (1965), de Madagascar (1992), du Malawi (1966), de Malte (1966 et 1983), des îles Maurice (1968), du Nigeria (1998), du Portugal (1955), du Royaume-Uni (1969), du Sénégal (1985), de la Somalie (1963), du Swaziland (1969) et du Togo (1979)²⁸. Un aspect particulièrement inquiétant est que cinq de ces déclarations, en l'occurrence celles du Canada, de Chypre, de Madagascar, du Nigeria et du Sénégal, ont été faites après l'arrêt de la Cour en l'affaire du *Nicaragua* (1984) affirmant la nécessité d'un délai raisonnable.

Dans l'affaire du *Nicaragua* (1984), des juges éminents ont soutenu que la pratique des parties au Statut avait consacré sans l'ombre d'un doute la faculté de dénonciation « immédiate » des déclarations facultatives à durée indéterminée²⁹. Les choses ne sont cependant guère aussi claires. A la lecture des opinions des Juges Oda, Jennings et Schwebel, il apparaît que l'objet de leur analyse est la question de la faculté de dénonciation des déclarations à tout instant (*dies a quo*), et non pas nécessairement le moment à partir duquel la dénonciation prendra effet (*dies ad quem*). Que ce soit là leur souci principal est mis hors de doute par la mention fréquente « d'obligations perpétuelles » dont les déclarations au sens de l'article 36, § 2, du Statut ne sauraient relever³⁰. Or, on ne saurait tirer argument de la possibilité de dénoncer à tout moment et sans préavis (fixe), donc en ce sens immédiatement, à la proposition toute différente que cette dénonciation aura nécessairement un effet juridique immédiat sur la compétence de la

28 On peut consulter ces déclarations dans l'Annuaire de la CIJ.

29 Op. ind. Oda, *CIJ Recueil 1984*, p. 489 s. Op. ind. Jennings, *ibid.*, p. 550 s. Op. diss. Schwebel, *ibid.*, p. 620 s.

30 Op. ind. Jennings, *ibid.*, p. 553. Op. diss. Schwebel, *ibid.*, pp. 622-623.

31 Cette confusion se retrouve en doctrine : Dubisson, *op. cit.* (note 5), pp. 173-174. Waldock, *op. cit.* (note 14), p. 265 s.

Cour³¹. Aucune pratique concluante n'est avancée pour asseoir cette dernière proposition.

Il faut donc remonter l'argumentation d'un cran pour voir quels motifs de principe militent en faveur ou en défaveur de l'admission de la dénonciation avec effet immédiat. Il faut, en d'autres termes, en mesurer l'acceptabilité aux exigences fondamentales du Statut de la Cour, qui est le texte garantissant l'efficacité, l'intégrité et « l'égalité des Etats » dans le système de la Cour. Le fait que les déclarations contenant une clause de dénonciation avec effet immédiat sont assez fréquentes ne préjuge en rien de la question. Il n'y a dans ces déclarations qu'une allégation unilatérale qui n'a pu être mise à l'épreuve d'un cas contentieux. Certes, ces déclarations attestent d'une manière de voir qu'on ne saurait ignorer. Mais le seul fait qu'une réserve soit incluse dans la déclaration, fût-ce fréquemment, ne peut déterminer *eo ipso* sa validité juridique. La validité relève de sa compatibilité avec le Statut. Le problème correspond à celui de la réserve automatique, qui avait dans le passé accompagné bon nombre de déclarations facultatives³². L'utilisation fréquente de cette réserve n'a jamais porté à croire que la question de sa validité était de ce fait tranchée. Au contraire, la grande majorité de la doctrine avait conclu à sa nullité³³.

A considérer le problème de plus près, on se persuade de la nécessité de lui appliquer le critère du « délai raisonnable » tel que dégagé par la Cour pour ce qui est des déclarations sans mention de délai de dénonciation. C'est à l'objet et au but du système optionnel, à sa capacité de fonctionner dans des conditions d'efficacité et d'égalité juridiques qu'il faut se référer pour trouver une solution au problème qui nous occupe. C'est dire qu'il faut s'en remettre à des principes généraux de la procédure en tenant compte des effets qu'une certaine interprétation aurait sur la capacité de la Cour à garantir une procédure efficace et égale. La Cour a suivi un raisonnement similaire dans l'affaire *LaGrand* (2001) pour dégager la force obligatoire des mesures conservatoires³⁴. Ici, si l'on acceptait une faculté de dénonciation avec effet immédiat, c'est l'objet et le but du système optionnel tout entier qui serait manqué. De telles réserves sont en effet équivalentes à une réserve automatique qui serait mise en œuvre avant la saisine de la Cour. Si la théorie de l'effet immédiat est suivie, l'Etat déclarant restera à tout moment maître, à sa seule guise, des affaires qui pourront être

32 Cf. Waldock, *op. cit.* (note 14), p. 273.

33 Cf. Kolb, *op. cit.* (note 26), pp. 650-654, avec de nombreux renvois.

34 Aux §§ 98 et suiv.

portées contre lui devant la Cour. Il lui suffira, même un jour avant l'ouverture de l'instance, de notifier sa dénonciation ou sa modification. Admettre l'effet immédiat de la dénonciation reviendrait ainsi à transformer tout le système optionnel en un cadre général dans lequel pourraient trouver place des accords informels de compétence *ad hoc*, sur base du *forum prorogatum*. En ne dénonçant pas ou en ne modifiant pas sa déclaration, l'Etat déclarerait son accord à se soumettre à la compétence de la Cour. Cette attitude spécifique serait à chaque fois une condition pour que la Cour puisse connaître d'une affaire. A l'instar de ce que le juge H. Lauterpacht a dit pour la réserve automatique³⁵, il ne subsiste dans ce cas plus aucune obligation juridique autonome de se soumettre à la compétence de la Cour, comme le suggère le système optionnel. Le tout revient à créer une illusion de compétence obligatoire³⁶, en contravention manifeste avec l'objet et le but du système. Nul n'est obligé de se soumettre à la compétence obligatoire de la Cour ; celui qui décide de s'y soumettre doit cependant respecter un certain nombre de limites inhérentes au bon fonctionnement de la Cour, et, en définitive, à la bonne administration de la justice. Cet aspect a été mis en évidence par une objection de la Suède à l'allégation potentielle d'un pouvoir de modification restrictive de compétence avec effet immédiat : « Le Gouvernement suédois se voit dans l'obligation de déclarer qu'à son avis la condition citée signifie en réalité que le Portugal ne s'est pas obligé à accepter la juridiction de la Cour (. . .). Cette condition réduit à néant l'obligation visée par la teneur de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, qui prévoit la reconnaissance de la juridiction de la Cour comme 'obligatoire de plein droit' »³⁷.

De plus, la théorie de l'effet immédiat s'ouvre à tous les abus et à toutes les manipulations. La dénonciation précédant de peu une requête imminente est un abus imaginable ; l'affaire du *Nicaragua* (1984) en porte témoignage. De très nombreux autres abus existent. Il serait loisible, par exemple, à un Etat de modifier instantanément sa déclaration à l'ouverture d'une instance

35 Affaire des *Emprunts norvégiens*, *CIJ Recueil* 1957, p. 48. Affaire *Interhandel*, *CIJ Recueil* 1959, pp. 106-107.

36 H. Waldock, « The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals », 31 *BYIL*, 1954, p. 135, à propos de la réserve automatique.

37 Affaire relative au *droit de passage sur territoire indien*, *CIJ, Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. I, p. 217.

38 Voir les mots très décidés de la Cour à cet égard dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, *CIJ Recueil* 1963, p. 29.

39 On sait que les différends internationaux se cristallisent lentement et que les Etats sont presque toujours au courant des revendications d'un autre Etat et du moment où celui-ci choisit d'aller devant la Cour. Un exemple contraire est l'attaque surprise de l'Inde contre le Portugal dans les années 1950, qui a par ailleurs imposé au système optionnel des problèmes d'une certaine gravité, soldés par la dénonciation de sa déclaration facultative de la part de l'Inde.

introduite par lui, afin d'éviter le piège de la réciprocité qui pourrait, en l'espèce, jouer en sa défaveur. Dès que l'affaire aura été jugée (voire même la phase des exceptions préliminaires terminée), il pourrait revenir à sa déclaration initiale. C'est bien à toutes les manipulations *ad hoc* que se prête une telle approche, au défi de l'intégrité judiciaire dont la Cour est gardienne³⁸. Sur le plan pratique, les effets pervers n'en seraient pas moins importants. Il est à craindre que dans ces conditions les Etats gardent le secret sur leurs revendications³⁹, évitent les négociations et essayent d'introduire précipitamment et prématurément des instances avant que le titre de compétence ne soit annulé⁴⁰. Ce serait contraire au bon déroulement du règlement pacifique des différends, dont les moyens politiques (contacts directs, négociation) forment une pièce maîtresse. Ce n'est pas par hasard que la Cour permanente a affirmé en l'affaire des *Zones franches* (*Ordonnance*, 1929), que le règlement judiciaire « n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable [des] conflits entre les parties »⁴¹.

Les juges Oda et Schwebel ont cru devoir soutenir la théorie de la dénonciation avec effet immédiat dans l'intérêt même du fonctionnement du système. Ils ont pris ainsi, en quelque sorte, le contre-pied des conceptions avancées ci-devant. Leurs arguments méritent d'être considérés de plus près. Une position plus souple sur la dénonciation des déclarations facultatives que celle du « délai raisonnable » se recommande à leurs yeux pour encourager le « maintien et l'accroissement du nombre d'adhésions à la juridiction obligatoire de la Cour »⁴². De même, suivant le juge Oda, l'interprétation que donne la Cour risque de contribuer au déclin accéléré du système optionnel :

Je ne doute pas en revanche que l'interprétation que donne le présent arrêt de la clause facultative conduira inévitablement les Etats déclarants à dénoncer leur déclaration ou, à tout le moins, à en supprimer toute clause de préavis, pour éviter d'être cités comme défendeurs dans une instance introduite par d'autres Etats, libres eux-mêmes de se dégager à tout moment de la juridiction de la Cour. L'intérêt de la clause facultative en serait grandement diminué⁴³.

Ces opinions ne sont à notre avis pas fondées. Vouloir sauver le système de

40 Waldock, *op. cit.* (note 14), p. 266.

41 CPJI, sér. A, n° 22, p. 13.

42 Op. diss. Schwebel, affaire du *Nicaragua*, *CIJ Recueil* 1984, p. 628.

43 Op. ind. Oda, *ibid.*, p. 513.

44 C. Lang, *op. cit.* (note 4), p. 95.

juridiction obligatoire en lui enlevant tout élément d'obligation réel, c'est se livrer à un exercice logiquement redoutable et dont l'utilité pratique reste à être démontrée. C'est avec raison que C. Lang porte un jugement péremptoire sur de telles tentatives :

Au nom de la sauvegarde de la clause facultative, on risque en réalité de la faire mourir. A quoi sert le maintien de la clause si les Etats peuvent dénoncer leur déclaration juste avant le dépôt d'une requête à leur encontre ? Faust a retrouvé un semblant de jeunesse en vendant son âme au diable, mais il s'est perdu⁴⁴.

On peut aujourd'hui s'apercevoir que les prophéties pessimistes quant aux effets de l'arrêt du *Nicaragua* ne se sont d'ailleurs pas réalisées : il n'y a pas eu de déclin des déclarations facultatives ; quelques déclarations de plus sont au contraire venues s'ajouter au système.

La clause de dénonciation avec effet immédiat équivaut donc à échapper à toute obligation juridictionnelle en violation de l'esprit de l'article 36, § 2, du Statut. Si la réserve est incompatible avec le Statut, il faut conclure à sa nullité. Or, si la réserve sur la dénonciation avec effet immédiat est nulle, la déclaration entière l'est-elle aussi ? La question tourne autour du point de savoir si la réserve et le reste de la déclaration sont séparables⁴⁵. De manière sommaire, on peut dire que le critère est celui de savoir si l'Etat déclarant aurait fait la déclaration même sans la clause à détacher, ou si celle-ci était pour lui tellement essentielle que sans elle il se serait abstenu complètement de faire la déclaration.

En matière des déclarations qui nous intéressent ici, il faut admettre la « séparabilité » entre la clause litigieuse sur la dénonciation et le reste de la déclaration. Il faut donc admettre que la déclaration ne peut être dénoncée que moyennant un délai raisonnable. L'exigence d'un « délai raisonnable » à la place d'une « dénonçabilité » avec effet immédiat ne modifie pas radicalement la portée des engagements souscrits. On ne saurait par hypothèse juridique conclure qu'un Etat n'aurait pas fait la déclaration (*conditio sine qua non*) s'il ne se voyait pas accorder le droit de manipuler sa participation au système par des considérations *ad hoc* ; en d'autres termes : s'il avait su qu'il assumait une obligation juridictionnelle réelle, et non seulement une apparence d'obligation. Si l'on suit cette argumentation, la clause de l'effet immédiat est nulle mais détachable du reste de la déclaration qui

45 Voir l'article 44 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). Le problème s'est déjà posé en matière de réserves subjectives : cf. Kolb, *op. cit.* (note 26), pp. 652-654, avec de nombreux renvois.

subsiste. Ne contenant plus de précision sur le délai pour l'effet de la dénonciation, le droit international général s'applique. La dénonciation prend effet après un délai raisonnable.

5 ADMISSIBILITÉ EXCEPTIONNELLE D'UNE DÉNONCIATION AVEC EFFET IMMÉDIAT ?

La question se pose si une dénonciation avec effet immédiat – en dehors des cas discutés ci-devant – ne peut jamais se présenter. Interrogés par la dénonciation avec effet immédiat, peut-on répondre simplement : « jamais » ? Au moins un cas, il est vrai très particulier et inapplicable aujourd'hui, a pu se présenter dans la jurisprudence de la Cour, où une dénonciation avec effet immédiat est envisageable. Elle est admissible précisément parce que dans ce cas celle-ci ne se prête pas aux manipulations *ad hoc* dont il a été question plus haut. Et alors, en quelque sorte : *non eadem ratio, non idem ius*.

Dans l'affaire relative à *l'incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie) (Exceptions préliminaires, 1959)* se posait la question de savoir si l'article 36, § 5, du Statut de la Cour, qui opère un transfert automatique des déclarations facultatives faites sous le régime de la CPJI vers la nouvelle Cour pour la période de la déclaration qui n'est pas encore expirée, pouvait être appliqué à la déclaration de la Bulgarie. Cette déclaration avait été faite sous le régime de l'ancienne Cour et n'était pas encore expirée au moment de la création de la nouvelle Cour. Cependant, la Bulgarie ne devint membre des Nations Unies qu'en 1955. Dès lors, son acceptation de la compétence de la nouvelle Cour s'est faite à cette date. Est-ce que l'article 36, § 5, pouvait fonder la compétence de la Cour pour des incidents survenus avant la participation de la Bulgarie aux Nations Unies, en vertu d'un transfert de l'ancienne déclaration ? Comme l'on sait, la Cour répondit par la négative à la question posée, affirmant que l'article 36, § 5, ne s'applique qu'aux signataires de la Charte et non aux Etats qui pouvaient être admis à participer plus tard au système des Nations Unies⁴⁶. L'interprétation très élaborée de la Cour peut paraître peu convaincante : en effet, la Cour renversa sa jurisprudence dans des affaires qui ont suivi⁴⁷.

Dans leur opinion dissidente collective très bien argumentée – et plus convaincante que l'arrêt de la Cour – les juges H. Lauterpacht, Wellington Koo et Sir Percy Spender ont affirmé que le but principal de l'article 36, § 5, était d'assurer la plus grande continuité possible entre déclarations de l'ancienne Cour et de la nouvelle Cour, et que ceci s'appliquait tant aux

46 *CIJ Recueil 1959*, p. 136 s.

47 Affaire de la *Barcelona Traction*, *CIJ Recueil 1964*, p. 26 s., à propos de l'article 37 du Statut ; et affaire *Nicaragua (Compétence et recevabilité)*, *CIJ Recueil 1984*, p. 403 s.

signataires qu'à tous les Etats ayant ratifié le Statut de la Cour par la suite. Dès lors, l'effet de l'article 36, § 5, était simplement postposé au moment de l'admission aux Nations Unies, les obligations des anciennes déclarations facultatives étant suspendues jusqu'à ce moment. A cette place, les trois juges se sentirent obligés d'admettre un tempérament : *quid* si un Etat devient membre des décennies après la dissolution de la CPJI ? N'est-il pas excessif, dans ce cas, d'attribuer un effet de continuité à une déclaration si ancienne ? Peut-on attribuer une portée si extensive à l'article 36, § 5 ? Leur sens de la *fairness* induit ces juges à répondre par la négative. Tout Etat se trouvant dans ce genre de situation peut dénoncer sa déclaration ancienne si le temps écoulé depuis la dissolution de la CPJI est excessif⁴⁸. Les trois juges ne précisent pas si cette dénonciation très particulière aurait un effet immédiat. Cependant, on pourrait admettre un tel effet immédiat, précisément parce qu'aucun Etat partie au système ne pouvait de bonne foi s'attendre à ce qu'une telle succession s'opère de plein droit après une période si longue. La dénonciation avec effet immédiat permettrait ici d'éviter de tenir un Etat à une obligation excessive, par une interprétation déraisonnable de l'article 36, § 5. On voit qu'il ne s'agit en rien de la même situation que celle évoquée précédemment : il ne s'agit pas d'ouvrir la voie à des manipulations *ad hoc*, mais au contraire de préserver un Etat contre un automatisme inéquitable et excessif. On rappellera que la situation ne peut plus se poser depuis fort longtemps, car les situations de succession des déclarations de l'ancienne Cour ont toutes été définitivement réglées. Le cas évoqué ici est donc purement hypothétique.

6 CONCLUSION

Le domaine du règlement pacifique des différends – domaine auquel Lucius Caffisch s'est intéressé avec le talent et la perspicacité qu'on lui connaît – vit du difficile équilibre entre l'efficacité du règlement (ainsi que la *rule of law*) d'un côté, et la souveraineté de l'autre. Cet équilibre prend des formes toujours renouvelées suivant l'évolution du temps et de la société internationale. Dans la question qui nous intéresse ici, nous avons été amenés à donner clairement notre parti à l'efficacité et à la *rule of law* : l'atteinte que la dénonciation immédiate peut porter au système des clauses facultatives est tellement grave que les arguments de souveraineté ne sauraient prévaloir. Il reste désormais à voir quand la pratique de la Cour nous offrira le prochain précédent pertinent, à l'aune duquel notre question prendra peut-être un nouveau relief et une nouvelle dimension.

48 Voir *CIJ Recueil 1959*, p. 189.

LE RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS À L'OSCE

*Heinrich B. Reimann**

1. Quand, en 1975, les chefs d'Etats et les chefs de gouvernements ont signé l'Acte final d'Helsinki, une des premières réactions dans les cercles des internationalistes – spécialistes ou non – avait été de s'interroger quant à savoir si une organisation d'Etats pouvait fonctionner avec le régime du consensus en matière de prise de décision. Ce nouveau modèle contrastait nettement avec le système des Nations Unies d'alors, en pleine Guerre froide, où le vote restait la règle dans la prise de décision. Autrement dit, l'émergence de la règle du consensus en tant que principe du « decision making » dans les sphères internationales était nouvelle, pour ne pas dire révolutionnaire.

Aujourd'hui, en 2005, soit trente ans plus tard, la règle du consensus gouverne largement la conduite des relations internationales. La Convention sur l'interdiction des armes chimiques, par exemple, en a fait *expressis verbis* la règle dans le processus de décision. L'Agence atomique internationale, à Vienne, a comme habitude de tout mettre en oeuvre pour prendre ses décisions par consensus. Qui plus est, les présidents des organes internationaux s'efforcent aujourd'hui de faire passer les décisions par consensus alors qu'ils auraient la possibilité de les faire voter. Certes, l'idée de base est positive : une décision longuement négociée et tenant compte des intérêts majeurs des Etats impliqués repose sur un fondement solide et sa réalisation s'avère plus sûre. Mais une des raisons majeures de cette évolution remarquable consiste en ce que les représentants des gouvernements impliqués préfèrent de ne pas devoir adopter une position tranchée lors de la prise de décision sur le plan international. Il s'agit là d'un phénomène

* Docteur en droit, ancien ambassadeur de Suisse. L'auteur remercie sincèrement l'ambassade de Suisse à Prague de son aide précieuse.

nouveau dans la conduite des relations internationales. La quasi-absence d'exceptions le prouve. Ainsi, par exemple, la République fédérale d'Allemagne a maintenu la procédure devant la Cour internationale de Justice contre les États-Unis d'Amérique, pourtant un pays ami et allié, même après l'exécution des frères LaGrand¹.

2. C'est sur cette toile de fond de changements notables qu'il faut poser la question du règlement pacifique des différends en général et en particulier à l'OSCE.

L'on ne s'attardera pas longtemps sur le règlement pacifique des différends dans les relations internationales en général. D'abord, ce sujet n'est pas le propos de la présente contribution aux *Mélanges* en l'honneur du professeur Lucius Caflisch. Ensuite, cette question a déjà été traitée amplement par la doctrine, notamment par M. Caflisch lui-même².

À l'OSCE, la Convention de Stockholm du 15 décembre 1992, entrée en vigueur en 1994, a mis sur pied la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE, un cercle restreint il est vrai. Si elle était utilisée, cette cour offrirait aux États un cadre par excellence où régler pacifiquement leurs différends. Coexiste avec ce système de conciliation et d'arbitrage la méthode adoptée à La Valette en 1991, de même que pour certains cas particuliers, mais d'une manière très effective, on l'a vu, le Haut Commissaire pour les minorités nationales de l'OSCE, sous l'égide duquel des États ont réglé leurs différends de manière directe entre eux.

L'idée d'établir à l'intérieur de l'OSCE et autrefois de la CSCE, un mécanisme de règlement pacifique des différends fait partie intégrale de tout le processus d'abord de la CSCE, ensuite de l'OSCE. En 1973, la Suisse lança l'idée d'un véritable système de règlement pacifique des différends, déposant un projet de Convention à cet effet. La Suisse était – et est toujours – convaincue qu'un système de sécurité et de coopération devrait nécessairement inclure un mécanisme de règlement pacifique des différends pour être complet, à l'instar des traités, même beaucoup plus insignifiants et de portée géographique beaucoup plus restreinte, de protection des investissements, par exemple.

Dans un monde qui bannit le recours à la force et même la menace de recourir à la force, le seul moyen de régler les différends est un moyen pacifique incarné par une procédure comprenant l'intervention d'une tierce partie.

1 *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *CIJ Rec.* 2001.

2 Voir L. Caflisch, B. Godet, « La Suisse et le règlement pacifique des différends internationaux », in : A. Riklin, H. Haug, R. Probst, *Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik* (Berne/Stuttgart/Vienne, Haupt, 1992), pp. 957-971, incluant les multiples renvois ; de même que C. Honegger, « Friedliche Streitbeilegung durch regionale Organisationen », in : *Schweizer Studien zum Internationalen Recht*, vol. 34 (Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983).

A travers les étapes de Montreux (1978, Réunion d'experts), d'Athènes (1984, Réunion d'experts) et de Vienne (1989, Réunion CSCE), un premier pas a été atteint en 1991 à La Valette, suivi par la consécration qu'était l'adoption, à Stockholm le 15 décembre 1992, de la Convention instituant une Cour de conciliation et d'arbitrage, à laquelle 33 des 55 Etats membres de l'OSCE sont parties.

3. La non-utilisation de cette cour contraste nettement avec le nombre accru des recours, d'une part, à la Cour internationale de Justice à La Haye et, d'autre part, à la Cour permanente d'arbitrage, également à La Haye. Cette dernière, qui est ni une cour ni permanente³, peut toutefois connaître des conflits dont les parties ne sont pas exclusivement des Etats.

Comme les Etats ont de multiples choix de procédures de règlement pacifique des différends, la saisine de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE n'est pas obligatoire. Mais sa conception consistant à proposer une solution aux Etats en litige plutôt que de leur en imposer une, permettait d'espérer que la Cour serait plus volontiers invoquée par les Etats que la Cour internationale de Justice, qui elle est parfaitement maître de sa procédure et de ses décisions. C'est – nous l'avons vu – le contraire qui est arrivé.

4. Un des secrets les mieux gardés de la CSCE d'abord, et de l'OSCE ensuite, est leur aptitude formidable à influencer la marche des affaires internationales et de s'adapter aux nouvelles situations. La création de la CSCE elle-même était influencée par la Guerre froide. Les deux grandes puissances de l'époque s'étant arrangées de la situation, elles n'éprouvaient nullement le besoin de disposer à l'intérieur de la CSCE d'un système supplémentaire de règlement pacifique des différends. Ce qui leur convenait devait également convenir à leur clientèle respective. Ainsi, pendant la première décennie de l'existence de la CSCE, elles ont bloqué à tour de rôle toute décision qui aurait pu être prise à Montreux (1978) et à Athènes (1984).

Les choses changèrent d'une manière presque dramatique une fois le rideau de fer tombé – et la CSCE y était pour beaucoup. Des Etats en nombre croissant se défaisaient des deux blocs de la Guerre froide et commençaient à identifier leurs propres intérêts. La CSCE, devenant l'OSCE, réagissait en 1991 déjà à La Valette et finalement l'année d'après à Stockholm.

3 *Ibid.*, p. 962.

Dans un discours programmatique prononcé devant le Conseil permanent de l'OSCE à Vienne le 22 avril 2004, le professeur Caffisch, au nom du président de la Cour de conciliation et d'arbitrage⁴, s'interrogeait sur les possibles motifs de la non-utilisation de la Cour de l'OSCE par les Etats, tout en démontrant qu'ils ne pourraient pas être maintenus :

Pourquoi, dès lors, les Etats parties ont-ils hésité, à ce jour, à recourir à cette voie? Voici quelques motifs possibles.

Un premier facteur peut être l'attitude traditionnelle de quelques Etats consistant à n'accepter, comme moyens de règlement, que la consultation ou négociation. Or, il y a des situations où la négociation doit être guidée ou assistée – ce qui est, précisément, la tâche des conciliateurs.

Une attitude diamétralement opposée peut aboutir au même résultat : celles des Etats qui veulent obtenir un règlement contraignant fondé sur les préceptes du droit. Cette attitude, qui n'est pas en soi critiquable, ne doit cependant pas conduire à répudier la voie de la conciliation, mais à utiliser celle, complémentaire, de l'arbitrage.

Troisième type de motifs : le litige qui pourrait, le cas échéant, être porté devant la Cour rentre-t-il dans les catégories de controverses destinées à celle-ci ? A cette question, il convient de répondre, comme l'a fait le président de la Cour dans une intervention devant ce même Conseil le 18 septembre 1997, qu'il n'existe aucune limite quant aux matières pouvant être acheminées vers la Cour (...).

Quatrième type de motifs, enfin : l'enjeu des controverses interétatiques non aplanies par des négociations directes étant généralement considérable, les Etats peuvent hésiter à confier ces affaires à une instance de règlement qui n'a pas encore pu faire ses preuves. Une telle attitude serait toutefois en contradiction directe avec l'adoption et la ratification de la Convention de 1992. Ces démarches révèlent en effet que les Etats se sont sentis prêts non seulement à concevoir mais aussi à utiliser les moyens de règlement prévus. Qui plus est, la Cour mérite votre confiance. Il suffit de parcourir les listes des conciliateurs et d'arbitres de la Cour pour se rendre compte que les personnes qui y figurent offrent toute les garanties voulues ; qui plus est, les Etats parties qui ont acheminé leur litige vers la conciliation ou l'arbitrage ont un mot important à dire lorsqu'il s'agit d'arrêter la composition de l'organe à établir à cet effet. D'ailleurs les motifs qui viennent d'être évoqués ne trahissent pas, en général, une volonté de s'adresser à une autre institution ou de recourir à une autre voie, mais plutôt une absence de volonté de régler le différend⁵.

Aujourd'hui, il convient de regarder encore plus loin pour répondre à la question de savoir s'il existe encore d'autres possibilités pour la Cour d'assister les Etats qui cherchent son aide.

4 Le manuscrit de l'orateur fût ensuite distribué aux délégations.

5 *Ibid.*, pp. 4 s.

Vient immédiatement à l'esprit l'institution de l'avis consultatif, qui n'est pourtant pas directement prévu dans la Convention de Stockholm. L'on est tenté d'avoir recours à l'argument « qui peut le plus, peut le moins » (*e majore minus*), qui peut apparaître comme une interprétation osée. Mais il suffit qu'elle soit partagée par les Etats parties à la Convention.

5. Cette brève analyse montre que les Etats membres de l'OSCE sont loin d'avoir saisi toutes les possibilités de règlement pacifique des différends que leur offre l'organisation – le rôle du Haut Commissaire pour les minorités nationales s'étant révélé être le plus efficace.

Il peut y avoir, en général, une absence de volonté de régler les différends, comme le note le professeur Caffisch⁶ – ce qui cadre assez bien avec notre remarque introductive voulant que les représentants des gouvernements, de nos jours, préfèrent de manière générale ne pas devoir adopter une position tranchée lors de la prise de décision sur le plan international.

Mais les Etats membres de l'OSCE n'ont pas fait preuve de beaucoup d'imagination jusqu'à présent en n'utilisant qu'une partie des possibilités que leur offre l'organisation, pas seulement d'ailleurs en matière de règlement des différends. Trente ans après Helsinki, il est temps d'avancer, de préférence sur deux voies : qu'enfin une affaire interétatique soit traitée en vertu de la Convention de Stockholm ou encore de la méthode adoptée à La Valette, et que les Etats parties à la Convention de Stockholm, d'une manière ou d'une autre, reconnaissent à la Cour la compétence de délivrer des avis consultatifs.

6 *Ibid.*, p. 5.

 NO EXIT?

 A PRELIMINARY EXAMINATION OF THE LEGAL
 CONSEQUENCES OF UNITED STATES' NOTIFICATION OF
 WITHDRAWAL FROM THE OPTIONAL PROTOCOL TO THE
 VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS

W. Michael Reisman and Mahnoush H. Arsanjani***

Inès: . . . Et nous sommes ensemble pour toujours.

Estelle: Pour toujours, mon Dieu que c'est drôle! Pour toujours!

Garcin: Eh bien, continuons.

Sartre, Huis Clos

Enforcement mechanisms are notably absent in the genre of treaties called “standard-setting.” Where drafters do wish to provide for enforcement of the rights and obligations being negotiated, they incorporate a jurisdictional clause of some sort, usually at the end of the treaty.¹ But like some earlier post-war treaties, the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR) lodges the substantive rights and obligations in the body of the treaty itself while dedicating a separate optional protocol for States Parties to the Convention who may wish to adhere to a compulsory dispute settlement regime. The Optional Protocol of the VCCR states in its preamble that the parties to this Protocol are

* McDougal Professor of International Law, Yale University.

** Deputy Director, Codification Division, Office of Legal Affairs, United Nations; The views expressed in this article are personal views of the author.

1 See in this regard, H. Blix, J.H. Emerson (eds.), *The Treaty Maker's Handbook* (New York/Dobbs Ferry NY/Stockholm, Dag Hammarskjöld Foundation/Oceana/Almqvist & Wiksell, 1973), pp. 117-131. The more recent practice appears to be to lodge dispute resolution provisions within the body of the treaty.

Expressing their wish to resort in all matters concerning them in respect of any dispute arising out of the interpretation or application of the Convention to the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice, unless some other form of settlement has been agreed upon by the parties within a reasonable period.

Article I of the Protocol provides:

Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol.

Instruments like the Optional Protocol fall within the International Court's jurisdiction under Article 36(1) of the Statute, which provides:

The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and *all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.* [emphasis added]

As of 14 December 2005, 168 states were parties to the VCCR, of which 45 states had also become party to the Optional Protocol.

The Optional Protocol does not mention withdrawal. Indeed, Article IX, which designates the Secretary General of the United Nations as depositary and directs the depositary to notify parties to the Protocol of various events that are relevant to them, makes no reference, in its itemization of those events, to withdrawal.

The question of possible withdrawal from the Optional Protocol was academic until March 7, 2005. On that day, the United States Secretary of State Condoleezza Rice sent the following concise letter to Kofi Annan, Secretary General of the United Nations:

I have the honor on behalf of the Government of the United States of America to refer to the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes, done at Vienna April 24, 1963.

This letter constitutes notification by the United States of America that it hereby withdraws from the aforesaid Protocol. As a consequence of this withdrawal, the United States will no longer recognize the jurisdiction of the International Court of Justice reflected in that Protocol.²

2 Depository Notification Reference: C.N.186.2005. TREATIES-1, dated 11 March 2005. It was rumored that the United States' government had requested the Secretary General to effect the withdrawal within 60 days.

The United States' withdrawal from the Optional Protocol on compulsory settlement disputes before the International Court did not involve United States' withdrawal from or denunciation of the VCCR, whose obligations continue to bind the United States. It was, rather, an effort to exclude the jurisdiction of the International Court from reviewing US compliance with the obligations of the treaty.³

Is the United States' notification of withdrawal from the Optional Protocol legally effective?

I

A venerable postulate of international law holds that the jurisdiction of an international court or tribunal with respect to a state presupposes that that state has consented to jurisdiction. As the Permanent Court said in *Mavrommatis*,

[T]he Court, bearing in mind the fact that its jurisdiction is limited, that it is invariably based on the consent of the respondent and only exists in so far as this consent has been given, cannot content itself with the provisional conclusion that the dispute falls or not within the terms of the Mandate.⁴

The International Court of Justice has reiterated the same principle in many other cases.⁵

Arguably, consent to jurisdiction, like marriage vows, should be forever. But it need not be. A declaration accepting the jurisdiction of the International Court may be made “for a certain time,” in accordance with Article 36(3) of the Statute of the Court. But that clarification relates to Article 36(2). The question of withdrawal from a jurisdictional commitment to a treaty, coming under Article 36(1) of the Statute, with respect to a treaty containing substantive obligations but no explicit provision for withdrawal has become complicated and even uncertain in international law.

The jurisprudence of the International Court of Justice construing Article 36(1) and (2) of the Statute is instructive, though not necessarily dispositive of the more general question we are considering.

3 Deputy Spokesman, of the Department of State in reply to questions on reasons for withdrawal stated “when we signed up to the optional protocol, it is not anticipated that... cases would be referred to the ICJ and the ICJ would use the – and the optional protocol would be used to review cases of domestic criminal law. . . . [F]rankly, the way it’s [the optional protocol] being interpreted, the way it’s being used, go against the ideas – that we signed up for.” See Daily Press Briefing (10 March 2005), at <http://www.state.gov/r/pa/prs/dpb/2005/43225.htm>.

4 The *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ, series A, No. 2, at 16.

5 For a list of cases cited by the Court to confirm this principle see *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, *ICJ Reports 1995*, at para. 26.

One of the first incidents of a unilateral withdrawal from the jurisdiction of the Court was by Paraguay. In 1935, Paraguay, as one of the members of the League of Nations and a signatory to the Protocol of Signature of the Statute of the Permanent Court of International Justice, accepted the optional clause in Article 36(2) of the Statute by a declaration without any reservations. The relevant part of Paraguay's declaration reads:

Paraguay recognizes, purely and simply, as obligatory, as of right and without a special convention, the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice, as described in Article 36, paragraph 2, of the Statute.⁶

In February of 1938, Paraguay informed the League that it was withdrawing from the League and in April of the same year by a decree, which was communicated to the Secretary-General of the League, it withdrew from the Protocol. Several states, including Belgium, Bolivia, Brazil, Czechoslovakia, Netherlands and Sweden, questioned the legal effect of the withdrawal and whether Paraguay was entitled to take such action. But the question which they raised remained unresolved.

Some insight into how international judges view this problem in more recent cases and incidents can be gained from the *Nicaragua v. United States* case,⁷ which contains dicta pertinent to the question we are addressing. In 1946, the United States made a declaration under Article 36(2) of the Statute of the International Court accepting jurisdiction subject to certain qualifications, which was, according to the terms of the Declaration, to

remain in force for a period of five years and thereafter until the expiration of six months after notice may be given to terminate this declaration.⁸

On April 6, 1984, three days before Nicaragua filed an application to institute proceedings against the United States in the International Court, the United States filed with the Secretary-General a notification referring to the 1946 Declaration, stating that

The aforesaid declaration shall not apply to disputes with any Central American State or arising out of or related to events in Central America, any of which disputes shall be settled in such manner as the parties to them may agree.

6 Quoted in A. Fachiri, "Repudiation of the Optional Clause", 20 *BYBIL*, 1939, at 52. See K. Widdows, "The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause", 53 *BYBIL*, 1982, 83, at 97.

7 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Jurisdiction)*, ICJ Reports 1984, 392.

8 *Ibid.*, at para. 13.

Notwithstanding the terms of the aforesaid declaration, this proviso shall take effect immediately and shall remain in force for two years, so as to foster the continuing regional dispute settlement process which seeks a negotiated solution to the interrelated political, economic and security problems of Central America.⁹

In its application to the Court, Nicaragua relied, *inter alia*, on the 1946 declaration as a jurisdictional base, while the United States objected to jurisdiction, *inter alia*, on the basis of its 1984 notification. Nicaragua's legal position was that

The 1984 notification is ineffective because international law provides no basis for unilateral modification of declarations made under Article 36 of the statute of the Court, unless a right to do so has been expressly reserved.¹⁰

The US legal position was that

Declarations under Article 36 are *sui generis*, are not treaties, and are not governed by the law of treaties, and States have the sovereign right to qualify an acceptance of the Court's compulsory jurisdiction, which is an inherent feature of the Optional-Clause systems as reflected in, and developed by, State practice.¹¹

The United States also argued that fundamental changes had occurred since it had made its declaration in 1946 and that

to deny a right of modification to a State which had, in such an older declaration, not expressly reserved such a right would be inequitable and unjustified in the light of those changes in State practice.¹²

In the Court's view, no significance was to be attributed to whether the purported change was a termination or a modification:

The truth is that it is intended to secure a partial and temporary termination, namely to exempt, with immediate effect, the United States from the obligation to subject itself to the Court's jurisdiction with regard to any application concerning disputes with Central American States . . .¹³

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, at para. 52.

11 *Ibid.*, at para. 53.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, at para. 58.

The Court, relying largely on its holding in *Nuclear Tests*,¹⁴ held

Declarations of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court are facultative, unilateral engagements, that States are absolutely free to make or not to make. In making the declaration a State is equally free either to do so unconditionally and without limit of time for its duration, or to qualify it with conditions or reservations. In particular, it may limit its effect to disputes arising after a certain date; or it may specify how long the declaration itself shall remain in force, or what notice (if any) will be required to terminate it. However, the unilateral nature of declarations does not signify that the State making the declaration is free to amend the scope and the contents of its solemn commitments as it pleases.¹⁵

Thus, in the view of the Court, the United States was not free to disregard the six month notice clause in its declaration:

Although the United States retained the right to modify the contents of the 1946 Declaration or to terminate it, a power which is inherent in any unilateral act of State, it has, nevertheless assumed an inescapable obligation towards other States accepting the Optional Clause, by stating formally and solemnly that any such change should take effect only after six months have elapsed as from the date of notice.¹⁶

And this conclusion could be reached, reciprocity requirements notwithstanding, even though Nicaragua itself had retained the right of immediate denunciation of its own declaration under Article 36(2) of the Statute.¹⁷ Why? Because, the Court opined,

The right of immediate termination of declarations with indefinite duration is far from established. It appears from the requirements of good faith that they should be treated, by analogy, according to the law of treaties, which requires a reasonable time for withdrawal from or termination of treaties that contain no provisions regarding the duration of their validity.¹⁸

Animating all of these statements was the Court's conviction, expressed in *Nuclear Tests*, and confirmed in Nicaragua, that what was at stake was stability of expectations which required good faith:

14 *Nuclear Tests (Australia v. France)*, ICJ Reports 1974, at paras. 43, 46, 49.

15 *Supra* (note 7), at para. 59.

16 *Ibid.*, at para. 61.

17 *Ibid.*, at paras. 62 and 63.

18 *Ibid.*, at para. 63.

Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected.¹⁹

The United States had withdrawn from the case on the grounds that the Court had exceeded its jurisdiction and the US subsequently denounced its 1946 declaration. After the merits phase, Nicaragua, under a new government, withdrew the case from the Court.²⁰ These events do not, of themselves, necessarily reduce the potential precedential effect of an International Court judgment on the formation of international law. That said, it is not clear if the law with respect to Article 36 of the Statute is idiosyncratic and limited to construction of that provision or whether it is of general application.

II

The International Court's concern with stability of expectation becomes even more complex with the growth of a new genre of treaties reflecting fundamental changes in international politics and international law. Historically, international law was perceived as concerning matters essentially between states, as the "sole actors" or the "primary actors" of the system. Academic debates aside, it is clear that even after 1945 and the promulgation of the major human rights instruments²¹, individual human beings remained quite subordinate to states. It is only recently that the human rights movement has begun to elevate the actionable rights of individual human beings without requiring the case-by-case initiation of such action by their respective states. Independently actionable rights are now incorporated in new treaties and they are being retro-interpreted in existing treaties. The Inter-American Court of Human Rights clearly described this exceptional feature of, at

¹⁹ *Supra* (note 14), at para. 46.

²⁰ By a letter dated 12 September 1991, the Agent of Nicaragua informed the ICJ that his government had decided to renounce all further rights of action based on the case and did not wish to go on with the proceedings and directed the removal of the case from the Court's docket. See the ICJ Order of 26 September 1991, *ICJ Reports 1991*, at 47-48.

²¹ Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 (III), (1948); International Convention on the Elimination of all forms of Racial discrimination, GA Res. 2106A (XX) (1965); ICESCR, GA Res. 2200A (XXI) (1966); ICCPR, GA Res. 2200A(XXI) (1966); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, GA Res. 34/180 (1979); Convention on the Rights of the Child, GA Res. 44/25 (1989), etc.

least, human rights treaties in its Advisory Opinion OC-2/82, of September 24, 1982:

... modern human rights treaties in general, and the American Convention in particular, are not multilateral treaties of the traditional type concluded to accomplish the reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. Their object and purpose is the protection of the basic rights of individual human beings irrespective of their nationality, both against the State of their nationality and all other contracting States. In concluding these human rights treaties, the States can be deemed to submit themselves to a legal order within which they, for the common good, assume various obligations, not in relation to other States, but towards all individuals within their jurisdiction.²²

But the development is hardly limited to treaties that are formally entitled human rights instruments. Bilateral investment treaties, of which there are now more than 2000,²³ are concluded between states, but with the aim of protecting individuals who rely on them for making long-term investments, *inter alia*, by enabling the individual and corporate entities to activate state jurisdictional commitments without the need for the approval or action of their own states. The formal mode of treaty making has not changed significantly. Structurally governments remain as parties but now their acts of ratification and, particularly, denunciation can have significant – and direct – effects on the lives of many individuals.

As a result, there are now problems with the denunciation of treaty provisions on jurisdiction where substantive rights have been provided for individuals. Even where the treaty provides for denunciation, this problem may continue. Where a treaty is silent on unilateral denunciation, should the interpretation of Article 57 of the Vienna Convention on the Law of Treaties take into account the recent developments in the elevation of the right of individuals?

III

The issue of unilateral termination of all or part of a treaty is considerably simplified, though not necessarily solved, if the treaty in question provides

22 *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, IACHR, Series A, No. 1, at para. 29 (Advisory opinion at the request of the Inter-American Commission of Human Rights).

23 W.M. Reisman, R. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", 74 *BYBIL*, 2004, 115.

for withdrawal. Thus, Article 286 of Part XV of the United Nations Convention on the Law of Sea²⁴ establishes general jurisdiction for all parties to the Convention:

Subject to section 3, any dispute concerning the interpretation or application of this Convention shall, where no settlement has been reached by recourse to section 1, be submitted at the request of any party to the dispute to the court or tribunal having jurisdiction under this section.

Section 3 of Part XV sets out the limitations and exceptions to the applicability of Section 2. Article 298(1) of Section 3 provides:

1. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at *any time thereafter*, a State may, without prejudice to the obligations arising under section 1, declare in writing that it does not accept any one or more of the procedures provided for in section 2 with respect to one or more of the following categories of disputes:
 - (a) (i) disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations, or those involving historic bays or titles, provided that a State having made such a declaration shall, when such a dispute arises subsequent to the entry into force of this Convention and where no agreement within a reasonable period of time is reached in negotiations between the parties, at the request of any party to the dispute, accept submission of the matter to conciliation under Annex V, section 2; and provided further that any dispute that necessarily involves the concurrent consideration of any unsettled dispute concerning sovereignty or other rights over continental or insular land territory shall be excluded from such submission.²⁵

Note that the power assigned to states parties, in effect, to denounce a jurisdictional commitment that was facultative may be exercised at the moment of becoming party to the Convention or “at any time” after signing, ratifying or acceding to UNCLOS. This provision is problematic in that the exercise of the power it affords states parties may take effect immediately. As a result, the expectation of at least one of the states involved in negotiations that a failure to reach an amicable settlement would lead to a referral of the matter to the dispute settlement procedures of Part XV can be dashed by a sudden exercise of the power under Article 298(1).

²⁴ 1833 UNTS, 3, adopted on 10 December 1982.

²⁵ *Ibid.* (italics added).

In this regard, the Energy Charter Treaty's (ECT) more refined regime is quite instructive. Its Article 47 provides in relevant part

- (1) At any time after five years from the date on which this Treaty has entered into force for a Contracting Party, that Contracting Party may give written notification to the Depository of its withdrawal from the Treaty.
- (2) Any such withdrawal shall take effect upon the expiry of one year after the date of the receipt of the notification by the Depository, or on such later date as may be specified in the notification of withdrawal.
- (3) The provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party's withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date.²⁶

The ECT also provides for provisional application upon signature, unless the signing state indicates at that moment that it does not want the ECT to be applied to it provisionally. Article 45(3) provides

- (a) Any signatory may terminate its provisional application of this Treaty by written notification to the Depository of its intention not to become a Contracting Party to the Treaty. Termination of provisional application for any signatory shall take effect upon the expiration of 60 days from the date on which such signatory's written notification is received by the Depository.
- (b) In the event that a signatory terminates provisional application under subparagraph (a), the obligation of the signatory under paragraph (1) to apply Parts III and V with respect to any Investments made in its Area during such provisional application by Investors of other signatories shall nevertheless remain in effect with respect to those Investments for twenty years following the effective date of termination, except as otherwise provided in subparagraph (c).
- (c) Subparagraph (b) shall not apply to any signatory listed in Annex PA. A signatory shall be removed from the list in Annex PA effective upon delivery to the Depository of its request therefore."

The withdrawal regime of the ECT is quite logical. While earlier jurisprudence disallowed termination of a jurisdictional clause once it had been invoked by a party entitled to its operation, treaties concerned with encouraging direct foreign investment by ensuring international protections could not allow withdrawal from a jurisdictional clause upon which an investor had

26 The text of Energy Charter is reprinted in 34 *ILM*, 1995, 360.

relied, even though the investor had not yet invoked it, for the investor makes a long-term investment based, in part, on the availability of jurisdiction and while a state may easily withdraw its consent to jurisdiction, an investor may not then withdraw its sunk costs. Thus withdrawal from treaties of this nature may be possible only with respect to the substantive provisions and *pro futuro*, but cannot be effected with respect to parties who have made good faith investments on the expectation created by the state party in accepting the jurisdictional clause that an enforcement mechanism would be available, if needed. But, of course, this logical withdrawal regime is an explicit part of the treaty and cannot transmogrify itself into customary international law merely because it is logical.

IV

The legal situation becomes still more complicated when there is no explicit provision for withdrawal. One turns, perforce, to customary international law. The customary principle of international law on this matter appears first to have been enunciated in the Protocol of London of January 18, 1871. In 1870, Russia declared that it would no longer be bound by the provisions of the Treaty of Paris of 1856 which had limited Russia's right to maintain warships in the Black Sea and to move them through the Straits. A conference was convened in London in which Germany, Austria, Hungary, Italy, Great Britain, Russia and Turkey participated. The Conference declared that

c'est un principe essentiel du Droit des gens qu'aucune puissance ne peut se délier des engagements d'un traité, ni en modifier les stipulations, qu'à la suite de l'assentiment des parties contractantes, au moyen d'une entente amiable.²⁷

In her doctrinal study, Professor Bastid observed that this incident is particularly important because the states participating in the Conference and shaping the formulation of the Protocol "understood that they were expressing a rule of international law, declaring the law."²⁸

In 1958, the Soviet Union notified the allied governments that it considered that the Protocol of September 12, 1944 between the Soviet Union, the United States and Great Britain and the accompanying agreements had lost their legal force. The US position was that:

27 S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets* (Paris, Economica, 1985), p. 200. See also K. Widdows, *supra* (note 6), p. 94.

28 S. Bastid, *supra* (note 27).

[It] does not, in any way, accept a unilateral denunciation of the accords . . . ; nor is it prepared to relieve the Soviet Union from the obligations which it assumed in June, 1947. Such action has no legal basis, since the agreements can only be terminated by mutual consent.²⁹

The governments of the United States, the United Kingdom and France issued a communiqué after a conference of Foreign Ministers on December 12, 1958 stating that the Ministries of Foreign Affairs of the United States, Great Britain and France held as unacceptable a unilateral repudiation by the Soviet government of its obligations with respect to the French, American and British governments.³⁰

The International Law Commission, in preparing the draft for the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), devoted Draft Article 53 to “Denunciation of a treaty containing no provision regarding termination.” Article 53 appeared to soften the rather rigid position expressed in state practice, in providing:

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal.
2. A party shall give not less than twelve months’ notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1 of this article.

In its commentary, the Commission observed that

the very character of some treaties excludes the possibility that the contracting States intended them to be open to unilateral denunciation or withdrawal at the will of an individual party. Treaties of peace and treaties fixing a territorial boundary are examples of such treaties. Many treaties, however, are not of a kind with regard to which it can be said that to allow a unilateral right of denunciation or withdrawal would be inconsistent with the character of the treaty.³¹

The Commission noted the division among jurists as to whether withdrawal from a treaty which does not provide an explicit withdrawal procedure

29 The United States expressed the view that the agreements made by The Four Powers were not obsolete because the Soviet Union had “already obtained the full advantage there from and now wishes to deprive the other parties of their compensating advantages.” *Ibid.*, p. 428. M.M. Whiteman, *Digest of International Law* (Washington, Department of State, 1970), p. 429.

30 *Ibid.*

31 *Yearbook of the ILC*, 1966, Vol. II, at 250.

requires the consent of all other parties or whether it may be effected unilaterally. The Commission continued:

The difficulty of the problem is well illustrated by the discussions which took place at the Geneva Conference on the Law of the Sea concerning the insertion of denunciation clauses in the four conventions drawn up at the conference.³² None of the conventions contains a denunciation clause. They provide only that after five years from the date of their entry into force any party may at any time request the revision of the Convention, and that it will be for the General Assembly to decide upon the steps, if any, to be taken in respect of the request. The Drafting Committee, in putting forward this revision clause, observed that its inclusion “made unnecessary any clause on denunciation”. Proposals had previously been made for the inclusion of a denunciation clause and these were renewed in the plenary meeting, notwithstanding the view of the Drafting Committee. Some delegates thought it wholly inconsistent with the nature of codifying conventions to allow denunciation; some thought that a right of denunciation existed anyhow under customary law; others considered it desirable to provide expressly for denunciation in order to take account of possible changes of circumstances. The proposal to include the clause in the “codifying” conventions was rejected by 32 votes to 12, with 23 abstentions. A similar proposal was also made with reference to the Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, which formulated entirely new law. Here, opponents of the clause argued that a right of denunciation would be out of place in a convention which created new law and was the result of negotiation. Advocates of the clause, on the other hand, regarded the very fact that the convention created new law as justifying and indeed requiring the inclusion of a right of denunciation. Again, the proposal was rejected, by 25 votes to 6, with no less than 35 abstentions. As already mentioned, no clause of denunciation or withdrawal was inserted in these conventions and at the subsequent Vienna Conferences on Diplomatic and Consular Relations, the omission of the clause from the conventions on those subjects was accepted without discussion. However, any temptation to generalize from these Conferences as to the intentions of the parties in regard to the denunciation of “law-making” treaties is discouraged by the fact that other conventions, such as the Genocide Convention and the Geneva Conventions of 1949 for the Protection of War Victims, expressly provide for a right of denunciation.³³

The Commission itself was not entirely clear about the criteria for determining whether a state party to a treaty may withdraw from it in the absence of any provision to that effect. While preferring, as admissible indicators of the intention of the parties, criteria which were more *factual*, the

32 United Nations Conference on the Law of the Sea, *Official Records*, Vol. II, at 19, 56 and 58.

33 *Ibid.*, at 251.

Commission nonetheless introduced in the Commentary to the draft article the “character” of a treaty as a relevant factor. This created an ambiguity. The Commission considered that:

[T]he character of the treaty is only one of the elements to be taken into account, and a right of denunciation or withdrawal will not be implied unless it appears from the general circumstances of the case that the parties intended to allow the possibility of unilateral denunciation or withdrawal.³⁴

As a result, the Commission has been criticized for failing to provide a clear rule on unilateral denunciation of treaties which themselves do not provide a clause for such a denunciation, indeed, according to some critics of having formulated a rule that may have “clouded the issue for ever”.³⁵

Be that as it may, when the Vienna Conference took up the matter, it only confused it further. While the Commission had retained in the text of the draft article the intention of the parties as the relevant criterion and referred to the relevance of the nature of the treaty only in the Commentary, the drafters at the Vienna Conference, following a proposal by the United Kingdom, made the nature of the treaty an independent criterion and placed it in the article. Only a few delegations objected to the new drafting on the ground that it introduced an element of uncertainty,³⁶ a view shared by Sir Humphrey Waldock, the Expert Consultant, and previously the International Law Commission’s Special Rapporteur for the topic. Sir Humphrey stated that the Commission had opted for stability of treaty relations unless the intentions of parties indicated otherwise and had only enumerated factors that were relevant in determining the intention of the parties: the character of the treaty, the circumstances of its conclusion or the statements of the parties.³⁷ He expressed concern about the amendments proposed by the United Kingdom and others because of the potential ambiguity created by making the “character of the treaty a separate element bearing no relation to the statements of the parties or to the circumstances surrounding the conclusion of the treaty”.³⁸

34 *Yearbook of the ILC*, 1966, Vol. II, at 251, para (5) of the commentary to draft article 53.

35 For a detailed analysis of Commission’s work see K. Widdows, *supra* (note 6), at 83-93.

36 See statements by the representative of Finland at the Committee of the Whole of the Vienna Conference, *United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, 26 March-24 May 1968*, Official Records, A/Conf.39/11, at 339, para. 6, and at 477, para. 14. See also statements by the representatives of Turkey (*ibid.*, at 341, para. 23) and the United States (*ibid.*, at 342, para. 37).

37 *United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, 26 March-24 May 1968*, Official Records, A/Conf.39/11, at 342, paras 44 and 45.

38 *Ibid.* at para. 45.

At the Vienna Conference, ILC Draft Article 53 became Article 56. It provides:

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:
 - (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or
 - (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.
2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

Professor Capotorti, in his Hague Lectures, noted that “La Conférence de Vienne a préféré adopter une attitude plus souple; elle a donc inséré dans l'article 56 la possibilité que le droit de dénonciation ou de retrait soit déduit de la nature du traité” (art. 56, par. 1, al. b).³⁹ Still, Professor Capotorti observed, the authors of the Convention were careful to “formuler cette règle de façon à la faire apparaître comme exceptionnelle.”⁴⁰

Article 56 of the VCLT thus directs inquiry to the intentions of the parties as well as to the “nature of the treaty.” As Sir Humphrey feared, the two apparently equal alternatives present some problems to the applier of this provision, since the text does not indicate which of the alternatives prevails. In any event, the VCLT requires a categorization of treaties in order to determine which are subject to unilateral withdrawal and which are not. This is not, as Professor Capotorti observes, an easy matter to research.

The problem arose, in aggravated form, on June 9, 1971, when Senegal informed the Secretary-General of the United Nations, the Depositary of the Geneva Conventions, that it was denouncing the 1958 Geneva Conventions on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, and on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas.⁴¹ It was the first time that the Depositary was confronted with a state withdrawing from a treaty which itself contained no provision for withdrawal.⁴²

39 F. Capotorti, “L’extinction et la suspension des traités,” 134 *RCADI*, 1971, at 538-539.

40 *Ibid.* at 539.

41 For the notification see 781 UNTS, 332.

42 There are several instances of state withdrawal from treaties establishing international organizations which contain no provision for withdrawal. For example, the Charter of the United Nations, contrary to the Covenant of the League of Nations, intentionally contains no provision for withdrawal. At the San Francisco Conference, the proposal by Canada for such a provision

Initially, the Secretary-General was reluctant to accept the notification, taking the view that the Geneva Conventions could not be denounced. In this construction, he could neither inform the contracting parties that Senegal had given notice of withdrawal nor register that notice as a “subsequent action which effects a change in the Parties”.⁴³

was defeated. However, the Committee I/2 of the San Francisco Conference specially stated that the absence of such a clause was not intended to impair the right to withdrawal based on sovereign equality of states. Commission I included the following commentary on withdrawal:

The Committee adopts the view that the Charter should not make express provision either to permit or to prohibit withdrawal from the Organization. The Committee deems that the highest duty of the nations which will become Members is to continue their cooperation within the Organization for the preservation of international peace and security. If, however, a Member because of exceptional circumstances feels constrained to withdraw, and leave the burden of maintaining international peace and security on the other Members, it is not the purpose of the Organization to compel that Member to continue its cooperation in the Organization.

...
 [A member State is not] bound to remain in the Organization if its rights and obligations as such were changed by the Charter amendment in which it has not concurred and which it finds itself unable to accept, or if an amendment duly accepted by the necessary majority in the Assembly or in a general conference fails to secure the ratification necessary to bring such amendment into effect.

See *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco 1945*, Vol. VI, Commission I, p. 249. So far, only one state purported to withdraw from the Charter. In 1965 Indonesia informed the Secretary General that because of the election of Malaysia as a non-permanent member of the Security Council it had decided to withdraw from the United Nations. A year after, Indonesia decided to return to the UN. With the consent of the General Assembly, Indonesia's absence was considered as “a cessation of cooperation” and Indonesia was permitted to take its seat. Indonesia also agreed to make an appropriate payment for the period it was absent as it assessed contribution. For a detailed review of the withdrawal of Indonesia, see Egon Schwelb, “Withdrawal from the United Nations: The Indonesian Intermezzo”, 61 *AJIL*, 661. For withdrawal of some states from specialized agencies, see N. Feinberg, “Unilateral withdrawal from an International Organization”, 39 *BYBIL*, 189.

43 See the statement by the representative of Senegal at the Committee on the Peaceful Uses of Sea-bed and Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction, A/AC.138/SR.73, pp. 30-32. The Vienna Convention on the Law of Treaties was not yet in force at that time, and at any case in accordance with its article 4 did not apply to treaties concluded before the entry into force of the VCLT.

Nevertheless, the VCLT was viewed as the best evidence of the *opinio juris* on that subject. One hundred and ten states had participated in the Conference in Vienna and in general its provisions were adopted by large majorities. A solution to the problem was therefore sought in the context of Article 56 of the Vienna Convention. The question was whether the Geneva Conference intended to allow withdrawal or denunciations by states parties. While the answer is not entirely clear, there were at least two indications leading to a conclusion that the Conference intended to reject that possibility. A denunciation clause was rejected by a vote of 32 to 12, with 23 abstentions. In addition, the Chairman of the Drafting Committee reporting on the recommendations of the Committee, stated that a provision on “revision” of the Conventions, made “unnecessary any clause on denunciation”. It was therefore reasonable to conclude that states at the Geneva Conference did not intend to allow for denunciation or withdrawal from the Conventions. As to whether a right to denunciation or withdrawal may be implied by

The Secretary-General's problem derived from the essential nature of a Depositary's function. The Depositary's function under Article 77 of the VCLT, in addition to receiving and maintaining custody of treaties and communications, is to examine whether "the signature or any instrument, notification or communication relating to the treaty is in due and proper form and, if need be, bringing the matter to the attention of the State in question." The Depositary is responsible for the protection of the interest of all states parties to a treaty and not only those that are taking a particular action ostensibly under the treaty. Hence the Depositary is obliged to remain impartial and cannot give the appearance of accepting and circulating, as legally valid, a denunciation to which other parties might have a right to object.

Given these complex cross-currents, it is not surprising that it took the Depositary almost two years and a number of exchanges with Senegal as well as discussions elsewhere to decide how to proceed. The Secretary-General finally agreed to receive Senegal's notification, but to circulate it to states parties along with all the other correspondence he had exchanged with Senegal regarding the matter. He also agreed to register the notification as a communication by Senegal rather than as an *ex officio* registration, as would have normally been done for treaties containing a provision on withdrawal according to which the Secretariat could have responsibility for initiating action and had authority for dealing with all aspects of the question:

In the absence of pertinent clauses in the Conventions concerned and of specific instructions from the Parties, the Secretary-General, in his capacity as the depositary, did not consider himself authorized to receive the notification of denunciation in deposit. Consequently, the said notification of denunciation could not be registered *ex officio* under the procedure set forth in article 4, 1, c, of the General Assembly Regulations to give effect to Article 102 of the Charter; instead, the registration of this certified statement was effected in the name of the Government of Senegal, in accordance with article 2(1) of the said Regulations, as at the date of receipt of the notification of denunciation.⁴⁴

The United Kingdom objected to Senegal's purported withdrawal on the ground that the two Conventions contain no provisions for withdrawal; accordingly,

the nature of the treaty, reliance was made on the examples given in the commentary to draft article 53 by the ILC which referred to "treaties of alliance" and "treaties which, although of indefinite duration, were intrinsically temporary in character". The Geneva Conventions were not viewed to fall under either category. The conclusion was therefore that the Geneva Conventions prohibited denunciation or withdrawal.

44 781 UNTS, 332, footnote 3. Once it was decided how to proceed with Senegal's notification, the notification was effected as of the date of its receipt by the Depositary.

it could not accept the validity or effectiveness of Senegal's denunciation and considered Senegal still bound by those Conventions:

... As regards the notification by the Government of Senegal purporting to denounce the two Conventions of 1958, the Government of the United Kingdom wish to place on record that in their view those Conventions are not susceptible to unilateral denunciation by a State which is a party to them and they therefore cannot accept the validity or effectiveness of the purported denunciation by the Government of Senegal.⁴⁵

In 1976, Senegal notified the Secretary-General of its denunciation of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf, with effect on the thirtieth day after the date of the receipt of the notification. In this instance, the Depositary followed the same procedure as in the previous notification. The United Kingdom made the same objection to Senegal's withdrawal.⁴⁶

North Korea was the second state that purported to exit a treaty which did not include any provision for withdrawal. On August 23, 1997, North Korea informed the Secretary-General that it was withdrawing from the International Covenant on Civil and Political Rights. The Secretary-General, as the Depositary, took the position that since the Covenant does not have a withdrawal clause and the provisions of Article 56 of the VCLT with respect to the intention or the character of the treaty did not apply to the Covenant, withdrawal was not legally possible:

As the Covenant does not contain a withdrawal provision, the Secretariat of the United Nations forwarded on 23 September 1997 an aide-mémoire to the Government of the Democratic People's Republic of Korea explaining the legal position arising from the above notification.

As elaborated in this aide-mémoire, the Secretary-General is of the opinion that a withdrawal from the Covenant would not appear possible unless all States Parties to the Covenant agree with such a withdrawal.⁴⁷

Nevertheless, the Depositary circulated the aide-mémoire and the notification by North Korea to all states parties.

Thus, in both of the cases of purported unilateral withdrawal from a treaty which did not contain a provision for it, the legal outcome remained uncertain. Apparently, Senegal and North Korea believe that they are no

45 854 UNTS, at.214 and 220.

46 See ST/LEG/SER.E/21, Vol. II, at.228, footnote 5.

47 See ST/LEG/SER.E/21, Vol. I, 164, at.208, footnote 7.

longer bound by the respective multilateral treaties which each had denounced, while some other parties to the treaty believe that those two states are still bound. The Secretary-General of the United Nations, as Depositary, seemed to hold the view which withdrawal from a multilateral treaty that does not contain a provision to that effect nor other indicators that the parties intended it, or it is implied in the nature of the treaty, remains in effect unless and until all other States Parties agree to the withdrawal.

The Secretary General also seems to hold the view that the nature of human rights treaties is such that they do not fall in the category of treaties implying a right of denunciation. The special status of human rights treaties was also stressed in 1998 by the Human Rights Committee in its General Comment No. 26(61):

The International Covenant on Civil and Political Rights does not contain any provision regarding its termination and does not provide for denunciation or withdrawal. Consequently, the possibility of termination, denunciation or withdrawal must be considered in the light of applicable rules of customary international law which are reflected in the Vienna Convention on the Law of Treaties. On this basis, the Covenant is not subject to denunciation or withdrawal unless it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal or a right to do so is implied from the nature of the treaty.

...

The rights enshrined in the Covenant belong to the people living in the territory of the State party. The Human Rights Committee has consistently taken the view, as evidenced by its long-standing practice, that once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with the territory and continues to belong to them, notwithstanding change in Government of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant.

The Committee is therefore firmly of the view that international law does not permit a State which has ratified or acceded or succeeded to the Covenant to denounce it or withdraw from it.⁴⁸

In the case of the United States' denunciation of the Optional Protocol, the Secretary-General simply communicated the operative paragraph of Secretary of State Rice's letter of March 7, 2005 without comments.⁴⁹

48 Report of the HRC, GA Official Records, Fifty-third session, supp. No. 40 (A/53/40), Vol. I, Annex VII.

49 The Depositary Notification reads:

The Secretary-General of the United Nations, acting in his capacity as depositary, communicates the following: [US notification]

In *Nicaragua*, as we saw, the International Court observed that “[t]he right of immediate termination of declarations with indefinite duration is far from established.”⁵⁰ Do or should declarations to human rights instruments be treated differently from other treaties. In *Avena*,⁵¹ the Court explicitly avoided the question of whether all or certain provisions in the VCCR constituted a human rights instrument. Other international tribunals have confronted this question directly.

V

Two cases decided by the Inter-American Court of Human Rights address the question of whether a state may withdraw its declaration recognizing the contentious jurisdiction of the court over disputes arising under the American Convention on Human Rights (Pact of San Jose) of 1969.⁵² Unlike the VCCR and its Optional Protocol, the American Convention contains both substantive human rights law and jurisdictional provisions in a single instrument. As to the jurisdiction of the Inter-American Court, the relevant sections of Article 62 provide:

1. A State Party may, upon depositing its instrument of ratification or adherence to this Convention, or at any subsequent time, declare that it recognizes as binding, ipso facto, and not requiring special agreement, the jurisdiction of the Court on all matters relating to the interpretation or application of this Convention.
2. Such declaration may be made unconditionally, on the condition of reciprocity, for a specified period, or for specific cases. It shall be presented to the Secretary General of the Organization, who shall transmit copies thereof to the other member states of the Organization and to the Secretary of the Court.

Supra (note 2). In contrast to the two previous withdrawals, which we considered above, this notification of withdrawal was not accompanied by a legal memorandum. In addition, the publication of “The Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General” reflects the US withdrawal differently from those of the withdrawal of Senegal and the Democratic Republic of Korea. While the dates of signature and ratification of the US of the Optional Protocol are placed in square brackets, the relevant dates of the other two states are not. It remains to be seen whether this is an exception or signals a change of legal position.

50 *Supra* (note 7), para. 63.

51 *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), *ICJ Reports* 2004.

52 OAS Treaty Series No. 36, 1144 UNTS 123. The Convention entered into force on 18 July 1978.

Article 78 provides:

1. The States Parties may denounce this Convention at the expiration of a five-year period from the date of its entry into force and by means of notice given one year in advance. Notice of the denunciation shall be addressed to the Secretary General of the Organization, who shall inform the other States Parties.
2. Such a denunciation shall not have the effect of releasing the State Party concerned from the obligations contained in this Convention with respect to any act that may constitute a violation of those obligations and that has been taken by that state prior to the effective date of denunciation.

There are four types of adherence in Article 62(2) from which a declaring state may choose: an unconditional declaration; a declaration conditioned on reciprocity; a declaration for a limited period of time; and a declaration for specific cases. The first three options may be conjoined in different ways, in the sense that a state may declare (i) unconditionally yet (ii) for a limited period of time or it may declare (i) on the basis of reciprocity but (ii) for a limited period of time.

If a state declares (i) unconditionally without limiting the period for which its declaration is to be in force or (ii) declares on the basis of reciprocity without limiting the period for which its declaration is to be in force, may it later decide to withdraw or amend its declaration? Article 78 permits a state party, five years after having become a party, to denounce the entire Convention, with apparently immediate, though not retroactive effect. But may a state which had made an unconditional jurisdictional declaration simply withdraw its jurisdictional declaration while remaining a party to the Convention?

That is precisely what Peru purported to do. In the *Ivcher Bronstein* case⁵³, the Inter-American Court addressed the issue directly. In interpreting Article 62 of the Convention dealing with acceptance of the jurisdiction of the Court, the Inter-American Court took note of the special nature of the treaty. It is worthwhile quoting the relevant passages of the judgment *in extenso*:

35. Interpreting the Convention in accordance with its object and purpose (cf., *infra* 39), the Court must act in a manner that preserves the integrity of the mechanism provided for in Article 62(1) of the Convention. That mechanism cannot be subordinated to any restrictions that the respondent State might add to the terms of its recognition of the Court's binding jurisdiction,

53 *Ivcher Bronstein v. Peru*, IACHR, Judgment of 6 February 2001, Series C no. 74.

as that would adversely affect the efficacy of the mechanism and could obstruct its future development.

36. Acceptance of the Court's binding jurisdiction is an ironclad clause to which there can be no limitations except those expressly provided for in Article 62(1) of the American Convention. *Because the clause is so fundamental to the operation of the Convention's system of protection, it cannot be at the mercy of limitations not already stipulated but invoked by States Parties for internal reasons.*
37. The States Parties to the Convention must guarantee compliance with its provisions and its effects (*effet utile*) within their own domestic laws. This principle applies not only to the substantive provisions of human rights treaties (in other words, the clauses on the protected rights), but also to the procedural provisions, such as the one concerning recognition of the Tribunal's contentious jurisdiction.⁵⁴ That clause, essential to the efficacy of the mechanism of international protection, must be interpreted and applied in such a way that the guarantee that it establishes is truly practical and effective, given the special nature of human rights treaties (*cf. infra* 42 to 45) and their collective enforcement.
- ...
39. ... There is no provision in the Convention that expressly permits the States Parties to withdraw their declaration of recognition of the Court's binding jurisdiction. Nor does the instrument in which Peru recognizes the Court's jurisdiction, dated January 21, 1981, allow for that possibility.
40. An interpretation of the Convention done "in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose" leads this Court to the view that a State Party to the American Convention can only release itself of its obligations under the Convention by following the provisions that the treaty itself stipulates. In the instant case, under the Convention, the only avenue the State has to disengage itself from the Court's binding contentious jurisdiction is to denounce the Convention as a whole (*cf. infra* 46, 50); if this happens, then the denunciation will only have effect if done in accordance with Article 78, which requires one year's advance notice.
41. Article 29(a) of the American Convention provides that no provision of the Convention shall be interpreted as permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in the Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for therein. *Any interpretation of the Convention that allows a State Party to withdraw its recognition of the Court's binding jurisdiction, as Peru would in the instant case, would imply suppression of the exercise of the rights and freedoms recognized in the Convention, would be contrary*

54 European Commission of Human Rights, Applications No. 15299/89, 15300/89 and 15318/89, *Chrysostomos et al. v. Turkey* (1991), *Decisions and Reports*, Strasbourg, C.E., [1991] Vol. 68, at 216-253.

to its object and purpose as a human rights treaty, and would deprive all the Convention's beneficiaries of the additional guarantee of protection of their human rights that the Convention's jurisdictional body affords.

42. The American Convention and the other human rights treaties are inspired by a set of higher common values (centered around the protection of the human person), are endowed with specific supervisory mechanisms, are applied as a collective guarantee, embody essentially objective obligations, and have a special character that sets them apart from other treaties. The latter govern mutual interests between and among the States Parties and are applied by them, with all the juridical consequences that follow therefrom for the international and domestic legal systems. . . .
- [The Court relied on the special nature of human rights treaties and cited in support paragraph 29 of its Advisory Opinion OC-2/82, of September 24, 1982, titled *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, ICJ Advisory Opinion on *Reservations to the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951)⁵⁵, and the decisions of the European Commission on Human Rights in *Austria vs. Italy* case (1961)⁵⁶, and the European Court of Human Rights in *Ireland vs. the United Kingdom* (1978)⁵⁷ and *Soering vs. United Kingdom* case (1989)⁵⁸.]
46. The optional clause recognizing the contentious jurisdiction of the Inter-American Court is of particular importance to the operation of the system of protection embodied in the American Convention. When a State consents to that clause, it binds itself to the whole of the Convention and is fully committed to guaranteeing the international protection of human rights that the Convention embodies. A State Party may only release itself from the Court's jurisdiction by renouncing the treaty as a whole (*cf. supra* 40, *infra* 50). The instrument whereby it recognizes the Court's jurisdiction must, therefore, be weighed in light of the object and purpose of the Convention as a human rights treaty.
47. No analogy can be drawn between the State practice detailed under Article 36(2) of the Statute of the International Court of Justice and acceptance of the optional clause concerning recognition of the binding jurisdiction of this Court, given the particular nature and the object and purpose of the American Convention. The European Court of Human Rights ruled similarly in its judgment on preliminary objections in the *Loizidou vs. Turkey* case (1995), in connection with optional recognition of the European Court's binding jurisdiction (Article 46 of the European Convention, before

55 *ICJ Reports 1951*, 15.

56 European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application No. 788/60, *Austria vs. Italy* case, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1961, at 140.

57 ECHR, *Ireland vs. United Kingdom* case, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, at 90, para. 239.

58 ECHR, *Soering Case*, decision of 26 January 1989, Series A no. 161, at para. 87.

- Protocol XI to the European Convention entered into force on January 1, 1998).⁵⁹ The European Court held that the European Convention was a law-making treaty.⁶⁰
48. *In effect, international settlement of human rights cases (entrusted to tribunals like the Inter-American and European Courts of Human Rights) cannot be compared to the peaceful settlement of international disputes involving purely interstate litigation (entrusted to a tribunal like the International Court of Justice); since, as is widely accepted, the contexts are fundamentally different, States cannot expect to have the same amount of discretion in the former as they have traditionally had in the latter.*
 49. A unilateral juridical act carried out in the context of purely interstate relations (e.g. recognition, promise, protest, renunciation) and independently self-consummated, can hardly be compared with a unilateral juridical act carried out within the framework of treaty law, such as acceptance of an optional clause recognizing the binding jurisdiction of an international court. That acceptance is determined and shaped by the treaty itself and, in particular, through fulfillment of its object and purpose.
 50. A State that recognized the binding jurisdiction of the Inter-American Court under Article 62(1) of the Convention, is thenceforth bound by the Convention as a whole (*cf. supra* 40 and 46). The goal of preserving the integrity of the treaty obligations is from Article 44(1) of the Vienna Convention, which is based on the principle that the denunciation (or “withdrawal” of recognition of a treaty’s mechanism) can only be vis-à-vis the treaty as a whole, unless the treaty provides or the Parties thereto agree otherwise.
 51. The American Convention is very clear that denunciation is of “this Convention” (Article 78) as a whole, and not denunciation of or “release” from parts or clauses thereof, since that would undermine the integrity of the whole. Applying the criteria of the Vienna Convention (Article 56(1)), it does not appear to have been the Parties’ intention to allow this type of denunciation or release; nor can denunciation or release be inferred from the character of the American Convention as a human rights treaty.⁶¹

Thus, the Court held that Peru could not withdraw its acceptance of the jurisdiction of the Court.

The Court’s reasoning is not without difficulty, for the treaty in question does not require states parties to accept jurisdiction at all, let alone accept it without conditions and limitations. It is not clear why a state party that accepts jurisdiction unconditionally should thereafter be denied the benefits that accrue to a state party which never accepted jurisdiction or accepted it

59 ECHR, *Case of Loizidou vs. Turkey* (Preliminary Objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310 at 25, paras. 82 and 68.

60 *Ibid.*, at 25, para. 84.

61 *Supra* (note 53).

conditionally. If the objectives of the treaty can be accomplished by parties that never accept jurisdiction why would they be disserved by a state that accepted but then withdrew a jurisdictional commitment? Surely, one cannot argue that a withdrawal from the jurisdictional clause weakens the treaty regime when that very regime did not require adherents to accept jurisdiction as a condition to becoming party to the treaty. Nor does the essential reliance argument of the ICJ apply to a human rights treaty whose benefits enure to nationals of the state in question, a class of people whose members can hardly be said to have become nationals of that state because of its jurisdictional commitment to a human rights treaty.

VI

The Inter-American Court of Human Rights decisions in the *Ivcher Bronstein*⁶² and the *Constitutional Court*⁶³ cases introduced two innovations with regard to unilateral withdrawal from treaties. First, the Court emphasized the integrality of a dispute resolution commitment and the substantive obligations in a multilateral treaty. Second, it treated human rights treaties as a *lex specialis* for purposes of withdrawal.⁶⁴ Under this type of theory, the insertion of such commitments in multilateral treaties may, perhaps, be distinguished from a pure jurisdictional commitment, such as those taken by states making declarations under Article 36(2) of the Statute of the International Court of Justice.

Are the rights under Article 36 of the VCCR human rights? The Inter-American Court of Human Rights had occasion to address this question in its Advisory Opinion 16, “The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law.”⁶⁵ Article 64(1) of the American Convention provides:

1. The member states of the Organization may consult the Court regarding the interpretation of this Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states. Within their spheres of competence, the organs listed in Chapter X of the Charter of the Organization

62 *Ibid.*

63 IACHR, Series C I/A, No. 55 (Competence).

64 In *Avena*, as we saw, the ICJ explicitly avoided dealing with this question. See para. 124, *op. cit. supra*.

65 Advisory Opinion OC-16/99 of 1 October 1999, Requested by the United Mexican States, ‘The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law’, Series A, No. 16.

of American States, as amended by the Protocol of Buenos Aires, may in like manner consult the Court.”

On December 9, 1997, Mexico submitted 12 questions to the Court on which it sought an opinion. The questions which are relevant to our inquiry are the following:

1. Under Article 64(1) of the American Convention, should Article 36 of the Vienna Convention (on Consular Relations) be interpreted as containing provisions concerning the protection of human rights in the American States?
 . . .
11. With regard to the arrest and detention of aliens were crimes punishable by death and in the framework of Article 3(1) of the Charter and Article 2 of the Declaration, is failure to notify the detainee or defendant immediately of the rights conferred on him in Article 36(1)(b) of the Vienna Convention compatible with the Charter of Human Rights, which contains the term without distinction of nationality, and with the right to equality before the law without distinction as to any factor, as enshrined in the Declaration?”

With respect to the first question, the Inter-American Court held:

72. For purposes of the Advisory Opinion, the Court must determine whether this Treaty *concerns* the protection of human rights in the 33 American States that are Party thereto; in other words, whether it has bearing upon, affects or is of interest to this subject matter. In analyzing this issue, the Court reiterates that the interpretation of any norm is to be done in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms used in the treaty in their context and in the light of its object and purpose (Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties[footnote omitted] and that an interpretation may, if necessary, involve an examination of the treaty taken as a whole.⁶⁶

Applying this methodology, the Court found:

84. The Court therefore concludes that Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations endows a detained foreign national with individual rights that are the counterpart to the host State’s correlative duties. This interpretation is supported by the article’s legislative history. There, although in principle some States believed that it was inappropriate to include clauses regarding the rights of nationals of the sending State [foot-

⁶⁶ *Ibid.*, at 46, para. 72.

note omitted], in the end the view was that there was no reason why that instrument should not confer rights upon individuals.

85. The Court must now consider whether the obligations and rights recognized in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations *concern* the protection of human rights. [footnote omitted]
86. Should the sending State decide to provide its assistance and in so doing exercise its rights under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations, it may assist the detainee with various defence measures, such as providing or retaining legal representation, obtaining evidence in the country of origin, verifying the conditions under which the legal assistance is provided and observing the conditions under which the accused is being held while in prison.
87. Therefore, the consular communication to which Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations does indeed concern the protection of the rights of the national of the sending State and may be of benefit to him. This is the proper interpretation of the functions of ‘protecting the interests’ of that national and the possibility of his receiving “help and assistance,” particularly with arranging appropriate “representation . . . before the tribunals”. The relationship between the rights accorded under Article 36 and the concepts of “the due process of law” or “judicial guarantees” is examined in another section of this Advisory Opinion (*infra* 110).⁶⁷

The approach of the Inter-American Court here is quite different from that of the International Court. The latter, as we have seen, rested its decision on the requirement of good faith as essential to the maintenance of stable expectations. Thus the ICJ’s concerns would apply with full vigor to the jurisdictional clauses of bilateral investment treaties, since, as we noted earlier, one of the factors inducing an investor to enter a particular foreign state would likely be that state’s prior commitment to submit subsequent disputes with that investor to international arbitration rather than deciding them in the state’s own national courts. The Inter-American Court’s approach, in contrast, rests simply on its characterization of the human rights nature of the provisions in question. That is a compelling argument, but it would be stretching credulity to imagine that a factor in the decision of individuals who choose to migrate to a state, such as the US, is the expectation that if they should be arrested there, the arresting state has committed itself promptly to notify their consuls.

⁶⁷ *Ibid.*, at 50, paras. 84-87.

VII

Thus, trends in decision in international law suggest that, the hoary theory of consensual jurisdiction in international law notwithstanding, an international tribunal may refuse to construe an unconditional commitment to jurisdiction which is part of a substantive international treaty containing human rights provisions as susceptible to subsequent unilateral withdrawal – absent a provision in the treaty allowing such withdrawal. In strict terms, it is unclear whether the judicial law-making we have reviewed was intended to apply to instances in which substantive and jurisdictional provisions were cabined in two separate instruments rather than appearing as parts of the same treaty. While that admittedly fine distinction could serve to distinguish these cases from the U.S. denunciation of the Optional Protocol of the VCCR, it would not address the problem which may be presented by many other treaties.

In one sense, this is a transient problem, for states are now on notice and can, collectively, draft jurisdictional clauses on the model of the ECT, which we considered earlier, or, individually, simply qualify their adherences to jurisdictional clauses, or, if the treaties in question do not allow such qualifications, then simply abstain from accepting jurisdiction. But transient though it may be for future cases, it is not a marginal problem, for there are, literally, thousands of adherences to Statute Article 36(1) jurisdiction in multilateral treaties and many, many others, in bilateral treaties.

Whether the trend which we have examined proves to be law and, moreover, whether it will constitute a positive development of the law remains unclear. Much will depend upon the appraisal of the “college of international lawyers,” to quote Oscar Schachter’s useful term. To many observers, the judgment of the Inter-American Court in *Ivcher Bronstein* seemed a bold step forward in the “progressive development of international law” as did the International Court’s judgment in the *Nicaragua* case. But most of these assessments appear to be based less on the soundness of the policy innovation and more on the facts of the respective cases. There was scant sympathy for then President Fujimori’s attempt to insulate actions which were plainly against the American Convention from review by the Court. More generally, it appeared that making jurisdictional commitments for human rights instruments irrevocable could only enhance the enforceability of international human rights. Many viewed United States support for the “Contras” against the Sandinista government of Nicaragua as a paradigmatic confrontation between David and Goliath and the American effort to evade the International Court’s jurisdiction by “amending” its declaration of adherence with immediate effect three days before Nicaragua’s applica-

tion to be an act of arrogant and transparent legerdemain. In the torrent of emotion that both cases released, the implications of the interpretations of the two courts have not always been carefully scrutinized.

The action by the United States on March 7, 2005 takes place in a context which may be more complicated than the Peruvian and Nicaraguan cases. The United States had indicated (and the evidence seems to substantiate the good faith of its effort) that it would henceforth try to ensure that the rights available to foreign nationals under Article 36 of the VCCR would be made as operational as the federal government of the United States was capable of making them. This satisfied the obligation under the Convention. As the Court said in *LaGrand*,

The United States has provided the Court with information, which it considers important, on its programme. If a State, in proceedings before this Court, repeatedly refers to substantial activities which it is carrying out in order to achieve compliance with certain obligations under a treaty, then this expresses a commitment to follow through with the efforts in this regard. The programme in question certainly cannot provide an assurance that there will never again be a failure by the United States to observe the obligation of notification under Article 36 of the Vienna Convention. But no State could give such a guarantee and Germany does not seek it. The Court considers that the commitment expressed by the United States to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1(b), must be regarded as meeting Germany's request for a general assurance of non-repetition.⁶⁸

Thus, unlike the Peruvian cases, the essential objective of VCCR Article 36 was fulfilled; exercises of jurisdiction could not likely achieve much more and, if initiated, would probably be covert efforts at securing abolition of the death penalty. It appears likely that the United States felt that states and, increasingly, non-governmental organizations committed to abolitionism, would be able to continue to bring cases allegedly arising under Article 36 of the VCCR to an international tribunal that could well prove to be increasingly abolitionist in its orientation. Given the federal structure of the American system, the proliferation of these cases could have presented serious, if not insoluble domestic legal and political problems for any US government. Hence the decision to preempt the problem by denouncing the Optional Protocol.

Many observers may find no distinction between the United States' quandary and the problem faced by then President Fujimori. But an "extrinsic"

⁶⁸ *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, ICJ Report 2001, para. 124.

difference which must be registered is the great *bête noir* of international law: power. It is possible that a state caught in an optional dispute resolution mechanism whose gate-keepers decree has “no exit” will simply tear its own way out by ignoring the decisions of the court or tribunal that purports to operate under it. President Fujimori fled the country shortly after the decision of the Inter-American Court and the successor government promptly accepted the *Ivcher Bronstein* decision and, moreover, adjusted the internal practices that had been inconsistent with the American Convention. One can only speculate as to what would have happened if Alberto Fujimoro had remained president and had decided, as he likely would have, to ignore the decision of the Court on the ground that it was wrong in law or *ultra vires* its own powers. In *Nicaragua*, there was no change, neither in the US government nor its policy. The United States withdrew from the case, denounced its declaration of jurisdiction and ultimately Nicaragua withdrew the case from the Court’s docket.

What will happen if the United States, unable to exit the Optional Protocol, simply begins to ignore the International Court when Article 36 cases are brought under it? This is a possibility which is not without precedent. The cost to the violator may be far less than the costs to the international legal system. As in so many other areas in international law where legal developments are not the result of the general agreement of those who will be affected by them but are imposed upon them, the international legal system ineluctably confronts the realities of political power, an eventuality which the system can usually circumvent as long as jurisdiction remains meaningfully consensual.

For the moment, the international community finds itself in a situation of uncertainty, if not anomie on the question of unilateral withdrawal from jurisdictional commitments, especially those affecting the rights of individuals. Situations of normative uncertainty tempt actors – and decision makers – to experiment, for if the “downside” is constant, the “upside” presents untested opportunity for success. Thus the United States, despite its attempt to withdraw from the Optional Protocol to VCCR, may yet find itself faced with the prospect of still another state party invoking the Optional Protocol before the International Court in a case it can plausibly claim arises under Article 36 of the VCCR. It will be the very Court which the United States had tried to avoid which will then have to determine whether the US effort to withdraw from the Protocol has succeeded or whether there will, henceforth, be no exit from jurisdictional clauses for human rights matters.

DISPUTE-SETTLEMENT IN THE LAW OF THE SEA:
DISORDER OR SYSTEM?

*Tullio Treves**

1 INTRODUCTION: THE LAW OF THE SEA CONVENTION AND THE SETTLEMENT OF DISPUTES: DISORDER AS A SYSTEM AND THE SEEDS OF A MULTI-CONVENTION SYSTEM.

In synthetically describing the provisions concerning the settlement of disputes of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS),¹ Lucius Caffisch, in his 2001 Hague lectures, underlines that the basic idea of the mechanism set out in these provisions ‘était qu’il fallait assurer le règlement obligatoire d’un maximum de différends tout en imposant le minimum de contraintes aux Etats parties’.² In order to attain the first of these two objectives, the Convention provides – through the well-known ‘Montreux’ formula set out in Article 287 – that compulsory jurisdiction as regards disputes concerning the interpretation or application of the Convention may be exercised by a plurality of adjudicating bodies.³ These are independent bodies, composed and established by different States and methods. Each one of these bodies will – and must – exercise its functions in light of its best understanding of the law. These adjudicating bodies may interpret and apply the same provisions of UNCLOS differently. The dispute-settlement mechanism of UNCLOS thus contains a built-in potential for disorder or inconsistent development of jurisprudence.

* Judge at the International Tribunal for the Law of the Sea; member of the *Institut de Droit international*.

1 Montego Bay, 10 December 1982, 1833 *UNTS*, 3.

2 L. Caffisch, “Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques”, 288 *RCADI*, 2001, 245-468, at 365.

3 See, also for further references, T. Treves, *Le controversie internazionali: Nuove tendenze, nuovi tribunali* (Milano, 1999), pp. 110-121.

This potential disorder at the core of the mechanism for the compulsory settlement of disputes set out in the UNCLOS is nevertheless surrounded by provisions that were, in fact, ordained to promote a sense of order. This objective is pursued, firstly, by preventing conflicts with the jurisdiction, based on different instruments, of other adjudicating bodies. And, secondly by extending the scope of the Convention's dispute-settlement mechanism to other agreements concerning the law of the sea. Thus the UNCLOS contributes to avoiding the setting up of different and possibly conflicting mechanisms for the settlement of disputes relating to these other agreements, and prepares the establishment of a multi-convention dispute-settlement system.

2 A MULTI-TRIBUNAL SYSTEM: DISORDER AS A PRINCIPLE?

To ensure uniform interpretation of the UNCLOS by entrusting the task of settling disputes concerning it to the same Court or tribunal was clearly not a priority for the States that negotiated it.⁴ They considered the obtaining of the general approval for a system providing a substantial (although incomplete) measure of compulsory jurisdiction more important. Indeed, together with the limitations and the optional exceptions to compulsory jurisdiction,⁵ the price, considered fair at the time, to obtain such approval was to introduce flexibility regarding the compulsory jurisdiction that an adjudicating body would exercise in a given case. Thus, two permanent bodies, the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of

4 In the general debate on the settlement of disputes held at the fourth session on the Third UN Conference on the Law of the Sea in 1976, concern for conflicting decisions being the result of a multi-tribunal system was expressed only by a small minority of speakers (Montiel Arguello of Nicaragua, *Third UN Conference on the Law of the Sea, Official Records*, Vol. V, p. 16, para. 33; Kelly de Guibourg of Argentina, *ibid.*, p. 19, para. 53; Fergo of Denmark, *ibid.*, p. 19, para. 58; Martín Herrero of Spain, *ibid.*, p. 23, para. 24; Al-Mour of the United Arab Emirates, *ibid.*, p. 49, para. 29). While most speakers did not mention the issue, two addressed it dismissing these concerns: de Lacharrière of France underlined that even the jurisprudence of the ICJ was not uniform (*ibid.*, p. 14, para. 12); and Sucharitkul of Thailand stressed that "concurrency of jurisdiction, rather than conflict, would, in fact, operate to improve the quality of adjudication" (*ibid.*, p. 27, para. 52).

5 Set out in Arts. 297 and 298. See, also for further references, Treves, *supra* (note 3), pp. 121-128; and T. Treves, "The Exclusive Economic Zone and the Settlement of Disputes" in: E. Franckx, Ph. Gautier (eds.), *La Zone économique exclusive et la Convention des Nations Unies du droit de la mer, 1982-2000: Un premier bilan de la pratique des Etats / The Exclusive Economic Zone and the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982-2000: A preliminary assessment of State practice* (Bruxelles, Bruylant, 2003), pp. 79-96.

Justice, and the arbitration tribunals of general or specialized competence to be established once a dispute arises, may exercise compulsory jurisdiction under Article 287 of UNCLOS. However, this is dependant on the combination of declarations of preference for one or more of these procedures that States parties to the Convention may express. In accordance with “this article”. It is in this manner that the dispute-settlement provisions of Part XV of UNCLOS establish a multi-tribunal system.

As indicated, various adjudicating bodies may interpret the same rules differently. This possibility is enhanced, at least in theory, by the proclivity that this system has for arbitration. Under Article 287, arbitration is the choice presumed in the case that no choice of procedure is made. It is also the applicable procedure in case the parties have expressed different preferences in fact or by presumption. As an arbitration tribunal is convened for settling the specific dispute, it does not have the concern that permanent bodies have, i.e., the need to be consistent with itself.

3 ARE REASONS FOR ALARM EXAGGERATED?

The potential for conflicting interpretations must not, however, be exaggerated. There has been, till date, no divergent case-law regarding similar substantive questions on the law of the sea brought before the various adjudicating bodies on the basis of the UNCLOS, under Article 287 as mentioned before. The cases that have been decided by international courts and tribunals that concern the law of the sea, including those decided before the entry into force of UNCLOS, are too few in number to make the consideration of the same questions in different cases, and even more so, by different judges, a frequent occurrence. Such an instance can be seen only as regards questions of delimitation of maritime areas between States whose coasts are adjacent or one in front of the other. Even if one does examine the rather substantial *corpus* of decisions that concern delimitation disputes, it seems difficult to deny that judgments of the International Court of Justice and arbitral awards fit seamlessly in an evolving set of cases. The differences that exist between these arbitral decisions and between them and those of the Court are not more remarkable than those existing between some of the judgments of the Court itself.⁶ It seems sufficient to recall the significant difference in the Court’s attitude concerning equidistance

6 For this observation, J. Charney, “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?” 278 *RCADI*, 1998, 101-382, at 315-345; and Treves, *supra* (note 3), pp. 61-62.

between the *North Sea Continental Shelf* and the *Libya/Tunisia* cases,⁷ and the very recent ones such as *Qatar/Bahrain* and *Cameroon/Nigeria*.⁸

Furthermore, as the differences in the geographical configurations make each delimitation case unique, it would seem that the potential for conflicts of jurisprudence due to the plurality of adjudicating bodies that may exercise compulsory jurisdiction under the Convention is more theoretical than real. The price paid for accepting a plurality of adjudicating bodies that may exercise compulsory jurisdiction may not have been excessive.

Moreover, certain cases in which different tribunals were called upon under the Convention to deal with procedural questions concerning the same dispute have contributed towards making to the multi-tribunal system of the Convention a really consistent system. There have been two such instances in which the International Tribunal for the Law of the Sea has been requested, under Article 290, paragraph 5, of the Convention, to prescribe provisional measures pending the establishment, according to annex VII, of an arbitral tribunal competent under the Convention.⁹

In the *Southern Bluefin Tuna* case, it is true that the Arbitral Tribunal found that it lacked jurisdiction when the Law of the Sea Tribunal had found that *prima facie*, the Arbitral Tribunal had such jurisdiction,¹⁰ and still further, it is also true that the Arbitral Tribunal's finding has been seen as furthering a view different and more restrictive than that of the Law of the Sea Tribunal as regards the scope of compulsory jurisdiction under the Convention. It nevertheless remains, that the Arbitral Tribunal considered it fit to stress that "the proceedings before ITLOS and before this Tribunal . . . have been constructive"¹¹ and that they had "had an impact".¹² In looking at the

7 *Federal Republic of Germany/Denmark, Federal Republic of Germany/Netherlands, North Sea Continental Shelf cases*, Judgment of 20 February 1969, *ICJ Reports 1969*, p. 3 especially paras. 81-85; *Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya, case concerning the delimitation of the continental shelf*, Judgment of 24 February 1982, *ICJ Reports 1982*, p. 18, especially paras. 70-71.

8 *Cameroon v. Nigeria, case concerning the inland and maritime boundary*, Judgment of 10 October 2002, www.icj-cij.org, at para. 288; *Qatar v. Bahrain, Maritime Delimitation and Territorial Questions case*, Judgment of 16 March 2001, *ICJ Reports 2001*, p. 111, para. 230.

9 On the procedure under Art. 290, para. 5, see below, para. 7, and, also for references, T. Treves, "Provisional Measures Granted by an International Tribunal Pending the Constitution of an Arbitral Tribunal", in: *Studi di diritto interazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Napoli, 2005), pp. 1243-1643.

10 *Australia and New Zealand v. Japan, Southern Bluefin Tuna case*, Arbitral Tribunal constituted under annex VII of the UNCLOS, award of 4 August 2000, 39 *ILM*, 2000, 1359; *New Zealand v. Japan, Australia v. Japan, Southern Bluefin Tuna cases (provisional measures)*, International Tribunal for the Law of the Sea, order of 27 August 1999, *ITLOS Reports 1999*, p. 280.

11 Para. 65.

12 Para. 67.

prospects for future settlement of the disputes that it lacked jurisdiction to settle, the Arbitral Tribunal saw in the proceedings before it and before the Law of the Sea Tribunal, considered as a whole, a basis for an agreement to be reached by the parties. It is significant to note that, indeed, this was the case.¹³

In the *MOX* case, the Arbitral Tribunal competent under Article 287, affirmed the provisional measures prescribed by the Law of the Sea Tribunal under Article 290, paragraph 5, of the Convention, as well as, *prima facie* for the purpose of such confirmation, its finding that the Arbitral Tribunal had jurisdiction.¹⁴ Moreover, the Arbitral Tribunal had to decide on the possibility of prescribing provisional measures different from those requested by the parties. In its own rules of procedure, the only indication available was that questions of procedure not expressly governed by these rules (as the question under consideration) shall be decided by the Tribunal after consulting the Parties. The Tribunal considered it fit to draw to the attention of the parties to the rules of the International Tribunal for the Law of the Sea and of the International Court of Justice that permit such prescription, and, having received no comments, considered “that it [was] also competent to prescribe provisional measures other than those sought by any Party”.¹⁵ This decision seems a remarkable step in setting up a unitary procedural system encompassing permanent and arbitral bodies belonging to the multi-tribunal system set up by the Convention.

4 THE PREVENTION OF CONFLICTS OF JURISDICTION

The provisions concerning the settlement of disputes of the Convention were drafted keeping in mind, that the rules they were to contain and the adjudicating bodies whose jurisdiction they would establish were not isolated. These provisions take into account fully that States parties to the

13 See the information given, with thoughtful considerations, by W. Mansfield, “The Southern Bluefin Tuna Arbitration, Comments on Professor Barbara Kwiatkowska’s Article”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2000, 361, and also, by the same author, the “letter to the Editor”, 95 *AJIL*, 2001, 624, as well as *Kyodo News Service Japan Economic Newswire* 29 May 2001, <http://www.pict-picti.org/news/archive/months2000/aj.tuna.29.html>. See also the observations by B.H. Oxman, “Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction”, 85 *AJIL*, 2001, 277, at 310.

14 *Ireland v. United Kingdom, The MOX Plant case*, Arbitral Tribunal constituted under annex VII of the UNCLOS, order No. 3 of 24 June 2003, 42 *ILM*, 2003, 1187, para. 41. The order of 3 December 2001 of the International Tribunal for the Law of the Sea in the same case on the request for provisional measures, is in *ITLOS Reports 2001*, p. 95.

15 Para. 43 of the order of 24 June 2003 quoted in *ibid.*

Convention may be bound by rules extraneous to the Convention that provide for mechanisms for the settlement of disputes, and for adjudicating bodies different from those set out in the Convention.

Once more, the choice made by the Convention was not inspired by the need to ensure unity and uniformity of the interpretation of the Convention. It follows the second idea mentioned by Caflisch,¹⁶ i.e., of imposing minimum obligations to be met by the parties. Far from establishing an exclusive dispute-settlement system, for disputes concerning its own interpretation, the Convention makes the system a residuary one, applicable only whenever other mechanisms of equivalent efficacy that are already binding for the parties to the dispute are not applicable. In this way, pre-existing obligations are respected, and the newly accepted obligations apply only when their scope is broader.

The relevant provisions are Articles 281 and 282 of the Convention. The first of these Articles considers the case in which the parties to a dispute concerning the interpretation or application of the Convention 'have agreed to seek settlement of the dispute by a peaceful means of their own choice'. In such a case 'the procedures provided for in this Part apply only where no settlement has been reached by recourse to such means and the agreement between the parties does not exclude any further procedure'. The condition that the procedures agreed upon by the parties must have not have resulted in a settlement does not seem entail binding obligations. The procedures considered, notwithstanding the broad expression used ('the procedures provided for in this Part') would seem to apply to procedures not entailing a binding decision, as considered in Article 282. In fact, these procedures are in general, voluntary. Thus, if the parties do not agree to utilize them, they will not be utilized. Moreover, the non-binding procedures provided for in the Convention (the same mentioned in Article 33 paragraph 1 of the United Nations Charter) are probably those that parties may have agreed upon in different agreements. Consequently, if, for instance they fail to reach a settlement by negotiation under an agreement different from the Convention, it will be absurd to start negotiations under the Convention again.

The important element of Article 281 is, consequently, the bar to the Convention's procedures, including the compulsory ones, if the agreement between the parties excludes "any further procedure". The interpretation of this clause is controversial. The arbitral award of 2000 in the *Southern*

16 See *supra* (note 2).

Bluefin Tuna case considered that a clause in a treaty¹⁷ setting out an obligation to follow non-binding procedures, and the possibility, in case of failure of these, to agree on resort to the International Court of Justice or to arbitration and stating that failure to agree to such resort, ‘shall not absolve parties to the dispute from the responsibility of continuing to seek to resolve’ the dispute by any peaceful means, is tantamount to the exclusion of any further procedure set out in Article 281, paragraph 1.¹⁸ The dissenting opinion of Justice sir Kenneth Keith to that award stated that an explicit exclusion of any other procedure would be required, which was not the case in the provision examined. Obviously, the interpretation given by the Arbitral Tribunal entails a very restrictive reading of the possibility to resort to compulsory jurisdiction under the Convention. Even if it were correct in terms of the construction of the clause, it remains difficult to accept that, as the Arbitral Tribunal accepted, and the dissenting opinion rejected, the agreement envisaged in article 282 may be one envisaging disputes relating to the interpretation and application of its own provisions, and not of those of the Convention.¹⁹

Article 282, concerns the case where the parties to the dispute ‘have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that disputes between them shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision’. In such a case, the chosen procedure shall apply ‘in lieu of’ the compulsory procedures set out in the Convention. The effect of this rule is that other binding procedures applicable between the parties (for instance, that of the ICJ if both parties have accepted its compulsory jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute) prevail over the compulsory jurisdiction system of the Convention. Furthermore, Article 282 is not devoid of difficulties in its application. In particular, it may be discussed whether the agreements mentioned therein must refer to disputes concerning the UNCLOS or may refer also to

17 The reference is to Article 16 of the Convention between Australia, Japan and New Zealand on the Conservation of Southern Bluefin Tuna, Canberra, 10 May 1993, 1818 *UNTS*, 359.

18 Paras. 56-58 of the Award of 4 August 2000 quoted at *supra* (note 10).

19 Among the published comments on the Award, the interpretation of Article 281 is especially examined and criticized by P. Weckel & F. Helali, “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP*, 2000, 1037; C. Romano, “The *Southern Bluefin Tuna* Dispute: Hints of a World to Come . . . Like it or not”, 32 *Ocean Development and International Law*, 2001, 313, at 331; P. Sands, “ITLOS: An International Lawyer’s Perspective”, in: M.H. Nordquist, J.N. Moore (eds.), *Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal for the Law of the Sea* (The Hague etc., M. Nijhoff, 2001), pp. 141ff. at 150-53; and by J.G. Mahinga, “Les Articles 281 et 282 de la Convention du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer” (2002) VII *Annuaire du droit de la mer* 35-77. Broader implications of the Award are explored by B.H. Oxman, “Complementary Agreements” *supra*, (note 13), p. 277.

provisions equivalent to those of UNCLOS set out in these agreements, an interpretation which the Law of the Sea Tribunal excluded in the *MOX Plant* case.²⁰ The impact of the reservations on the acceptance of the compulsory jurisdiction of the ICJ may also give rise to difficulties in applying Article 282.²¹

Article 281, and, even more so, Article 282, are very relevant provisions for the prevention of conflicts of jurisdiction within the current situation where the number of conventional obligations for the settlement of disputes, and of international courts and tribunals, is growing. They do not, however, prevent all situations in which, while there is not a conflict of jurisdiction in the sense that a dispute with the same parties, the same request (*petitum*) and the same reason for the request (*causa petendi*) is submitted to more than one tribunal, disputes submitted to different tribunals present connections such that determination of the same facts or of certain aspects of law may be decided in different and contradictory ways by the different tribunals.

This is what could have happened (and might still happen) in the *Swordfish* cases between Chile and the European Community submitted by Chile to the dispute settlement mechanism of the Law of the Sea Convention. Chile alleged violations of certain obligations set out in the UNCLOS concerning fishing on the high seas by the Community fishermen. At the same time, the European Communities submitted a case alleging the violation by Chile of the obligation of non-discrimination of the GATT to the WTO dispute-settlement mechanism.²² While the parties were the same, the disputes were not according to usual concepts mentioned above, as the *petitum* and the *causa petendi* were different. Still, the two disputes concerned the same parties, the same fish, the same fishing vessels, in brief: the same opposition of economic interests. The parties found an arrangement that per-

20 Paras. 48-53 of the order of 3 December 2001 quoted at *supra* (note 14).

21 See Treves, *supra* (note 3), pp. 115-117.

22 See, on the one side, *Chile/European Community, Case concerning the conservation and sustainable exploitation of swordfish stocks in the Southern Pacific Ocean*, International Tribunal for the Law of the Sea, order 20 December 2000, *ITLOS Reports 2000*, p. 148; on the other side, *Chile-Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish*, WT/DS193. On these cases see especially: M.A. Orellana, "The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO", 71 *NJIL*, 2002, 55-81; A. Serdy, "See you in Port: Australia, New Zealand as Third Parties in the Dispute between Chile and the European Community over Chile's Denial of Port Access to Spanish Vessels Fishing for Swordfish on the High Seas", 2 *Melbourne Journal of International Law*, 2002, 79-119; P. Tobias, S. Voeneky, "The *Swordfish* Case: Law of the Sea v. Trade", *ZaöRV*, 2002, 21-41; T. Treves "The European Community and the Law of the Sea Convention: New Developments", in: E. Cannizzaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations* (The Hague etc., Kluwer Law International, 2002), pp. 279-296, at 294.

mitted them to request postponement of the consideration of the disputes by the competent *ad hoc* Chamber of the Law of the Sea Tribunal and the WTO Panel.²³ Practical and legal problems concerning the coordination of the proceedings, and the value of evidence accepted as well as of the legal findings made by the adjudicating body deciding first would have had to be considered, and still may be considered in the unlikely case the proceedings are resumed.

Another case where the connection between cases submitted to tribunals under the Convention and to other tribunals that gave rise to problems not envisaged by the Convention, is the *MOX Plant* case.²⁴ In this case, the Arbitral Tribunal to which a dispute between Ireland and the United Kingdom had been submitted, was faced with the information that the European Commission was going to start a case against Ireland because the institution of proceedings under the Law of the Sea Convention's dispute-settlement provisions by Ireland against the United Kingdom, a fellow member of the European Community, constituted a violation of the exclusive jurisdiction of the European Court of Justice.²⁵ The Arbitral Tribunal observed that both its judgment and that of the European Court of Justice would be binding. And that the European Court's judgment might have the effect of there not being 'a self-contained and distinct dispute capable of being resolved by this Tribunal' (para 26). While not arguing that it was under an obligation to do so, it decided to suspend the proceedings waiting for the European Court's decision. It invoked "considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions" and stated that "a procedure that might result in two conflicting decisions on the same issue would not be helpful to the resolution of the dispute between the Parties".²⁶

These two cases show that, notwithstanding provisions that prevent conflicts between the settlement of disputes system of the Convention and other dispute-settlement obligations that may concern the same dispute, there are other conflicts that are unregulated.²⁷ They may be at the root of the development

23 As regards proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea, see the Orders of 15 mars 2001, *ITLOS Reports 2001*, p. 4, and of 16 December 2003, *ITLOS Reports 2003*, p. 69. As far as proceedings in the WTO framework are concerned, see WT/DS193/3 of 6 April 2001 and add. 1 of 9 April 2001 and add. 3 of 17 November 2003.

24 Reference above *supra* (note 14).

25 Case C-459-03. The EC Court has decided against Ireland in its judgment of 30 May 2006.

26 Para. 27 of Order No. 3. See the interesting discussion in light of Community law of J. Cazala, "La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes", *RDE*, 2004, 505-532.

27 This subject is examined in general terms as well as with specific reference to the Stockholm 1992 Convention on conciliation and arbitration in the framework of the CSCE, by L. Caflisch, "La subsidiarité des mécanismes de la Convention de 1992", in: L. Caflisch (ed.), *Règlement*

of general rules of international law or remain subject to practical arrangements agreed upon by the parties or decided by the judges seized on the basis of certain concepts such as “appropriateness”, “comity”, “economy of judicial activity” – that may in turn evolve into rules of international law.

5 TOWARDS A MULTI-CONVENTION SYSTEM?

UNCLOS prepares the ground for a multi-convention system encompassing different agreements with different contracting parties and based on the Convention’s rules on the settlement of disputes. It does so by specifically affirming the jurisdiction of the adjudicating bodies competent for compulsory settlement of disputes concerning the interpretation and application of its provisions as regards the settlement of disputes relating to the interpretation and application of other international agreements dealing with the law of the sea.

In particular, paragraph 2 of Article 288 states:

A court or tribunal referred to in Article 287 shall also have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of international agreements related to the purposes of this Convention, which is submitted to it in accordance with the agreement.

The scope of this paragraph 2 of Article 288 is rather broad. The agreements referred to must be “related to the purposes of the Convention”. This is a flexible way to limit *ratione materiae* the basis of jurisdiction stated in the provision. Moreover, by mentioning only the jurisdiction of the “court or tribunal referred to in Article 287”, Article 288 leaves the question of whether the international agreements it refers to provide for submission to such court or tribunal by an *ad hoc* agreement of the parties, or unilaterally at the initiative of one of them open. It also leaves open the question of whether submission to a court or tribunal referred to in Article 287 entails the application of Article 287 and of the other provisions connected to it.

Since UNCLOS entered into force on 16 November 1996, seven multi-lateral agreements have been concluded on matters related to the law of the sea which, although none of them make specific reference to it, take advantage of the provision in Article 288, paragraph 2.²⁸ These are:

pacifique des différends entre Etats: Perspectives universelle et européenne / The Peaceful Settlement of Disputes between States: Universal and European Perspectives (The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998), pp. 55-65. See also, Treves, *supra* (note 3), pp. 48-55.

28 The provisions concerning the settlement of disputes of these agreements are conveniently

- ▶ The Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas, approved in Rome on 24 November 1993 (the FAO Compliance Agreement).²⁹
- ▶ The Agreement for the Implementation of Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stock, opened to signature in New York on 4 December 1995 (the Straddling Stocks Agreement),³⁰
- ▶ The 1996 Protocol to the 1972 Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter, 1992, adopted in London on 7 November 1996 (the 1996 Dumping Protocol).³¹
- ▶ The Framework Agreement for the Conservation of the Living Marine Resources on the High Seas of the South-Eastern Pacific, signed at Santiago de Chile on 14 August 2000 (the Galapagos Agreement).³²
- ▶ The Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean, done at Honolulu on 5 September 2000 (the Honolulu Convention).³³
- ▶ The Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean, done at Windhoek in 20 April 2001 (the Windhoek Convention).³⁴
- ▶ The Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, adopted in Paris on 2 November 2001 (the UNESCO Convention).³⁵

These seven agreements provide that as regards the disputes between States parties to them concerning the interpretation or application of their provisions, may be utilized either part XV of UNCLOS³⁶ or (among other bodies)

reproduced in the *Yearbook of the International Tribunal for the Law of the Sea*. Most recently, in 2003, Vol. 7, p. 162.

29 33 *ILM*, 1994, 968.

30 34 *ILM*, 1995, 1547. See T. Treves, “The Settlement of Disputes According to the Straddling Stocks Agreement of 1995” in: A. Boyle, D. Freestone (eds), *International Law and Sustainable Development* (Oxford, Oxford University Press, 1999), pp. 252-269. That paper explored some of the subjects studied in a broader framework in the present study. I will avoid repeating, as far as possible, the arguments developed in that essay, to which the reader may refer to. I will, however, sometimes reconsider the views then supported.

31 36 *ILM*, 1997, 7.

32 45 *Law of the Sea Bulletin*, (DOALOS-United Nations), 2001, 70.

33 40 *ILM*, 2001, 278.

34 41 *ILM*, 2002, 257.

35 41 *ILM*, 2002, 40.

36 Straddling Stocks Agreement, Art. 30, paras. 1 and 2; 1996 Dumping Protocol, Art. 16, para. 3; Honolulu Convention, Art. 31 (indirectly, through reference to part VIII of the Straddling Stocks Agreement); Windhoek Convention, Art. 24, para. 4; UNESCO Convention, Art. 25, para. 3.

the adjudicating body set up under it, namely the International Tribunal for the Law of the Sea.³⁷

The application of the provisions on the settlement of disputes concerning the seven agreements just mentioned is independent of the fact that the parties to the dispute, i.e., the parties to the relevant agreement, are parties to UNCLOS as well. This is expressly stated in four of the agreements.³⁸ It applies, however, to all seven agreements because none of them state that, in order to become a party to it, a State must be a party to UNCLOS.

The FAO Compliance Agreement, the Straddling Stocks Agreement, the Honolulu Convention and the Windhoek Convention are presently in force.³⁹ The beginning of a multi-convention system for the settlement of disputes relating to law of the sea matters is thus in place as regards important aspects of high seas fisheries and will eventually expand to other areas of the law of the sea once the other instruments mentioned are in force.

By making the mechanism for the settlement of disputes set out in UNCLOS the centre of this multi-convention system, the States concluding the seven instruments mentioned above have considered that putting their trust (although in different ways) in the mechanisms of UNCLOS was preferable to insisting upon full control of the settlement of disputes concerning each instrument by the States parties to it. The well-known flexibility of the system set out in Part XV of UNCLOS may have functioned as an encouragement.

6 THE FUNCTIONING OF THE MULTI-CONVENTION SYSTEM

The utilization of the dispute-settlement mechanisms of UNCLOS can be achieved under the FAO Compliance Agreement, the 1996 Dumping Protocol and the Galapagos Agreement only by agreement of the parties to the dispute concerning the interpretation or application of these instruments. Notwithstanding the important differences that make the examination of the

37 FAO Compliance Agreement, Art. IX, para. 3; Galapagos Agreement, Art. 14, para. 3.

38 Straddling Stocks Agreement, Art. 30, paras. 1 and 2, 1996 Dumping Protocol, Art. 16, para. 2, Honolulu Convention, Art. 31, Windhoek Convention, Art. 24, para. 4, UNESCO Convention, Art. 25, para. 3. In the case of the Honolulu and Windhoek Conventions, in light that the former is a regional implementing convention to the Straddling Stocks Agreement, and that the latter functions as such in as far as it applies to straddling stocks, the relevant provisions specify that there is no need that the parties to a dispute be parties either to UNCLOS or to the Straddling Stocks Agreement.

39 The FAO Compliance Agreement entered into force on 24 April 2003, the Straddling Stocks Agreement on 11 December 2001, the Honolulu Convention on 16 June 2004 and the Windhoek Convention on 13 April 2003.

relevant clauses interesting,⁴⁰ for the sake of brevity it seems preferable to focus on the remaining four agreements that permit the utilization of the UNCLOS dispute-settlement system by unilateral submission of an application by one of the parties to the dispute.

Article 30, paragraph 1, of the Straddling Stocks Agreement, repeated in Article 25, paragraph 3, of the UNESCO Convention, provides that:

“The provisions relating to the settlement of disputes set out in Part XV of the Convention apply *mutatis mutandis* to any dispute between States Parties to this Agreement concerning the interpretation or application of this Agreement, whether or not they are also Parties to the Convention.”

Article 31 of the Honolulu Convention provides for the application *mutatis mutandis* of part VIII (the settlement of disputes) of the Straddling Stocks Agreement to disputes between members of the Commission for the conservation and management of highly migratory fish stocks in the Western and Central Pacific Ocean, of which, according to Article 34, paragraph 3, all contracting parties are members.

Article 24, paragraph 4, of the Windhoek Convention, provides that

... the dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted for binding decision in accordance with procedures for the settlement of disputes provided in Part XV of the 1982 Convention or, where the dispute concerns one or more straddling stocks, by provisions set out in Part VIII of the [Straddling Stocks] Agreement.

40 The FAO Compliance Agreement provides that disputes not resolved through consultations or other means on which they might agree, “shall, with the consent of all Parties to the dispute, be referred for settlement to the International Court of Justice, the International Tribunal for the Law of the Sea . . . or to arbitration”; and that “in case the parties fail to reach agreement on such deferral, they shall continue to “consult and cooperate” with a view to settle the dispute “in accordance with the rules of international law relating to the conservation of living marine resources” (Art. IX, para. 3). The Galapagos Agreement contains a provision equivalent as regards the reference by agreement to the International Court of Justice or to the International Tribunal for the Law of the Sea, but very different as regards the consequences of failure to agree to such reference as, in such case, either party to the dispute “may solicit a binding arbitration procedure” (Art. 14, para. 3). Contrary to what would happen under the FAO Compliance Agreement, failure to agree on a reference to one of the permanent adjudicating bodies would not be tantamount to eluding compulsory adjudication. The 1996 Dumping Protocol, Article 16, paragraph 2, provides for the application of a compulsory binding arbitral procedure, based on a specific annex, “unless the parties to the dispute agree to use one of the procedures listed in Article 287, paragraph 1, of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”.

Under the two regional Conventions just mentioned, the application of the UNCLOS dispute-settlement provisions to disputes concerning their provisions on straddling stocks, is indirect, i.e., through the reference made to Part VIII of the Straddling Stocks Agreement, which, as mentioned before, provides for the applicability of Part XV of UNCLOS.

The Straddling Stocks Agreement provides for a further expansion of the applicability of Part XV of UNCLOS. Article 30, paragraph 2, states:

The provisions relating to the settlement of disputes set out in Part XV of the [UNCLOS] Convention apply *mutatis mutandis* to any dispute between States Parties to this Agreement concerning the interpretation or application of a sub-regional, regional or global fisheries agreement relating to straddling fish stocks or highly migratory fish stocks to which they are parties, including any dispute concerning the conservation and management of such stocks, whether or not they are also Parties to the Convention.

This provision introduces the possibility, as between States parties to the Straddling Stocks Agreement, to submit unilaterally to adjudication disputes concerning the interpretation or application of agreements to which they are parties, and that may have no provisions for the settlement of disputes or different provisions.⁴¹ This Article would seem applicable, for instance, to disputes concerning the trilateral Convention on the Conservation of Southern Bluefin Tuna of 1993.⁴² On the basis of this Article (assuming all parties to the dispute to be parties to the Straddling Stocks Agreement, which still is not the case for Japan) the dispute brought to arbitration under the UNCLOS by New Zealand and Australia against Japan in 1999 could have been decided differently, as was implied in the award.⁴³ The award stated that the Straddling Stocks Agreement ‘should, for States parties to it, not only go far towards resolving procedural questions that have come before this Tribunal, but, if the Convention [*sic!* probably the Agreement was meant] is faithfully and effectively implemented, ameliorate the substantive problems that have divided the parties’ and recalls the provisions in Article 30 of the Agreement, including paragraph 2, that could have brought disputes under the 1993 Convention under the umbrella of the dispute-settlement provisions of UNCLOS.

41 See Treves, *supra* (note 30), p. 257; A. Boyle, “Problems of Compulsory Jurisdiction and the Settlement of Disputes Relating to Straddling Fish Stocks”, 14 *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 1991, 1, at 22-23.

42 Canberra, 10 May 1993, 1818 *UNTS*, 359.

43 Award of 4 August 2000, *supra* (note 10), para. 71. The award stated that the Tribunal had no jurisdiction on the case.

In light of the choices that can be made, as indicated, through the specific declarations mentioned in Article 287 of UNCLOS in order to determine the adjudicating body competent to exercise compulsory jurisdiction under UNCLOS, the agreements adopting part XV for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of their provisions have to answer two questions. First, regarding States that are parties to UNCLOS: whether the declarations made under Article 287 for disputes concerning UNCLOS can apply also to disputes concerning the agreement adopting part XV, and, in case they can, whether these States can make a different choice as regards the last mentioned disputes. Second, regarding States that are not parties to UNCLOS: whether they are entitled to make declarations under Article 287 solely for the purpose of disputes concerning the particular agreement.

The Straddling Stocks Agreement (followed almost literally by the UNESCO Convention) answers both questions in the affirmative. As regards the first question, Article 30, paragraph 3, states:

Any procedure accepted by a State Party to this Agreement and the Convention pursuant to Article 287 of the Convention shall apply to the settlement of disputes under this Part, unless that State Party, when signing, ratifying or acceding to this Agreement, or at any time thereafter, has accepted another procedure pursuant to Article 287 for the settlement of disputes under this Part.⁴⁴

As regards the second question, Article 30, paragraph 4, provides as follows:

A State Party to this Agreement which is not a Party to the Convention, when signing, ratifying or acceding to this Agreement, or at any time thereafter, shall be free to choose, by means of a written declaration, one or more of the means set out in Article 287, paragraph 1, of the Convention for the settlement of disputes under this Part. Article 287 shall apply to such a declaration, as well as to any dispute to which such State is a party which is not covered by a declaration in force.⁴⁵

The practice based on the abovementioned provisions is scarce. The case of Canada, nevertheless, seems interesting. This State ratified the Straddling

44 Article 25, paragraph 4, of the UNESCO Convention is, *mutatis mutandis*, the same. It refers, nevertheless, to the “procedure chosen” where the Straddling Stocks Agreement provision refers to the procedure “accepted”.

45 Article 25, paragraph 5, of the UNESCO Convention is, *mutatis mutandis*, the same.

Stocks Agreement while not being a party to UNCLOS. It made a declaration under Article 30, paragraph 4, of the Agreement expressing its preference for the arbitration procedure in annex VII. However, when it ratified the UNCLOS in 2003, it made a declaration choosing, without indicating the priority, the International Tribunal for the Law of the Sea and annex VII arbitration. While this situation is compatible with the applicable provisions, it may be wondered whether it is wise to keep in existence, a situation in which an annex VII arbitral tribunal would be competent for a dispute concerning the Straddling Stocks Agreement while the International Tribunal for the Law of the Sea might be competent⁴⁶ if the same dispute were envisaged as concerning UNCLOS, which also contains a straddling stocks provision in Article 63.

The above quoted provisions of paragraphs 3 and 4 of the Straddling Stocks Agreement also apply to the Honolulu Convention as well as, as far as disputes concerning straddling stocks are concerned, to the Windhoek Convention. Thus it is not envisaged that States parties to the last mentioned conventions make a declaration concerning the preferred 'means' for settling disputes relating to their interpretation or application. While this certainly applies when these States are parties to the Straddling Stocks Agreement, it would seem that, when they are not parties to it, they may make declarations in application, *mutatis mutandis*, of Article 30, paragraph 4, of the Straddling Stocks Agreement. As regards disputes not relating to straddling stocks under the Windhoek Convention, this convention does not contain any specific provision concerning declarations for such disputes. In light of the general reference to part XV of UNCLOS contained in Article 24, paragraph 4, and of the need to ensure uniformity with disputes concerning straddling stocks, the same rules would, nevertheless, seem to be applicable.

As regards States that are not parties to UNCLOS, a further question arises concerning arbitration and conciliation. Under UNCLOS, for the establishment of arbitration tribunals according to annexes VII and VIII and of conciliation commissions according to annex V, lists of arbitrators (under annex VII), of 'experts' (under annex VIII) and of conciliators (under annex V) are drawn up and kept by the Secretary-General of the UN, or, as regards annex VIII arbitration, by FAO, UNEP, IOC and IMO, on the basis of nominations by States parties to UNCLOS. Since arbitrators and conciliators must be chosen 'preferably' from these lists and in some cases necessarily, it seems unfair that States not parties to UNCLOS, that may be involved in arbitration or in 'compulsory' conciliation under UNCLOS,

46 If the other party has chosen the Tribunal according to Article 287 of UNCLOS.

would have no influence on the lists of arbitrators and conciliators. Therefore, the Straddling Stocks Agreement gives them the right to make the relevant nominations.

Article 30, paragraph 4, second sentence, states:

“For the purposes of conciliation and arbitration in accordance with Annexes V, VII and VIII to the Convention, such State shall be entitled to nominate conciliators, arbitrators and experts to be included in the lists referred to in Annex V, Article 2, Annex VII, Article 2, and Annex VIII, Article 2, for the settlement of disputes under this Part.”

7 APPLICABLE LAW IN THE MULTI-CONVENTION SYSTEM

The law applicable by the adjudicating bodies that are competent under the UNCLOS or under other agreements that utilize the dispute-settlement mechanisms or bodies of UNCLOS is described differently in the UNCLOS and in the various agreements. In some, there is no indication about it. Under Article 293, paragraph 1, of UNCLOS:

A court or tribunal having jurisdiction under this section shall apply the Convention and other rules of international law not incompatible with the Convention.

Article 30, paragraph 5, of the Straddling Stocks Agreement, is as follows:

Any court or tribunal to which a dispute has been submitted under this Part shall apply the relevant provisions of the Convention, of this Agreement and of any relevant subregional, regional or global fisheries agreement, as well as generally accepted standards for the conservation and management of living marine resources and other rules of international law not incompatible with the Convention, with a view to ensuring the conservation of the straddling fish stocks and highly migratory fish stocks concerned.

The Windhoek Convention’s Article 24, paragraph 5, adapts Article 30, paragraph 5, of the Straddling Stocks Agreement to disputes concerning the interpretation and application of its provisions, so that, as regards the applicable law, there is no difference between disputes concerning straddling stocks and those that do not under this Convention.

All the elements of the applicable law set out in Article 293, paragraph 1, of UNCLOS are included in the relevant provisions quoted above in the Straddling Stocks Agreement and in the Windhoek Convention. These instruments, of course, add their own provisions to these elements, including

the case of the Straddling Stocks Agreement, the provisions of the subregional, regional or global fisheries agreements referred to in Article 30, paragraph 2, as possible subjects of disputes to which part XV of UNCLOS apply. Notwithstanding the fact that the Honolulu Convention does not mention applicable law, and that it doesn't even mention disputes concerning its interpretation and application, as it only refers to "any dispute between members of the Commission", the applicable law will necessarily include its own provisions.

Two elements not mentioned in Article 293 of UNCLOS are present in the quoted provisions of the Straddling Stocks Agreement and of the Windhoek Convention. These are: the 'generally accepted standards for the conservation and management of living marine resources' and the indication that the competent adjudicating body shall apply the various elements of the law 'with a view to ensuring the conservation of the straddling fish stocks and highly migratory fish stocks concerned', or simply, in the case of the Windhoek Convention, 'of the fish stocks concerned'.

The first element makes applicable 'standards', which may be of a technical nature and which, although broadly accepted, might not qualify as customary rules. In light of Article 10 (c) of the Straddling Stocks Agreement, which refers to 'generally recommended international minimum standards for the responsible conduct of fishing operations' one could argue that the FAO Code for responsible fishing⁴⁷ would fall into this category.

The second element does not add to the description of the applicable law. It is an indication that a teleological interpretation of the law is in order, and specifies the purpose of the convention that is relevant.

The FAO Compliance Agreement, the Dumping Protocol of 1996, the Galapagos Agreement and the UNESCO Convention do not contain provisions concerning the applicable law. It must, nevertheless, be assumed that the applicable law will include the provisions of the relevant instrument, and, because of the reference to Part XV or to the International Tribunal for the Law of the Sea, UNCLOS and other rules of international law that are not incompatible with it, according to Article 293, which is included in part XV and referred to in Article 23 of the Statute of the Tribunal (annex VI of UNCLOS).

The most remarkable consequence of the provisions on the applicable law follows from the fact that the utilization of the UNCLOS dispute-settlement mechanisms, is independent of whether the parties to the dispute are parties to UNCLOS. This consequence is that, in disputes between two

47 Adopted by FAO on 31 October 1995, in: *International Fisheries Agreements, Instruments with Index*, New York, 1999, U.N. sales No. E.V.11, p. 51.

States one of which, or both, are not parties to UNCLOS, the scope of application of UNCLOS is extended to States that are not parties to it. The applicability of UNCLOS to non-parties is, nevertheless, to be seen within the framework of disputes whose object is the interpretation or application of a different convention or agreement. Application of the UNCLOS will solve preliminary or connected questions, and not the question on which the claim is based. In many cases, such application will not be different from the application of the corresponding rules of customary international law, for instance as regards the limits and regime of most maritime zones. In other cases, however, such as those concerning the powers of different categories of States for law making and enforcement regarding the different kinds of pollution in different maritime zones, set out in Part XII of UNCLOS, specific rules not corresponding to customary ones may become applicable to non-parties.

As between States parties to UNCLOS and to one of the instruments adopting the UNCLOS mechanisms for disputes concerning their interpretation or application, the dispute in most cases would arise both under UNCLOS and under the specialized convention or conventions. The adjudicating body will be called to apply both or all of the applicable provisions. The *Southern Bluefin Tuna* case, had the Straddling Stocks Agreement been in force for the three States concerned, could have been raised not only under UNCLOS, as it was, but also under the Straddling Stocks Agreement and, through Article 30, paragraph 2, of this Agreement, under the trilateral 1993 Bluefin Tuna Convention.⁴⁸

In such a case, the judge or arbitrator would probably have no difficulty in reconciling the substantive applicable provisions of conventions that are supposed to be compatible with one another. The one difficulty that may nevertheless arise is that different adjudicating bodies may be competent for the same case. This may happen if a State party to the dispute has made different choices as regards the preferred adjudicating bodies for disputes under UNCLOS and under the specialized agreement or convention, as it might happen, as noted above, in disputes involving Canada under UNCLOS and the Straddling Stocks Agreement.

8 PROVISIONAL MEASURES IN THE MULTI-CONVENTION SYSTEM

The applicability of part XV of UNCLOS set out in the Straddling Stocks Agreement, in the UNESCO Convention, in the Windhoek Convention for

48 See, *supra* (note 43) and corresponding text.

non-straddling stocks disputes and, indirectly in the Honolulu Convention and the Windhoek Convention for straddling stocks disputes, entails that Article 290 of UNCLOS, concerning the prescription of provisional measures, applies in disputes concerning the interpretation or application of these instruments. This implies that paragraph 5 of Article 290 applies as well. Thus, in case the competent adjudicating body is an arbitration tribunal under annex VII, pending the constitution of the arbitral tribunal, parties can request the prescription of provisional measures to the International Tribunal for the Law of the Sea, even when, in case they are not parties to UNCLOS, they do not participate in its election and financing.

A possible exception may regard the Straddling Stocks Agreement, and, consequently, also the Honolulu Convention, and the Windhoek Convention as far as straddling stocks disputes are concerned. Article 31, paragraph 3, of the Straddling Stocks Agreement, states:

A State Party to this Agreement which is not a Party to the Convention may declare that, notwithstanding Article 290, paragraph 5, of the Convention, the International Tribunal for the Law of the Sea shall not be entitled to prescribe, modify or revoke provisional measures without the agreement of such State.

However, no State, party to the Agreement and not to UNCLOS, including the United States, has made the declaration mentioned in this provision. It may be argued, however, that in case such a State were to be the plaintiff or the defendant in proceedings for the prescription of provisional measures under Article 290, paragraph 5, it would be entitled to designate an *ad hoc* judge.

Article 31, paragraph 2, of the Straddling Stocks Agreement introduces further elements as regards provisional measures that are relevant. It provides that:

Without prejudice to Article 290 of the Convention, the court or tribunal to which the dispute has been submitted under this Part may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent damage to the stocks in question, as well as in the circumstances referred to in Article 7, paragraph 5, and Article 16, paragraph 2.

The 'without prejudice' clause seems to indicate that, while Article 290 is applicable to disputes concerning the interpretation and application of the Straddling Stocks Agreement,⁴⁹ the elements set out in Article 31, paragraph 2,

49 As confirmed by the reference to paragraph 5 of Article 290 of UNCLOS in the above quoted paragraph 3 of Article 31.

that are additional to those set out in Article 290, also apply. There are two such additional elements.

The first is that, while Article 290, paragraph 1, of UNCLOS mentions provisional measures appropriate “to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment”, Article 31, paragraph 2, refers to provisional measures appropriate to “preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent damage to the stocks in question”. The ‘without prejudice’ clause, together with the fact that the “need to avoid adverse impact on the marine environment” is set out in the preamble of the Straddling Stocks Agreement and that furthermore, environmental concerns are mentioned in various provisions seem to warrant the conclusion that provisional measures to prevent damage to the stock in question can be requested and prescribed in addition to, and not in lieu of, measures to prevent serious harm to the marine environment.

The second additional element is that provisional measures can be prescribed also “in the circumstances referred to in Article 7, paragraph 5, and Article 16, paragraph 2” of the Straddling Stocks Agreement. These provisions envisage the possibility that States parties to the Agreement, which have the duty to seek to adopt “provisional arrangements of a practical nature” pending agreement on “compatible measures”, ‘may’ when they are unable to agree on such arrangements, “for the purpose of obtaining provisional measures, submit the dispute to a court or tribunal in accordance with the procedures for the settlement of disputes provided for in Part VIII”. This provision is peculiar, as it could be read as envisaging the possibility to submit a dispute to a court or tribunal *for the sole purpose of obtaining provisional measures*. Such possibility would transform into independent proceedings the proceedings for the prescription of provisional measures, that Article 290 of UNCLOS sets out as incidental to proceedings on the merits. This reading seems, however, incompatible with the “without prejudice to Article 290” clause. In light of the nature of provisional measures, the view that a dispute on the merits of the compatible measures, and/or of the unsuccessful negotiations followed, must be raised under Article 30 in order to request the prescription of provisional measures under Article 7, paragraph 5 (and, through the reference it makes to this provision, under Article 16, paragraph 2) would seem preferable.

Nevertheless, the provisional measures mentioned in Article 7, paragraph 5, are peculiar. Paragraph 6 states that:

Provisional arrangements or measures entered into or prescribed pursuant to paragraph 5 shall take into account the provisions of this part, shall have due regard to the rights and obligations of all States concerned, shall not jeopardize

or hamper the reaching of final agreement on compatible conservation and management measures and shall be without prejudice to the final outcome of any dispute settlement procedure.

This provision makes the task of the adjudicating body prescribing provisional measures different from the usual. It is not limited to the preservation of the rights of the parties and to the protection of the environment and the stock concerned. It includes substituting the discretion of the adjudicating body for the agreement on provisional arrangements of a practical nature the parties have been unable to obtain. In order to do so, specific factors, not usual in provisional measures proceedings, have to be taken into account. The mention of “the rights and obligations of all States concerned” shows the peculiar nature of these provisional measures.

It may, nevertheless, be argued that this kind of provisional measure is not as novel as it would seem. The “dispute-management oriented” measures prescribed, in proceedings brought to it under Article 290, paragraph 5, by the International Tribunal for the Law of the Sea on the basis of the “duty to co-operate” in environmental matters could be seen as precedents. These measures have consisted in prescribing consultation and cooperation activities described in some detail. They have been helpful and perhaps even decisive in bringing the parties to the settlement of their dispute, especially in the most recent case, the *Land Reclamation* case between Malaysia and Singapore, in which the provisional measures Order had prescribed the cooperation procedure in the most complete manner.⁵⁰

9 CONCLUSION

The multi-convention system concerning the settlement of disputes examined above is an aspect of the broad character of UNCLOS as the center

50 Order of 8 October 2003, *ITLOS Reports 2003*, p.10, especially para. 106 (operative part). For the follow-up, as far as publicly available, see the Press Release dated 14 January 2005, of the Permanent Court of Arbitration, available at www.pca-cpa.org, and the more detailed Joint Press Statement of the Governments of Malaysia and Singapore dated 9 January 2005 (http://app.mfa.gov.sg/internet/press/view_press.asp?posted=1229). From the latter document it appears that the two parties agreed ad referendum on a draft Settlement Agreement. Singapore proposed that this Settlement Agreement be the basis for the Award of the Annex VII Arbitration Tribunal. The Malaysian side agreed in principle subject to approval by the Malaysian Government. The basis of the Settlement Agreement is the report of the Group of Experts established in compliance with the provisional measures prescribed by the International Tribunal for the Law of the Sea. The Annex VII arbitration tribunal incorporated the agreed solution in its award of 1 September 2005, available at www.pic-cpa.org.

of a web of rules and institutions. It suffices to recall the references to “applicable” and to “generally accepted” rules and standards and the provisions concerning functions of various international organizations that are frequent in UNCLOS.⁵¹

As the multi-convention system entails that procedural (and in some cases substantive) rules of UNCLOS may apply to States that are not parties to it, the “generally accepted” rules and standards mentioned in UNCLOS may become relevant for States not parties to the instruments in which they are set out, and some institutions to which UNCLOS gives particular functions may have as members, States that are not parties to it.

This strong trend towards the setting up of a universal system of the law of the sea is supported by the development of customary law, and supports such development. Although it does not prevent unilateral action and disruption entirely, it includes, nevertheless, mechanisms to contain and to counter it. Notwithstanding the indications that this is not likely to happen, the plurality of adjudicating bodies might, admittedly, contribute to confusion and disorder. Such plurality may, however, also provide an element of flexibility beneficial, in the long run, to the development of the law.

51 T. Treves, “The Role of Universal International Organizations in Implementing the 1982 UN Law of the Sea Convention”, in: A. Soons (ed.), *Implementation of the Law of the Sea Convention Through International Institutions*, (Honolulu, Law of the Sea Institute, 1990), pp. 14-37; T. Treves, “The Law of the Sea “System” of Institutions”, 2 *Max-Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, 325-342; A.G. Oude Elferink, “Reviewing the Implementation of the LOS Convention: the Role of the United Nations General Assembly and the Meeting of States Parties”, in: A.G. Oude Elferink, D.R. Rothwell (eds), *Ocean Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses* (Leiden, Nijhoff, 2004), pp. 295-312.

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CONSEIL DE L'EUROPE : PRÉSENTATION ET APERÇU DE LA JURISPRUDENCE

*Claudia Westerdiek**

1 INTRODUCTION

Les fonctionnaires internationaux, qui ne peuvent pas soumettre leurs litiges concernant le travail aux juridictions nationales en raison de l'immunité juridictionnelle de leur employeur en tant qu'organisation internationale, doivent pouvoir s'adresser à une juridiction administrative internationale¹.

Les agents du Conseil de l'Europe disposent d'une possibilité de recours contentieux devant le Tribunal administratif du Conseil de l'Europe. Cette procédure contentieuse est régie par les articles 59 à 61 du Statut du personnel².

* Greffière de Section à la Cour européenne des droits de l'homme. L'auteur s'exprime à titre personnel. L'article se réfère à la jurisprudence disponible lors de sa rédaction (mai 2005).

1 CIJ, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité (1953-1954)*, avis consultatif du 13 juillet 1954, *CIJ Recueil 1954*, p. 57.

2 Dénommé « Statut des agents » avant 1997. Il existe aujourd'hui une multiplicité de tribunaux administratifs (ou commissions de recours) au sein des organisations internationales ou régionales, parmi lesquels ceux de l'Organisation internationale du travail (succédant au Tribunal administratif de la Société des Nations), des Nations Unies, de la Banque mondiale, du Fonds monétaire international, de l'Union européenne (compétence pour le contentieux de la fonction publique transférée de la Cour de justice des Communautés au Tribunal de première instance et, au cours de l'année 2005, au Tribunal de la fonction publique européenne), de l'OCDE, de l'OTAN, de l'Union de l'Europe occidentale, de l'Agence spatiale européenne, de l'Institut international pour l'unification du droit privé, de la Banque interaméricaine de développement, de la Banque africaine de développement, de la Banque asiatique de développement, de l'Organisation des États américains, de la Ligue des États Arabes, de l'Organisation des pays arabes exportateurs de pétrole.

La dénomination de Tribunal administratif a été introduite par décision du Comité des Ministres (résolution (94) 11 du 5 avril 1994), afin de souligner son caractère juridictionnel. Auparavant, cette juridiction était connue sous le nom de Commission de Recours qui avait été instituée en 1965 et saisie de la première affaire en 1967. Initialement, le Statut du personnel avait prévu un système d'arbitrage³.

En vertu d'un accord spécial entré en vigueur en 1994, la juridiction du Tribunal administratif (« le Tribunal ») a été étendue à l'examen des recours intentés contre le Gouverneur du Fonds de Développement Social du Conseil de l'Europe, conformément à l'article 15 du Statut du Tribunal.

2 ORGANISATION

L'organisation du Tribunal est régie par l'Annexe XI du Statut du Personnel sur le Statut du Tribunal administratif⁴. Le Règlement intérieur du Tribunal (initialement adopté par la Commission de Recours en 1982) fixe les modalités de son fonctionnement et de la procédure devant lui (art. 13 de son Statut).

A. *Composition et fonctionnement*

Conformément à l'article 1 de son Statut, le Tribunal est composé de trois juges n'appartenant pas au personnel du Conseil de l'Europe et compte trois juges suppléants. L'un des juges et l'un des juges suppléants sont désignés par la Cour européenne des droits de l'homme parmi des personnalités qui exercent ou ont exercé une fonction judiciaire dans un Etat membre du Conseil de l'Europe ou dans une juridiction internationale, à l'exclusion des juges en fonction de la Cour⁵. Les autres juges sont désignés par le Comité des Ministres parmi des juristes ou d'autres personnes de haute compétence, possédant une grande expérience en matière administrative. Les juges du Tribunal sont nommés pour une durée de trois ans ; ils sont rééligibles.

Les juges désignés par la Cour exercent les fonctions respectives de Président et de Président suppléant (art. 2 du Statut).

3 Voir H. Wiebringhaus, « Une nouvelle juridiction administrative en Europe : La Commission de Recours du Conseil de l'Europe », *AFDI*, 1965, 379-389. La Commission d'arbitrage n'est jamais entrée en activité.

4 Tel que modifié par la résolution (94) 11 du 5 avril 1994 et par la résolution (99) 19 du 16 novembre 1999, avec effet au 1^{er} janvier 2000.

5 Avant 2000, la Cour désignait les juges parmi ses membres.

Les juges exercent leurs fonctions en pleine indépendance (art. 3 du Statut)⁶.

La procédure devant le Tribunal est gratuite. Les moyens nécessaires au fonctionnement du Tribunal sont fournis par l'Organisation. Le Secrétaire Général désigne, en consultation avec le Président du Tribunal, deux greffiers, dont l'un est suppléant. Dans l'exercice de leurs fonctions (à temps partiel pour le suppléant), ces derniers ne sont soumis qu'à l'autorité du Tribunal (art. 14 du Statut du Tribunal). Une assistante administrative, exerçant à temps complet, contribue au bon fonctionnement du Tribunal.

B. Procédure devant le Tribunal

L'instruction du dossier et la procédure orale sont réglées par l'article 7 du Statut et les articles 16 à 34 du Règlement du Tribunal.

Le recours devant le Tribunal est introduit sur un formulaire (art. 16, par. 3, du Règlement) et est, d'habitude, suivi d'un mémoire ampliatif. Le Secrétaire Général, représenté par le Service du Conseil juridique à la Direction générale I – Affaires juridiques, est ensuite invité à soumettre ses observations concernant le recours. Le requérant a la possibilité d'y répondre par un mémoire en réplique.

La représentation du requérant par un avocat n'est pas obligatoire, mais la majorité des requérants se font assister (art. 12 du Règlement). Si un requérant se fait représenter par un agent de l'Organisation, ce dernier est en principe autorisé à remplir ce rôle dans le cadre de ses fonctions officielles (note de service n° 492 du 2 janvier 1972). Il n'existe pas d'aide judiciaire propre au contentieux. Les membres du Fonds de défense professionnelle du Conseil de l'Europe sont assurés pour le cas où ils seraient amenés à introduire un recours.

Toute personne physique habilitée à introduire un recours auprès du Tribunal et qui justifie d'un intérêt suffisant à la solution d'un litige soumis au Tribunal et le Comité du Personnel, dans les mêmes conditions, peuvent être autorisés par celui-ci à intervenir dans ladite procédure (art. 10 du Statut du Tribunal)⁷.

6 Dans l'affaire n° 191/1994, *Eissen c. le Secrétaire Général* (ci-après « SG »), sentence du 25 novembre 1994, concernant le recours d'un ancien Greffier de la Cour, le Président et le Président suppléant, à l'époque membres de la Cour, avaient décidé de ne pas participer à la procédure ; la Cour a désigné un ancien juge de la Cour Président *ad hoc*.

7 Le Comité du Personnel sollicite régulièrement le droit d'intervenir. Voir la motivation dans l'affaire n° 241/1998, *Tonna c. SG*, sentence du 9 novembre 1998, § 54, le recours portant sur une question d'importance générale, à savoir la sauvegarde des intérêts d'un agent en poste hors de France, tenant compte de la décentralisation croissante de l'Organisation.

La procédure devant le Tribunal est contradictoire et publique. Le Tribunal tient en règle générale une audience publique, sauf si les deux parties y renoncent. Les audiences ont généralement lieu au siège du Tribunal à Strasbourg (art. 7 du Règlement intérieur). Dans plusieurs recours portés contre le Directeur du Fonds de développement social, siégeant à Paris, le Tribunal a, pour des raisons de facilité, tenu les audiences au siège du Conseil de l'Europe à Paris⁸.

Le contentieux devant le Tribunal n'a que rarement nécessité d'entendre des témoins ou de recourir à des experts (art. 25 du Règlement)⁹. Dans le contentieux concernant les nominations, les copies du procès-verbal et autres documents confidentiels concernant la procédure de nomination sont fournis au Tribunal, selon une pratique constante, sans que le requérant ne puisse en prendre connaissance.

Les langues officielles du Tribunal sont l'anglais et le français (art. 6 de son Statut et art. 11 du Règlement).

Les délibérations du Tribunal se tiennent à huis clos (art. 10 du Règlement). Une première délibération a lieu à l'issue de l'audience et, lors de la réunion suivante, le Tribunal délibère une seconde fois sur la base d'un projet de sentence préparé par le greffe. Le Tribunal rend sa sentence généralement dans les trois à quatre mois après la date de l'audience. Les sentences contiennent un résumé des faits et de la procédure suivie, un sommaire des arguments avancés par les parties, les motifs de droit et le dispositif, sans indiquer si elles ont été prises à l'unanimité ou non (art. 35, par. 2, du Règlement). Elles sont en grande majorité rédigées en français, le texte français faisant foi. Ultérieurement, une traduction dans l'autre langue officielle est organisée par le greffe avec l'assistance des services de traduction du Conseil de l'Europe.

Les sentences sont prononcées en audience publique¹⁰.

La procédure écrite prévue pour rejeter un recours manifestement irrecevable (art. 5, par. 2, du Statut) ou pour rayer un recours du rôle (art. 20 du Règlement) n'est pas utilisée dans la pratique des réunions régulières du Tribunal.

8 N^{os} 187 et 193/1994, *Roose* ; n^{os} 189 et 195/1994, *Ernaud (I et II)* ; n^{os} 190, 196 et 197/1994, *Lelégard (I-IV)* et n^o 208/1995, *Maréchal c. Directeur du Fonds*.

9 N^{os} 258 et 261/2000, *Ballester c. SG*, sentence du 31 janvier 2002 impliquant plusieurs témoins ; n^{os} 182-185/1994, *Auer et autres c. SG*, sentence du 26 janvier 1996, expertise écrite d'un expert des questions de fixations des rémunérations au sein des Organisations coordonnées et n^o 285/2001, *Parienti c. SG*, sentence du 16 mai 2003, expertise écrite d'un psychiatre concernant des griefs de harcèlement moral.

10 Depuis 2001, les sentences sont disponibles en version électronique sur l'intranet du Conseil de l'Europe.

C. Sentences

Si le Tribunal déclare un recours fondé, il annule la décision litigieuse (art. 60, par. 2, du Statut du Personnel). Il peut également ordonner le versement d'une indemnité en réparation du dommage résultant de l'acte contesté. Exceptionnellement, le Tribunal a pris en considération une demande d'indemnisation, même s'il n'était pas parvenu à un constat de violation¹¹. Dans des litiges à caractère pécuniaire, le Tribunal ordonne le remboursement des sommes indûment retenues. Dans les autres litiges, il peut annuler l'acte contesté. Le Tribunal s'estime par ailleurs compétent pour examiner des demandes d'interprétation de ses sentences¹².

Le Tribunal n'a jamais eu à appliquer l'article 11, paragraphe 1, de son Statut qui prévoit, en cas de recours abusif, la possibilité d'ordonner le remboursement par le requérant de tout ou partie des dépenses. Quant aux frais et dépens du requérant, le Tribunal peut accorder un remboursement sur une base raisonnable en cas de bien-fondé du recours ou, dans des circonstances exceptionnelles, également en cas de rejet du recours (art. 11, par. 2 et 3)¹³.

D. Exécution des sentences

Aux termes de l'article 60, paragraphe 6, du Statut du personnel, les sentences du Tribunal lient les parties dès leur prononcé. Les sentences qui mettent fin à un recours sont définitives et acquièrent force de chose jugée. L'Organisation a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la sentence rendue par le Tribunal, conformément à ses termes et à sa motivation. Lorsqu'il s'agit d'une annulation d'un acte administratif, sauf indication contraire, celui-ci cesse d'avoir une existence juridique¹⁴.

11 N° 255/1999, *Loria-Albanese c. SG*, sentence du 27 mars 2000, §§ 39-41, concernant une décision du Secrétaire Général de ne pas pourvoir un poste vacant à la Cour en l'absence d'un accord avec le Président de la Cour (procédure de nomination spéciale : art. 26, par. 2 du Statut du Personnel).

12 Compétence implicite : n° 212/1995, *Bouillon (II) c. SG*, sentence du 29 mars 1996, §§ 20-22; n° 225/1996, *Comité du Personnel (III) c. SG*, sentence du 21 mars 1997, § 13.

13 N° 191/1994, *Eissen*, précitée, § 38, faisant référence au problème de conflit entre l'article 24 du Statut du Personnel (âge de la retraite) et la disposition du Règlement de la Cour concernant la durée du mandat du greffier de la Cour. Voir aussi n° 200/1995, *X c. SG*, sentence du 24 novembre 1995, § 14 ; et n° 239/1997, *X c. SG*, sentence du 27 août 1997, § 32 : recours devenus sans objet après la saisine du Tribunal.

14 N° 225/1996, *Comité du Personnel (III) c. SG*, sentence du 21 mars 1997, §§ 20-21 ; n°s 254 et 257/1999, *Hornecker c. SG*, décision du 16 février 2001, § 10.

Le Secrétaire Général informe le Tribunal des mesures prises en vue d'exécuter les sentences. S'il estime que l'exécution d'une sentence d'annulation est susceptible de créer au sein du Conseil de l'Europe de graves difficultés d'ordre interne, le Secrétaire Général peut demander au Tribunal de revenir sur la décision et d'ordonner, en substitution, le versement d'une indemnité compensatoire. Ce remède prévu par l'article 60, paragraphe 7, du Statut du personnel revêt un caractère extraordinaire. De seuls problèmes de gestion ne sont pas susceptibles d'atteindre le seuil de gravité requis¹⁵.

E. *Mesures provisoires*

La réclamation administrative et le recours n'ont pas d'effet suspensif. Or, aux termes des articles 59, paragraphe 7, et 60, paragraphe 4, du Statut du personnel, une requête de sursis à l'exécution d'un acte de l'Administration peut être introduite à tout stade du contentieux, si cette exécution est susceptible de causer un « grave préjudice difficilement réparable ». Le sursis est décidé par le Président du Tribunal sur la seule question de l'urgence, en tenant compte des intérêts du requérant et de l'Organisation, et hors analyse de tout autre argument lié au bien-fondé de l'affaire¹⁶. En outre, pendant l'examen du recours, le Secrétaire Général est tenu d'éviter de prendre à l'égard du requérant toute nouvelle mesure qui, au cas où le recours serait déclaré fondé, rendrait impossible le redressement recherché.

3 COMPÉTENCE

A. *Le requérant*

Les catégories de personnes ayant qualité pour entamer une procédure contentieuse sont énumérées dans l'article 59, paragraphes 1 et 6, du Statut du Personnel. Ce sont principalement les agents de l'Organisation pour autant qu'ils justifient d'un intérêt direct et actuel à se plaindre d'un acte d'ordre administratif leur faisant grief. Le paragraphe 6 dudit article étend cette possibilité, *mutatis mutandis*, à certaines autres catégories de personnes qui risquent d'être frappées par un acte d'ordre administratif leur faisant grief. En outre, l'arrêté n° 821 du 1^{er} décembre 1992 (Conditions d'emploi

15 Nos 254 et 257/1999, *Hornecker*, décision précitée, § 18.

16 N° 194/1994, *Fernandez-Galiano c. SG*, ordonnance du 7 juillet 1994, §§ 12-14 ; n° 309/2002, *Belyaev c. SG*, ordonnance du 14 juillet 2002, § 19.

et de recrutement du personnel temporaire) prévoit dans son article 7 que les litiges relatifs aux contrats conclus entre le Secrétaire Général et les agents temporaires sont réglés dans le cadre des procédures visées aux articles 59 à 61 du Statut du personnel.

L'article 59, paragraphe 1, précise les conditions dans lesquelles une personne concernée par un acte ou une omission est victime et habilitée à agir. L'intérêt qu'elle souhaite faire valoir doit être direct, c'est-à-dire personnalisé et actuel. Les agents ne sont pas habilités à agir dans l'intérêt de la légalité ou dans l'intérêt de l'Organisation¹⁷. L'article 60, paragraphe 1, implique que la même condition vaut pour la recevabilité d'un recours contentieux.

Pour le Tribunal, une interprétation restrictive de l'article 59, paragraphes 1 et 6, du Statut du personnel se heurterait au principe de la prééminence du droit, énoncé dans le préambule et l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe, principe qui ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux. Ainsi, dans les domaines régis par le Statut du personnel et ses annexes, toute personne autre que les agents du Conseil de l'Europe, susceptible d'être directement affectée par un acte d'ordre administratif lui faisant grief doit avoir la possibilité de déférer la décision ou la mesure en question d'abord au Secrétaire Général et puis, le cas échéant, au Tribunal¹⁸.

Ainsi, un candidat extérieur ayant participé à un concours de recrutement est en droit de se plaindre d'irrégularités dans le déroulement dudit concours, conformément à l'article 59, paragraphe 6 (d), du Statut du personnel¹⁹. Pourtant, des différences existent entre les candidats extérieurs et internes. Ils ne bénéficient en effet pas de la même garantie de recours contentieux, dans la mesure où l'agent du Conseil de l'Europe participant à une procédure de recrutement extérieur peut toujours se prévaloir du libellé de l'article 59, paragraphe 1, pour introduire une réclamation. Cette discrimination ne saurait être éliminée en réduisant les droits statutaires des agents, mais en prenant des mesures positives afin d'assurer le « droit à un

17 N° 226/1996, *Zimmermann c. SG*, sentence du 24 avril 1997, § 26 ; n° 241/1998, *Tonna*, précitée, § 36 ; n° 267/2001, *Peukert c. SG*, sentence du 31 janvier 2002, § 24 ; n°s 268-282/2001, *Palermitti et autres c. SG*, sentence du 31 janvier 2002, §§ 39-40.

18 N° 226/1996, *Zimmermann*, précitée, §§ 22-30 avec référence aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH »), *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, p. 17 § 34 et p. 18, § 36 ; *Fayed c. Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, série A n° 294-B, pp. 49-50 ; et les décisions sur la recevabilité des requêtes n° 26083/94 et n° 28934/95, *Waite/Kennedy et Beer/Regan c. l'Allemagne* du 24 février 1997.

19 N° 172/1993, *Ferriozzi-Kleijssen c. SG*, sentence du 25 mars 1994, §§ 26-27 ; n° 226/1996, *Zimmermann*, précitée, §§ 25-27 ; n° 307/2002, *Souproun c. SG*, sentence du 4 juillet 2003, § 22.

tribunal » à toute personne s'estimant victime d'un acte de l'Administration lui faisant grief²⁰.

Les bulletins de rémunération constituent des actes pouvant faire grief et ils sont donc susceptibles de faire l'objet d'une réclamation et éventuellement d'un recours²¹. Des mesures de cessation de fonctions appliquées à l'encontre de certains agents, conformément à la résolution (92) 28 du Comité des Ministres et à l'Annexe VI au Statut du personnel, peuvent certes affecter indirectement un grand nombre d'autres agents, sans leur donner pour autant un intérêt direct à agir en justice, à l'exception d'éventuels autres candidats ayant demandé l'application d'une telle mesure²². Un agent frappé d'une décision d'ouverture de procédure disciplinaire à son encontre peut justifier d'un intérêt direct et actuel, au sens de l'article 59, paragraphe 1, surtout lorsque l'autorité disciplinaire a également prononcé une mesure de suspension²³.

Aux termes de l'article 59, paragraphe 6 (c), du Statut du personnel, le Comité du Personnel peut introduire une réclamation administrative pour autant que celle-ci est dirigée contre un acte dont il est destinataire ou contre un acte qui porte directement atteinte aux prérogatives que lui confère le Statut du personnel. Ceci peut être le cas lors d'une dérogation au Statut du personnel ou de l'adoption d'une pratique administrative dérogeant à l'arrêté n° 821 – Conditions d'emploi et de recrutement de personnel temporaire, sans consultation préalable du Comité du Personnel, consultation prévue par l'article 5, paragraphe 3, de l'Annexe I du Statut du personnel²⁴. Or, la nomination prétendument illégale d'une seule personne ne justifie pas un intérêt direct aux termes de l'article 59²⁵.

B. Les actes contrôlés

Le système de contentieux du Conseil de l'Europe prévoit uniquement des recours dirigés contre le Secrétaire Général. De ce fait, le Tribunal a été reconnu

20 N° 250/1999, *Schmitt c. SG*, sentence du 9 juin 1999, §§ 14-16 avec référence à l'arrêt de la CEDH du 18 février 1999 dans l'affaire *Waite et Kennedy c. l'Allemagne*.

21 N° 263/2000, *Kakaviatos c. SG*, sentence du 12 octobre 2001, § 39.

22 N°s 268-282/2001, *Palermi et autres*, précitée, §§ 42-44 ; n° 267/2001, *Peukert*, précitée, §§ 38-39.

23 N° 248/1998, *X c. SG*, sentence du 20 mai 1999, § 23. Il peut également attendre l'issue de la procédure : *ibid.*, § 24.

24 N° 215/1996, *Comité du Personnel (II) c. SG*, sentence du 2 juillet 1996, § 29 ; et n° 305/2002, *Comité (IV) c. SG*, sentence du 22 juin 2001, § 22.

25 N° 305/2002, *Comité (VII) c. SG*, sentence du 16 mai 2003, § 35 ; voir aussi n°s 290-292/2001, 295, 298-301, 303 et 304/2002, *Comité du Personnel (V) et autres c. SG*, sentence du 20 décembre 2002, § 65 concernant l'exécution d'une sentence.

compétent pour se prononcer également sur un problème de fond faisant l'objet d'une contestation contre une décision ou une mesure prise par le Secrétaire Général dans le cas où ce dernier se trouve dans l'obligation d'appliquer une décision du Comité des Ministres sans avoir la possibilité de la contester, par exemple en matière de rémunérations des agents et de pensions des agents retraités du Conseil de l'Europe²⁶.

C. *L'exercice de la compétence*

Le contrôle juridictionnel s'opère d'abord à partir de la réglementation statutaire de l'Organisation, les règlements et les arrêtés et, le cas échéant, de la pratique administrative. Le Tribunal tient également compte des principes généraux du droit qui régissent les régimes juridiques des organisations internationales (notamment le principe d'égalité de traitement, le principe de bonne foi, le principe de sécurité juridique, le principe de transparence).

Le Tribunal interprète les dispositions administratives internes du Conseil de l'Europe à la lumière des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dont la règle générale d'interprétation (art. 31, par. 1) précise qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but²⁷. Certaines notions figurant dans les dispositions statutaires, comme celles de « résidence » ou de « résident » (art. 6 du Règlement concernant les traitements et indemnités des agents) n'ont pas été déterminées exclusivement en fonction du droit interne d'un Etat, mais le Tribunal a cherché à leur donner une interprétation autonome²⁸. Dans une affaire récente, le Tribunal a tenu compte de la législation actuelle de la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe afin d'interpréter le terme « agents mariés » dans le cadre de l'article 4, paragraphe 2 (i), du Règlement sur les traitements et indemnités des agents (droit à l'allocation de foyer)²⁹.

26 Voir les déclarations au nom du Secrétaire Général dans les affaires n^{os} 101-113/1984, *Stevens et autres c. SG*, sentence du 15 mai 1985, § 54 ; n^{os} 118-128/1985, *Jeannin et autres c. SG*, sentence du 30 avril 1986, § 49 ; n^{os} 133-145/1986, *Ausems et autres c. SG*, sentence du 3 août 1987, § 61 ; et n^{os} 182-185/1994, *Auer et autres c. SG*, précitée ; n^{os} 231-238, *Fuchs et autres c. SG*, sentence du 29 janvier 1998, § 43. Voir aussi n^o 191/1994, *Eissen*, précitée, § 34 ; n^o 255/1999, *Loria-Albanese*, précitée, §§ 18-23.

27 N^{os} 231-238, *Fuchs et autres*, précitée, § 49 ; n^o 226/1996, *Zimmermann*, précitée, § 44 ; n^o 251/1999, *Baechel c. SG*, sentence du 22 octobre 1999, § 30.

28 N^o 188/1994, *Keller c. SG*, sentence du 5 avril 1995, § 38.

29 N^o 321/2003, *Nyctelius c. SC*, sentence du 4 février 2005, §§ 34-42 et 45-52.

Dans les domaines où le Secrétaire Général dispose d'un pouvoir d'appréciation, notamment dans l'organisation des services et la gestion du personnel, le Tribunal s'abstient de substituer son appréciation à celle de l'Administration et ne juge pas de l'opportunité d'un acte administratif. En matière de rémunération, une marge étendue d'appréciation des nombreux paramètres de nature politique, juridique et économique entrant en ligne de compte pour déterminer le niveau des rémunérations est reconnue aux autorités compétentes. Le Tribunal contrôle si les règles arrêtées ont été correctement appliquées et si les principes généraux du droit qui s'imposent dans l'ordre juridique des organisations internationales ont été respectés. Ainsi, il vérifie si la décision litigieuse émane d'un organe compétent et si elle est régulière en la forme, si la procédure a été correctement suivie et, au regard de la légalité interne, si l'appréciation de l'autorité administrative a tenu compte de tous les éléments pertinents, si des conclusions erronées n'ont pas été tirées des pièces du dossier, ou enfin s'il n'y a pas eu détournement de pouvoir³⁰.

Il peut néanmoins arriver que le Tribunal dépasse ce cadre strictement juridique pour mettre en garde l'Organisation contre certaines situations présentant un risque potentiel de conflit³¹.

4 RECEVABILITÉ DES RECOURS

Les formes et procédures exigées par le Statut du personnel visent à assurer le respect du principe de sécurité juridique inhérent à l'ordre du Conseil de l'Europe, tant dans l'intérêt de l'Organisation que dans celui des agents. Ils doivent savoir à partir de quel moment le contrôle judiciaire de la légalité d'un acte d'ordre administratif n'est plus possible³².

L'article 19 du Règlement intérieur précise que le requérant doit justifier les conditions de recevabilité de son recours. Le Secrétaire Général, de son

30 Les sentences les plus récentes qui font autorité concernant la gestion du personnel et les nominations : n° 312/2003, *Schmidt c. SG*, sentence du 3 décembre 2003, §§ 55, 61, concernant les rémunérations : n°s 231-238, *Fuchs et autres c. SG*, précitée, § 46 ; et concernant la discipline : *X c. SG*, précitée, § 36.

31 Par exemple l'absence d'un système de notation : n° 169/1992, *Nilsson c. SG*, sentence du 25 septembre 1992, § 24. L'absence de règles précises s'il n'y a pas d'accord dans la procédure de nomination au greffe de la Cour : n° 255/1999, *Loria-Albanese*, précitée, § 31. L'utilité et l'opportunité de motiver exhaustivement une sanction disciplinaire : n°s 245 et 249/1998, *Bouillon (III et IV) c. SG*, sentence du 20 mai 1999, § 80. Le chevauchement entre une procédure de pourvoi d'un poste et la réorganisation d'un service : n° 311/2002, *Wimberley c. SG*, sentence du 5 décembre 2003, § 33.

32 N° 263/2000, *Kakaviatos*, précitée, §§ 27-28, 30, 34, 39 ; n° 284/2001, *Lobit-Jacquin c. SG*, sentence du 27 mars 2002, § 21 ; n° 309/2002, *Belyaev c. SG*, sentence du 4 juillet 2003, § 27.

coté, doit faire valoir les éventuelles exceptions préliminaires concernant les griefs du requérant au premier stade de la procédure judiciaire (art. 18 du Règlement intérieur). Le Tribunal, se référant à la pratique courante devant les juridictions internationales et internes, y voit « sinon un impératif, du moins un desideratum d'une bonne administration de la justice et une exigence de la sécurité juridique »³³.

Selon l'article 59 du Statut du personnel, la réclamation administrative doit être introduite dans un délai de trente jours à compter de la date de la publication ou de la notification de l'acte en cause, de la prise de connaissance d'un acte qui n'a été ni publié ni notifié, ou de la date de la décision implicite de rejet. Le Secrétaire Général statue sur une réclamation au plus tard trente jours à compter de la date de sa réception. Défaut de réponse vaut décision implicite de rejet. Cette décision de rejet peut être communiquée par une autorité administrative au nom du Secrétaire Général, même si, pour le Tribunal, il serait préférable qu'elle soit prise et signée par le Secrétaire Général³⁴. Si la réclamation est soumise au Comité consultatif du contentieux, le délai est de trente jours à compter de la date de réception de l'avis du Comité.

En cas de rejet explicite, total ou partiel, ou de rejet implicite de la réclamation visée à l'article 59, le Tribunal peut être saisi d'un recours. Ce recours doit être introduit par écrit dans un délai de soixante jours à compter de la date de la notification de la décision sur la réclamation ou de la date du rejet implicite.

Si, selon l'article 60, paragraphe 1, du Statut du personnel, un recours contentieux ne peut être introduit qu'après le rejet de la réclamation administrative concernant le litige, l'intéressé ne doit pas seulement introduire une réclamation mais également soulever, dans les conditions prévues à l'article 59, les griefs qu'il entend formuler par la suite devant le Tribunal³⁵. La non-observation du délai d'introduction de la réclamation administrative entraîne l'irrecevabilité du recours contentieux³⁶. Pareillement, un requérant est forcé de tirer argument, dans le cadre d'un recours, des faits antérieurs qui ont fait ou auraient pu faire l'objet d'un contentieux³⁷.

33 N° 309/2002, *Belyaev*, sentence précitée, § 28 avec référence à l'arrêt de la CEDH du 18 juin 1971 dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp* (« *Vagabondage* ») *c. Belgique*.

34 N° 178/94, *Fender c. SG*, sentence du 24 février 1995, § 29 ; n° 226/1996, *Zimmermann*, précitée, § 57.

35 N° 226/1996, *Zimmermann*, précitée, § 21 ; n° 241/1998, *Tonna*, précitée, §37 ; n° 263/2000, *Kakaviatos*, précitée, § 28.

36 N° 263/2000, *Kakaviatos*, précitée, §§ 27-28, 30, 34, 39 ; n° 284/2001, *Lobit-Jacquin*, précitée, § 21 ; n° 309/2002, *Belyaev*, précitée, § 27.

37 N°s 258 et 261/2000, *Ballester*, précitée, § 49 ; n° 285/2001, *Parienti*, précitée, §§ 40-42.

Les dispositions du Statut du personnel et l'exigence de la sécurité juridique n'admettent pas la faculté d'introduire, après une décision définitive de l'Organisation, une réclamation contre un acte d'exécution ultérieur, même répétitif, en mettant indirectement en cause ladite décision qui n'avait pas été contestée dans les délais. Ceci vaut pareillement pour les bulletins de rémunération, pour autant qu'ils reflètent une décision antérieure qui n'a pas été valablement contestée³⁸.

Quand il s'agit d'un recours contre une décision administrative prise par le Secrétaire Général en vertu de son pouvoir d'appréciation en matière de gestion du personnel, l'agent concerné n'est pas forclos de se plaindre des actes préparatoires, étant donné que la compétence du Tribunal s'étend à toute question d'irrégularité de l'ensemble de la procédure³⁹.

L'article 59, paragraphe 2, du Statut du personnel relève un requérant des conséquences du non-respect des délais dans des circonstances exceptionnelles. Ainsi, dans le cadre d'un contentieux de harcèlement moral, une requérante a pu faire valoir un ensemble de faits qui s'échelonnaient dans le temps⁴⁰. Selon le Tribunal, la définition même de harcèlement moral contenue dans l'article 3 de l'instruction n° 44 du 7 mars 2002 relative à la protection de la dignité de la personne au Conseil de l'Europe comprend cet élément de temps (« toute conduite abusive (. . .) se manifestant de façon durable, répétitive et/ou systématique »).

5 APERÇU DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE

A. *Organisation des services*

Le Secrétaire Général dispose d'un pouvoir d'appréciation dans l'organisation des services, en fonction des missions qui leur sont confiées et dans l'affectation en vue de celles-ci du personnel qui se trouve à leur disposition, à la condition que ces affectations se fassent dans l'intérêt des services et dans le respect de l'équivalence des emplois. Un tel pouvoir est indispensable à une organisation efficace des travaux et pour pouvoir adapter l'institution à des besoins variables⁴¹.

38 N° 263/2000, *Kakaviatos*, précitée, § 39 ; n° 284/2001, *Lobit-Jacquín*, précitée, § 21.

39 N° 248/1998, *X c. SG*, précitée, § 24, concernant la décision d'ouverture d'une procédure disciplinaire.

40 N° 285/2001, *Parienti*, précitée, §§ 39-42. Voir aussi n° 241/1998, *Tonna*, précitée, §§ 39-40.

41 N° 266/2001, *Girasoli c. SG*, sentence du 12 octobre 2001, § 24.

Pour qu'une mesure de réorganisation de service porte atteinte au droit de l'agent à ce que les fonctions qui lui sont confiées soient, dans leur ensemble, conformes au grade qu'il détient dans la hiérarchie (art. 11 du Statut du personnel), des changements et même une diminution quelconque des attributions de l'intéressé ne suffisent pas. Il faut que, dans leur ensemble, ses attributions résiduelles restent nettement en deçà de celles correspondant à ses grade et emploi, compte tenu de leur nature, de leur importance et de leur ampleur⁴².

Le reclassement d'un emploi doit rester une mesure exceptionnelle de gestion et d'organisation des services, justifiée par la nécessité de régulariser une situation dans laquelle le grade d'un agent ne correspond plus aux fonctions effectivement exercées⁴³.

B. *Nominations et promotions*

L'un des principes de base pour la politique de recrutement doit être de tendre à assurer l'engagement d'agents possédant les plus hautes qualités de compétence, de rendement et d'intégrité (art. 12, par. 1, du Statut du personnel). Dans son deuxième paragraphe, l'article 12 garantit le droit des agents en fonction à une chance raisonnable d'accéder à d'autres postes de l'Organisation, à une « vocation à la carrière ». Bien que les agents en fonction n'aient pas un droit prioritaire, la politique en matière de promotion doit tendre d'abord à leur offrir des chances raisonnables d'accéder aux emplois vacants de l'Organisation. Au moment où le Secrétaire Général doit choisir entre la procédure de recrutement extérieur et la compétition interne, il lui est loisible de choisir la première s'il peut croire, de bonne foi, sur la base d'une appréciation provisoire des éléments pertinents, qu'aucun agent en fonction ne possède le profil du poste devenu vacant, et si les agents en fonction auront le droit d'y participer⁴⁴.

En matière d'appréciation des qualifications, le pouvoir d'appréciation du Secrétaire Général dépend à la fois de la nature des qualifications – il est moins étendu en matière de qualifications objectives que de qualifications subjectives – et de la phase de la procédure. L'examen préliminaire des conditions de recevabilité de chaque candidature laisse moins de marge

42 *Ibid.*, §§ 31-32.

43 N° 287/2001, *Boltho von Hohenbach c. SG*, sentence du 17 octobre 2002, § 44.

44 N°s 259 et 260/2000, *Tonelli c. SG*, sentence du 9 mars 2001, § 47. Voir aussi n° 171/1993, *Amat c. SG*, précitée, §§ 23-28, concernant des postes d'attachés de presse créés pour une durée déterminée.

discrétionnaire que l'évaluation des qualifications et capacités afin d'arriver à la décision finale quant à la candidature à retenir⁴⁵.

L'absence d'un système de notation effectif dans le passé, susceptible de créer un sérieux handicap pour la mise en œuvre d'une pratique et d'un contrôle équitable en matière de nomination, a été longuement critiquée par le Tribunal⁴⁶. Un nouveau système d'appréciation a été introduit en mars 2004 (arrêté n° 1174 du 17 mars 2004).

L'entretien qui doit avoir lieu entre un agent permanent, candidat à une mutation ou une promotion, et le directeur ou chef de service dont relève l'emploi à pourvoir (art. 19, paragraphe 4 de l'arrêté n° 620 – Règlement intérieur de la Commission des Nominations du 29 novembre 1982) revêt une importance particulière dans la phase d'évaluation des qualifications des candidats et de leur aptitude à pourvoir le poste mis en compétition. L'entretien doit être réel et concret et son organisation et son déroulement doivent se faire dans les meilleures conditions. Des irrégularités comme un entretien par téléphone avec un candidat se trouvant en mission à l'étranger ou encore un malentendu sur deux candidatures différentes ne sont pas de nature purement technique. Elles peuvent priver les candidats concernés de l'occasion de mettre en exergue leurs qualifications⁴⁷.

Un candidat figurant sur une liste de réserve établie à l'issue d'une procédure de recrutement extérieur (art. 15, par. 3, du Règlement sur les nominations) est en droit de s'attendre à être nommé à un poste analogue devenu vacant pendant la durée de validité d'une telle liste, à la condition qu'il s'agisse d'un cas de vacance non pourvue par voie de compétition interne⁴⁸.

Quant à la question du renouvellement d'un contrat temporaire, le Tribunal s'est écarté de la jurisprudence d'autres juridictions administratives internationales pour conclure qu'un agent temporaire n'a pas le droit à un renouvellement automatique de son contrat. La raison se trouve dans le souci d'éviter une « permanentisation » des agents temporaires recrutés dans le cadre de procédures moins strictes que celles prévues par le Règlement sur les nominations pour le recrutement des agents permanents⁴⁹.

45 N°s 216, 218 et 221/1996, *Palmieri (III, IV et V) c. SG*, sentence du 27 janvier 1997, § 43 ; n° 250/1999, *Schmitt c. SG*, précitée, § 27.

46 N° 186/1994, *Bouillon c. SG*, sentence du 24 février 1995, § 29, avec références, la première sentence à cet égard remontant à 1990 ; et n° 194/1994, *Fernandez-Galiano c. SG*, sentence du 5 avril 1995, § 25.

47 N° 173/1993, *Lervik c. SG*, sentence du 21 avril 1994, §§ 25-29, 31-33 ; n°s 254 et 257/1999, *Hornecker*, précitée, §§ 50-51, 58-59.

48 N° 251/1999, *Baechel c. SG*, sentence du 22 octobre 1999, §§ 32-35 ; n°s 259 et 260/2000, *Tonelli*, précitée, § 60.

49 N° 256/1999, *Grassi c. SG*, sentence du 7 juin 2000, § 27 ; n° 308/2002, *Levy c. SG*, sentence du 28 mars 2003, § 27 ; n° 309/2002, *Belyaev*, sentence précitée, § 41.

Dans ce contexte, le Tribunal, notant le nombre croissant d'agents temporaires, a rappelé que le recours à des agents temporaires a des limites et que l'emploi de personnel temporaire ne devrait pas se faire de manière continue au-delà d'un laps de temps raisonnable⁵⁰. Il convient de noter qu'en mars 2002 le Comité des Ministres a autorisé le Secrétaire Général « à titre exceptionnel à recourir à une procédure de recrutement aux fins de l'intégration comme agents permanents des agents temporaires remplissant les critères nécessaires » (résolution (2002) 4 prévoyant une procédure de recrutement exceptionnelle ouverte aux agents temporaires ayant une ancienneté confirmée). La réforme de la politique contractuelle et des procédures de nomination se poursuit.

Les principes généraux du droit, notamment le principe de la bonne foi, exigent le respect par l'Organisation des engagements assumés par elle. Or, même si le recrutement d'un agent est précédé par des échanges avec l'Administration, l'Organisation n'est engagée que par l'offre définitive⁵¹.

C. *Obligation d'assistance*

La protection fonctionnelle des agents prévue par l'article 40 du Statut du personnel doit être concrète et effective. Au cas où un Etat membre méconnaîtrait, au détriment des agents, les privilèges et immunités dont ils bénéficient, dans l'intérêt de l'Organisation, les agents concernés pourraient se prévaloir de l'article 40 pour obtenir l'assistance du Secrétaire Général. Autrement, ils resteraient sans protection juridique : ni l'Accord général sur les privilèges et immunités, ni d'autres instruments complémentaires ne prévoient un droit de recours⁵².

D. *Transparence et obligation de motivation*

Un des moyens de préserver la confiance en l'Administration est la transparence en matière de gestion du personnel, notamment l'exigence de motiver de façon suffisante les actes administratifs. Cela ne veut pas dire que les motifs doivent toujours être fournis en des termes détaillés et exhaustifs ; il faut tenir compte de la nature de l'acte, de la complexité des considérations en jeu et du processus décisionnel⁵³. Récemment, le Tribunal a invité le Secrétaire Général à mener une réflexion quant à l'ampleur de l'information

50 N° 256/1999, *Grassi*, précitée, § 26. Voir aussi n° 308/2002, *Levy*, précitée, § 26.

51 N° 188/1994, *Keller*, précitée, §§ 52-53.

52 N° 241/1998, *Tonna*, précitée, § 60.

53 N° 181/1994, *Diebold c. SG*, sentence du 12 décembre 1994, §§ 35-37 ; n° 186/1994, *Bouillon*,

qui pourrait être donnée aux candidats, dans le cadre de tous les concours de recrutement et de promotion, au sujet du déroulement de ceux-ci et de leur issue⁵⁴.

L'exigence de transparence s'impose aussi à la communication interne et à l'information des agents⁵⁵.

E. Dignité et harcèlement

L'Administration doit généralement traiter les membres de son personnel de manière telle que soient respectées leur dignité et leur réputation et ne pas les placer sans nécessité dans une situation pénible. Pour établir si des changements au niveau des fonctions d'un agent et de sa situation professionnelle sont de nature à porter atteinte à sa dignité, il faut tenir compte de l'ensemble des mesures prises par l'Administration. En cas de mise à disposition d'un agent, des tâches précises doivent lui être confiées dans le service l'ayant accueilli. Une allégation de harcèlement moral doit être corroborée par des faits précis dont la preuve doit être fournie par celui ou celle qui affirme avoir été victime de ce harcèlement⁵⁶.

F. Rémunérations et pensions, indemnités, couverture sociale

Les agents du Conseil de l'Europe ont droit à une rémunération conformément à l'article 41 du Statut du personnel et au Règlement concernant les traitements et indemnités des agents (Annexe IV au Statut du personnel). Le Conseil de l'Europe faisant partie des Organisations coordonnées⁵⁷, le Comité des Ministres prend ses décisions en matière de rémunérations sur la base des recommandations du Comité de Coordination des experts budgétaires des gouvernements, révisant pour une période pluriannuelle les rémunérations au sein des Organisations coordonnées. Par le passé, les juri-

précitée, § 35 ; n°s 182-185/1994, *Auer et autres*, précitée, § 76 ; n° 194/1994, *Fernandez-Galiano*, précitée, § 24 ; n°s 231-238, *Fuchs et autres*, précitée, §§ 63-65 ; n° 266/2001, *Girasoli*, précitée, § 34. Pour les mesures disciplinaires, n° 248/1998, *X c. SG*, précitée, § 50 ; n°s 245 et 249/1998, *Bouillon (III et IV)*, précitée, § 80 ; n° 316/2003, *Kling c. SG*, sentence du 7 mai 2004, §§ 45-46.

54 N° 294/2002, *Marchenkov c. SG*, sentence du 28 mars 2003, § 37 ; n° 307/2002, *Souproun*, précitée, § 37.

55 N°s 268-282/2001, *Palermi et autres*, précitée, § 34.

56 N° 266/2001, *Girasoli*, précitée, §§ 37-38 ; n° 285/2001, *Parianti*, précitée, §§ 58, 61-62.

57 Ces organisations incluent l'OTAN, l'OCDE, le Conseil de l'Europe, l'Agence spatiale européenne, l'Union de l'Europe occidentale et le Centre européen pour les prévisions météorologiques à moyen terme.

dictions administratives des Organisations coordonnées n'ont pas toujours tranché de la même manière des recours concernant des décisions émanant de ce système de coordination. Ces divergences concernaient la modération des salaires sous forme d'un prélèvement sur les rémunérations du personnel et la prise en compte, dans la méthode d'ajustement des rémunérations, une première fois, de « *l'inhousing* », une déduction pour les fonctionnaires ne payant pas de cotisation à la sécurité sociale, et, une seconde fois, des cotisations pour la couverture du risque chômage⁵⁸.

Dans une sentence récente concernant le refus d'une demande de l'allocation de foyer, le Tribunal a eu à se livrer à une interprétation du terme « agents mariés » dans le cadre de l'article 4, paragraphe 2 (i), du Règlement sur les traitements et indemnités des agents. Le Tribunal, partant du texte même de ce Règlement et tenant compte de la législation actuelle dans la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe ainsi que de la jurisprudence des juridictions internationales, a conclu que des personnes du même sexe liées par un partenariat différent par rapport à l'institution de mariage ne se trouvent pas dans la même situation que des personnes mariées aux fins de l'article 4. Les partenaires homosexuels n'étant pas assimilés à des partenaires de sexe opposé, le Tribunal a estimé qu'il n'y a pas eu non plus de discrimination⁵⁹.

Concernant l'allocation pour enfant à charge, prévue à l'article 5, paragraphe 1, du Règlement sur les traitements et indemnités des agents, le Tribunal a clarifié que le but de cette allocation est de contribuer aux charges effectives du ménage en ce qui concerne l'enfant. L'allocation a un caractère compensatoire, mais elle est servie sans que le père ou la mère ait

58 N^{os} 101-113/1984, *Stevens et autres c. SG*, sentence du 15 mai 1985, recours fondés – recours rejetés par les juridictions administratives de l'OTAN, de l'OCDE, de l'ASE et du TAOIT. N^{os} 133-145/1986, *Ausems et autres c. SG*, sentence du 3 août 1987 : recours rejetés concernant les agents et déclarés fondés concernant les retraités ; recours similaires déclarés fondés par le TOIT et la Commission de Recours de l'ASE. N^{os} 163-164/1990, *Jeannin et Bigaignon c. SG*, sentence du 26 juin 1992 – recours fondés ; de même pour le Tribunal administratif de l'OCDE, mais rejet par la Commission de Recours de l'OTAN. Pour plus de détails : W. Fürst, H. Weber, « Uniformity in Service Law and Judicial Remedies for Staff Members of the European Coordinated Organisations », in : C. de Cooker (ed.), *International Administration* (La Haye, Kluwer Law International, 1990), V.1/1, 1-31, 4-9; et D. Ruzié, « Diversité des juridictions administratives internationales et finalité commune, Rapport général », in : *Le contentieux de la fonction publique internationale, Actes des journées d'études des 9-10 décembre 1994 organisées au Sénat par la Société française pour le droit international* (Paris, Pedone, 1996), pp. 26-27.

59 N^o 321/2003, *Nyctelius*, précitée, §§ 34-42 et 45-52 avec référence à la jurisprudence internationale, y inclus de la CEDH dans les affaires *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, CEDH 1998-V, § 66; et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n^o 28957/95, CEDH 2002-VI, §§ 98 et s.).

à justifier les dépenses. Elle tend à placer dans une situation pécuniaire identique tous les agents, qu'ils soient ou non pères ou mères⁶⁰. Or, il doit y avoir une nécessité actuelle et certaine. L'allocation n'est pas due si un enfant qui suit une formation universitaire poursuit également une activité professionnelle et dispose de revenus lui permettant de subvenir à ses besoins⁶¹. Lorsqu'il s'agit de conjoints employés par le Conseil de l'Europe, les allocations ne peuvent être versées qu'à un seul d'entre eux, normalement en tenant compte du salaire le plus élevé. Par contre, dans le cas des ex-conjoints tous deux agents, qu'ils aient ou non reconstitué une famille après le divorce, l'époux auquel l'enfant est confié doit être considéré, en principe, comme en ayant la charge. Ce critère est le plus pratique pour déterminer de manière objective lequel des deux parents a la charge effective de l'enfant⁶².

Le concept de « résidence », condition de l'allocation d'une indemnité d'expatriation (art. 6, par. 1 (i), du Règlement sur les traitements et indemnités des agents), ne dépend pas des critères de droit interne, mais est uniquement déterminé par des critères de fait. Ainsi, la nature de l'autorisation de séjour (en l'occurrence une carte de séjour spéciale) est sans importance dès lors que l'enfant d'un fonctionnaire international a complété sa formation initiale lui permettant d'entreprendre des activités professionnelles lucratives et d'être indépendant⁶³.

Si l'Administration se livre, lors des contrôles annuels de routine, à un réexamen d'un dossier, les demandes de renseignement doivent clairement indiquer les pièces ou moyens de justifications requis, sans pour autant demander des informations d'une manière qui peut sembler excessive⁶⁴.

Enfin, le Tribunal, eu égard à l'évolution de la protection européenne des droits sociaux, déduit des principes généraux du droit l'obligation du Conseil de l'Europe, comme tout autre employeur, de veiller à ce que l'ensemble du personnel employé par lui bénéficie d'une couverture sociale adéquate. Pourtant, dans une sentence de mars 2003, le Tribunal, même s'il concède que l'attribution des prestations de chômage constitue un aspect important de la couverture sociale, n'est pas arrivé à la conclusion qu'un principe

60 N° 293/2002, *Erb c. SG*, sentence du 27 juin 2002, §§ 51-52.

61 N° 293/2002, *Erb*, précitée, § 53. Voir aussi arrêté n° 1129 du 17 mars 2003 précisant les conditions d'octroi de l'allocation pour enfant à charge (art. 5.1 de l'Annexe IV au Statut du personnel).

62 N° 224/1996, *X. c. SG*, sentence du 30 mai 1997, §§ 25-26.

63 N° 188/1994, *Keller*, précitée, §§ 38-54.

64 N° 283/2001, *Poláčková-Rossi c. SG*, sentence du 5 décembre 2001, §§ 30 et 35 ; n° 293/2002, *Erb*, précitée, § 40.

de droit social européen existait faisant obligation au Conseil de l'Europe d'assurer tous ses agents contre le risque du chômage⁶⁵.

G. *Le contentieux disciplinaire*

Le Tribunal vérifie le caractère disciplinaire des faits reprochés ainsi que leur matérialité. Il examine également si la mesure disciplinaire est proportionnée par rapport aux conditions objectives et subjectives dans lesquelles les actes reprochés ont été commis, sans pour autant être juge de l'opportunité de la sanction concernée. En outre, il contrôle si la procédure disciplinaire s'est déroulée dans le respect des droits de la défense⁶⁶.

Le Secrétaire Général n'est pas lié par les avis du Conseil de discipline, mais il ne peut s'écarter des conclusions de celui-ci qu'en donnant une motivation détaillée et convaincante, soit sur l'évaluation des faits, soit sur la sanction à prendre. Cette nécessité de motivation est plus importante lorsque la sanction finalement retenue est la plus grave parmi celles possibles⁶⁷.

Quant au caractère disciplinaire du comportement d'un agent, l'article 54 du Statut du personnel se réfère à tout manquement aux obligations auxquelles l'agent est tenu au titre du Statut du personnel et des Règlements, sans distinction entre faute de service et faute de conduite⁶⁸. Vu l'engagement solennel aux termes de l'article 25, paragraphe 1, du Statut du personnel et tenant compte des devoirs plus spécifiques énoncés dans les articles 25, paragraphe 2, et 26 et suivants, le fonctionnaire international se doit non seulement de fournir les services qu'on attend de lui mais également d'avoir une conduite digne, qui ne compromette pas la confiance dont l'Organisation a besoin pour remplir sa tâche. Plus particulièrement, l'engagement de loyauté envers l'Organisation comprend un droit de réserve. Il appartient aussi au fonctionnaire international de respecter la législation

65 N° 308/2002, *Levy c. SG*, sentence du 28 mars 2003, § 50.

66 N° 178/94, *Fender*, précitée, §§ 39, 42 ; n°s 187 et 193/1994, *Roose c. Directeur du Fonds*, sentence du 29 septembre 1995, §§ 128-129 ; n°s 189 et 195/1994, *Ernaud (I et II) c. Directeur du Fonds*, sentence du 29 septembre 1995, §§ 121, 142, 154-155 ; n°s 190, 196, 197/1994, *Lelégard (I-IV) c. Directeur du Fonds*, sentence du 29 septembre 1995, §§ 132, 158, 178 ; n° 208/1995, *Maréchal c. Directeur du Fonds*, sentence du 29 mars 1996, §§ 62-63 et 87-88 ; n° 247/1998, *Rattanasamay c. SG*, sentence du 9 juin 1999, § 39 ; n° 248/1998, *X c. SG*, précitée, § 36 .

67 N°s 187 et 193/1994, *Roose*, précitée, § 115 ; n°s 189 et 195/1994, *Ernaud (I et II)*, précitée, § 143 ; n°s 190, 196, 197/1994, *Lelégard (I-IV)*, précitée, § 160. Pour les développements ultérieurs voir n°s 245 et 249/1998, *Bouillon (III et IV)*, précitée, § 80 ; et n° 316/2003, *Kling*, précitée, §§ 45-46 concernant le passage d'une sanction légère à la révocation.

68 N°s 189 et 195/1994, *Ernaud (I et II)*, précitée, § 140 ; n°s 190, 196, 197/1994, *Lelégard (I-IV)*, précitée, § 157 ; n° 208/1995, *Maréchal*, précitée, § 59.

et l'ordre public de l'Etat dans lequel l'Organisation a son siège ou déploie son activité⁶⁹.

Par ailleurs, le respect de la légalité des décisions disciplinaires interdit toute interprétation imprévisible des dispositions sur les devoirs des agents. La prééminence du droit, auquel le Statut du personnel se réfère dans son préambule et son article 3, requiert qu'un agent soit en mesure de prévoir que certains types de comportement entraînent des mesures disciplinaires⁷⁰.

La procédure de suspension en cas de reproche d'une faute grave pouvant entraîner les sanctions prévues à l'article 54, paragraphe 2 (d), (e) et (f), du Statut du personnel est parallèle mais distincte de l'ouverture de la procédure disciplinaire (art. 57 du Statut du personnel). Une mesure de suspension peut être prononcée même avant l'ouverture formelle de la procédure disciplinaire avec la saisine du Conseil de discipline⁷¹.

4 CONCLUSION

Le Tribunal administratif du Conseil de l'Europe fête ses quarante ans cette année. Il a confirmé son rôle de juridiction faisant justice entre les agents et l'Administration tout en répondant aux exigences de spécificité et de proximité des justiciables. Malgré l'agrandissement du Conseil de l'Europe et par conséquent, l'augmentation du nombre des personnes pouvant entamer une procédure contentieuse (le Secrétariat général était composé d'environ 450 fonctionnaires en 1965 et compte plus de 2 100 agents en 2005), la charge de travail du Tribunal est restée constante avec une moyenne annuelle de moins de dix sentences⁷².

La création, en 1998, d'un système de médiation au sein de l'Organisation⁷³ comme méthode alternative informelle n'a certainement pas manqué de contribuer à cette stabilité du contentieux. Initialement accessible aux membres du personnel, aux anciens membres du personnel, ou à leurs ayants droit, les médiateurs ont vu leurs compétences élargies en février 2005⁷⁴. Désormais, non seulement les agents permanents et temporaires,

69 N° 247/1998, *Rattanasamay*, précitée, § 46 ; n° 248/1998, X c. SG, précitée, § 46.

70 N° 226/1996, *Zimmermann*, précitée, § 4.

71 N°s 187 et 193/1994, *Roose*, précitée, §§ 57, 60 ; n°s 189 et 195/1994, *Ernaud (I et II)*, précitée, § 63 ; n°s 190, 196, 197/1994, *Lelégard (I-IV)*, précitée, §§ 76 et 79 ; n° 208/1995, *Maréchal*, précitée, § 53.

72 Le Tribunal avait été saisi d'un total de 342 affaires à la fin de 2004.

73 Arrêté n° 1001 du 19 mai 1998.

74 Arrêté n° 1134 du 8 février 2005.

quelle que soit la nature de leur contrat, les anciens agents et les ayants droit de ces agents peuvent saisir les médiateurs, mais aussi des personnes n'ayant pas la qualité d'agents, impliquées dans les activités du Conseil de l'Europe, quelle que soit la nature de celles-ci et le lieu où elles sont organisées, peuvent demander leur intervention (art. 2 de l'arrêté n° 1134).

Ce changement amène à se pencher sur la question d'une clarification éventuelle des articles 59 et 60 du Statut du personnel pour garantir que le Tribunal administratif puisse répondre pleinement à l'exigence d'un « droit à un tribunal » pour toute personne impliquée dans les activités du Conseil de l'Europe et justifiant d'un intérêt direct et actuel à se plaindre d'un acte d'ordre administratif lui faisant grief.

LE MÉDIATEUR, TIERS IMPARTIAL AU CŒUR DU DROIT

*Eric Wylér**

Depuis quelque temps déjà, la médiation est à l'honneur dans certains pays d'Europe¹. En Suisse, plus précisément à Genève, le recours à un médiateur fut institué en 1997 sur le plan pénal, la médiation y étant définie « processus consistant à rechercher, grâce à l'intervention d'un tiers, une solution librement négociée entre les parties à un conflit né de la commission d'une infraction pénale »².

En matière civile également, une récente loi a instauré une possible utilisation des services d'un médiateur³.

Bien qu'il convienne ne pas s'exagérer la portée de ce regain d'intérêt du droit interne pour une « institution » juridique pluri-millénaire, on peut saisir cette occasion pour s'interroger sur la signification, en droit, de la médiation, omniprésente également en droit international, comme on sait.

La petite réflexion qui va suivre ne pouvait rêver meilleur dédicataire que le professeur Lucius Caflisch, éminent spécialiste – entre autres – du règlement pacifique des différends et, sur un plan plus anecdotique, ancien directeur de la thèse de doctorat du présent auteur. Qu'il trouve ici l'expression de mes respect, gratitude et amitié.

* Chargé de cours invité à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève.

1 Not. en France et en Grande-Bretagne (M. Chenou, J. Mirimanoff, « La médiation civile ou métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres », *La Semaine Judiciaire*, n° 10, 2003, spéc. pp. 279-282).

2 Voir l'« Exposé des motifs » de la loi modifiant la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) de 1997 introduisant plusieurs dispositions sur la médiation : articles 156 à 161 ; voir aussi les nouveaux articles 115B et 197A du Code de procédure pénale, adoptés le 16 février 2001.

3 M. Chenou, J. Mirimanoff, *op. cit.* (note 1), p. 288.

INTRODUCTION

Il est notoire qu'en droit international, la médiation est habituellement définie mode « diplomatique » ou « politique » de règlement pacifique des différends, à l'instar de la négociation, des bons offices, de l'enquête, de la conciliation ou encore du règlement des litiges au sein d'organismes divers. Tous ces moyens s'opposent aux modes dits juridictionnels, l'arbitrage et le règlement judiciaire, pour lesquels l'intervention d'un arbitre ou d'un juge est aménagée⁴.

Cette classification, de nature plutôt schématique, entraîne, du point de vue de la théorie générale du droit, une conséquence importante. Parce que les modes « diplomatiques » de règlement des différends apportent, le cas échéant, une solution au conflit en dehors de toute véritable « décision » rendue en application du droit international et obligatoire juridiquement, ces modes et, en particulier, la médiation, sont dits se situer, non pas à l'épicentre, mais plutôt aux confins de la sphère du droit.

Cette contribution établira qu'une telle conception, banale, participe d'une vision du droit bien déterminée, positiviste. Surtout, elle montrera que, selon une autre approche, moins formaliste, la médiation, parce qu'elle est une forme d'arbitrage, se voit ramenée de la périphérie du juridique vers son milieu, si bien qu'on en arrive même à ne plus pouvoir envisager un concept de droit sans l'inclure.

Le raisonnement procédera en deux étapes, la première mettant en exergue une équipollence entre médiateur et juge, la seconde suggérant qu'une « définition »⁵ du Droit⁶ ne peut faire l'économie de la référence au juge ou médiateur.

1 LE MÉDIATEUR COMME JUGE

A. *Le Tiers impartial à l'origine du droit*

Que l'avènement du Droit, dans les sociétés humaines, présuppose la tierce intervention de la médiation, c'est ce que la mythologie grecque suggère

4 L. Caflisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », 288 *RCADI*, 2001, 274.

5 « Définition » ne doit pas être pris ici au sens rigoureux, mathématique du terme, mais plutôt au sens de « délimitation », approche.

6 « Droit » (avec un grand « D ») se réfère au phénomène juridique en général, par opposition au « droit » (petit « d »), désignant un droit spécifique, matériel (droit de la mer) ou subjectif (droit de légitime défense).

admirablement. Victorieux des Titans, Zeus délivre le monde du chaos et son règne consacre la naissance de l'Ordre (cosmos) et de la Justice. C'est alors Hermès qu'il envoie aux hommes, avec mission de leur porter les deux vertus *aidos* (αἰδώς) ou sentiment d'honneur et *dikè* (δική) ou justice, indispensables à la vie sociale⁷.

Ainsi, Hermès, dieu-messager, médiateur par excellence, authentifie l'origine divine de la justice, finalité du Droit. Et le fait qu'il apporte en même temps le sentiment d'honneur atteste de la parenté unissant justice (Droit) et vertus morales.

Que la médiation ne soit pas l'apanage exclusif des dieux est avéré par le mythe de *Cadmos*, le frère d'Europe, l'une des mortelles aimées de Zeus. Combattant aux côtés de Zeus contre le serpent Typhon, Cadmos, grâce à son art de la lyre et son intelligence, réussit à se faire remettre les tendons de Zeus, que Typhon avait coupés et sans lesquels Zeus, prisonnier, ne pouvait s'enfuir. Une fois victorieux, Zeus accorda à Cadmos la main de la nymphe Harmonie. Devenu roi de Thèbes, Cadmos donna, dit-on, l'écriture et l'art de forger les métaux aux hommes, parachevant ainsi un « parcours médiateur et civilisateur » qui le fit apprécier tant des dieux que des humains⁸.

En ce qu'elle fait dépendre la naissance de la justice, au sens d'institution, de l'action d'un médiateur – plutôt une médiatrice, Athéna – la tragédie d'Eschyle *Les Euménides*, particulièrement féconde pour la pensée juridique⁹, nous paraît anticiper à merveille la thèse du Tiers impartial au cœur du Droit.

Rappelons qu'Oreste, poursuivi inlassablement par les Erinyes suite à son matricide vengeur, trouve refuge à Athènes aux pieds de la statue d'Athéna, dont il implore la clémence. Venant à son secours, la déesse décide la création de l'aréopage, Tribunal composé de citoyens éclairés de la Cité, auxquels elle confie la mission de juger Oreste :

Je vais choisir les meilleurs de ma ville
Et revenir pour qu'ils tranchent en toute équité
Sans transgresser leur serment par une injustice¹⁰.

7 Voir L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique* (Paris, Flammarion, 1968), p. 14, qui précise qu'*aidos*, c'est aussi « le sentiment d'obligation à l'égard d'un partenaire qui s'est constitué une avance par un don gratuit », *ibid.*, p. 16.

8 T. Monneyron, J. Thomas, *Mythes et littérature* (Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2002), p. 8.

9 Voir le très bel ouvrage de F. Ost, *Du Sinaï au Champ de Mars* (Bruxelles, Lessius, 1999), pp. 63 s., qui voit dans la médiation d'Athéna le « triomphe de la parole (...) : par la délibération et par la persuasion, on négocie un droit et des institutions nouvelles (...) », p. 64.

10 Eschyle, *Les Euménides* (trad. J. Grosjean, Paris, Gallimard/La Pléiade, 1967), vers 487-490.

Devant l'égalité des votes des juges, c'est la voix de la déesse qui fait la différence, Oreste est acquitté et, en compensation, les Erinyes se verront rendre un culte par les Athéniens. Athéna promet :

Et moi je vous promets solennellement
D'avoir ici le refuge d'une terre juste
Et de trôner sur des autels brillants
Parmi la vénération des citoyens¹¹.

Confirmant l'origine divine de la Justice, les *Euménides* nous apprennent que la reconnaissance de l'autorité (*auctoritas*¹²) du Médiateur participe hautement de la formation comme de l'acceptation de la future sentence. Le caractère équitable du contenu de la décision est, lui, garanti par la position médiane, précisément, du Tiers impartial, qui se tient *entre* les parties en conflit, à quelque distance d'elles, en un lieu suffisamment proche et lointain pour permettre à son regard de dépasser l'horizon fermé et antagoniste que le conflit a borné pour chacune d'elles. De ce point médian peut ainsi émerger une solution adéquate et juste.

B. *Le médiateur et le droit*

► *Médiation et arbitrage : critères de distinction*

a. *La conception moderne ou positiviste*

Dans une vision *positiviste* du droit¹³, on a coutume de distinguer fermement le médiateur de l'arbitre, à l'aide de critères relatifs tant à la nature et à la force contraignante des solutions formulées aux parties par le tiers qu'à certaines qualités de celui-ci, sans oublier le formalisme de la procédure¹⁴.

11 *Ibid.*, vers 804-807.

12 Sur la notion d'*auctoritas*, voir *infra*, p. 981.

13 Sans identifier l'un à l'autre, on peut affirmer que le positivisme (ou les positivismes) dérive(nt) du jusnaturalisme moderne (sur cette question, voir en particulier M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003), not. pp. 229-241, 355-368 et 559-618), dont il a fait sien le volontarisme. Le positivisme « sociologique » ou « objectiviste » réagira à l'idée que le droit est le produit d'une volonté, mais procède du même « mécanisme » en substituant à la volonté le concept de « Fait », au sens de « Force » : le droit est le produit du « fait social », dont la pression (ou nécessité) livre directement la norme (*res ipsa loquitur*) – sur cette question, voir l'ouvrage essentiel de A. Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction* (Bruxelles, Bruylant/LGDJ/ Schulthess, 2003), spéc. pp. 120-126.

14 Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. V (Paris, Sirey, 1983), pp. 266-267, 306 et 353-355 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. II (Genève, Georg, 1954), p. 202.

Aux propositions non nécessairement juridiques (« politiques ») ni obligatoires du médiateur, davantage diplomate que juriste, dont l'intervention échappe généralement à toute règle fixée à l'avance, s'opposerait la décision contraignante (*sentence*) d'un juriste, l'arbitre, rendue en application du droit, conformément à des étapes procédurales prédéterminées, fixées soit par les parties, soit par l'arbitre lui-même sur délégation exprès de celles-ci¹⁵.

En écho à la classification des modes politiques et juridiques de règlement des litiges, on oppose précisément les différends politiques aux différends juridiques, selon qu'est invoquée la modification ou l'application du droit positif¹⁶.

Deux présupposés fondamentaux sous-tendent la conception positiviste. Le premier est la distinction *rigide* entre Droit et « Fait » ou « non-Droit », ce dernier terme renvoyant en droit international à la diplomatie ou la politique. Dans cette perspective, relève avant tout du monde du Droit toute règle obligatoire, de droit « matériel » ou « procédural », pourvu qu'ils'agisse de règles conventionnelles ou coutumières¹⁷. Quant à la jurisprudence, seules les décisions juridictionnelles ou arbitrales « obligatoires » méritent le titre de noblesse de « juridiques », mais elles sont affectées de la pondération de n'être que des « sources auxiliaires » du droit international¹⁸.

Pour leur part, les jugements *ex aequo et bono* ne font pas partie de la famille patricienne du droit international, parce que l'équité échappe au normatif, à moins que, dans la logique de la théorie – positiviste – des sources formelles, une convention ne prévoie expressément que le juge doive y recourir. Dès lors, par la vertu contaminante de la juridicité de toute norme conventionnelle, l'équité se trouve exceptionnellement attirée dans la galaxie du Juridique. Mais, en principe, elle n'appartient pas à la sphère du droit. On en veut pour preuve les notions d'équité *praeter legem* et *contra legem*, marquant explicitement l'autonomie de l'équité et son caractère « hors la loi »¹⁹.

Ainsi, une sentence arbitrale rendue *ex aequo et bono* se voit refuser l'autorité accordée aux décisions prononcées sur la base des sources formelles²⁰.

15 Ch. Rousseau, *ibid.*, pp. 335-344.

16 Cf. p. ex. L. Caflisch, *op. cit.* (note 4), pp. 266-267 ou P. Guggenheim, *op. cit.* (note 14), vol. II, p. 107.

17 Voire « unilatérales » au cas où le juge serait habilité par les parties à adopter lui-même un « règlement » fixant la procédure à suivre.

18 Voir l'art. 38 § 1, lettre d, du Statut de la CIJ.

19 Ch. Rousseau résume ce point de vue en affirmant que « statuer en équité » revient à statuer « en dehors du droit strict », *op. cit.* (note 14), p. 331. Sur la triple distinction mentionnée, cf. ce même auteur, *ibid.*, vol. I, pp. 405 s.

20 L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (La Haye, Nijhoff, 1969), p. 183, not. à propos de la valeur de précédent de la seconde « sentence » *Alsop & Cie* (Etats-Unis/Chili).

Dans le même sens, l'article 38 § 2, du Statut de la CIJ, en inscrivant la possibilité, pour la Cour, de décider *ex aequo et bono* dans un cadre purement contractualiste, clame clairement le caractère marginal, secondaire, de l'équité.

Quant à la décision arbitrale rendue en application du droit, reconnaissable formellement (les *sentences* sont publiées dans des recueils – comme le *RSA* de l'ONU) et « obligatoire » *inter partes*, elle participe de la « paix par le droit », se différenciant nettement de la « paix négociée » à laquelle se voue la solution trouvée avec l'aide du médiateur, informelle et non contraignante pour les parties.

Le second présupposé de la conception positiviste est la *réduction du Droit au fruit d'une Volonté*²¹, la « norme » (loi), dont l'existence est avérée par des « signes » extérieurs²². Phénomène éminemment normatif, le Droit ne doit donc pas tant être recherché du côté de la pratique rassemblant les occurrences auxquelles on « applique » la norme (subsomption) que dans cette norme elle-même, laquelle existe dans sa généralité « au-dessus » des cas.

Mais « norme » s'entend dans un sens bien particulier. Ni le but visé ni le contenu du prescrit n'entrent véritablement en compte dans sa définition.

Dans ce concept de Droit en effet, deux critères prédominent, étroitement liés entre eux, à savoir les caractères *formel* et *obligatoire* de toute norme juridique. Les règles de droit se reconnaissent d'abord à des signes extérieurs qui les révèlent tout en leur conférant simultanément leur validité juridique : c'est la théorie des sources « formelles » du Droit²³.

Elle signifie en droit international que seules les règles « conventionnelles » et « coutumières »²⁴ sont juridiques. Même les décisions des juges, qui ne sont droit international qu'au deuxième degré, obéissent néanmoins également à des conditions de validité formelle.

21 Pour une présentation critique de ce volontarisme-positiviste, voir par ex. R. Ago, « Science juridique et droit international », *RCADI*, 1956-II, 857 s. (spéc. pp. 874-878).

22 Comme l'avait vu H. Batiffol, « Le positivisme s'est allié d'instinct au XIX^e siècle avec la tradition volontariste pour laquelle le phénomène juridique se ramène aux actes de volonté des gouvernants : le droit positif, à l'étude duquel le positivisme entend se cantonner, est celui qui est « posé » par un acte de volonté ayant pris place dans le temps et dans l'espace », *La philosophie du droit*, 8^e éd. (Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1989), p. 9.

23 Sur cette théorie d'un « big bang » juridique, voir par ex. G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », 207 *RCADI*, 1987-VII, 184 s. (pp. 204-205).

24 La difficulté présentée à cet égard par la coutume, droit spontané difficilement repérable « de l'extérieur » fut contournée à l'aide de la théorie des sources formelles : « Convaincus . . . que le droit coutumier ne serait pas du vrai droit si l'on n'en trouvait pas une « source », non seulement on a voulu bâtir pour le droit coutumier une source formelle qui n'existe pas, mais on a voulu présenter comme une source formelle la coutume elle-même (. . .) », R. Ago, *op. cit.* (note 21), p. 939.

Tout « acte » empruntant d'autres vêtements se trouve ostracisé : les règles de « courtoisie », les « usages », ne sont pas juridiques, pas plus que ne le serait une « décision » rendue oralement par un arbitre, par exemple. Même la *soft law* n'est pas *law*, faute de revêtir une forme conventionnelle ou coutumière²⁵. De manière identique, les propositions de solution soumises aux parties par le médiateur ne deviendront du droit que dans l'hypothèse où un accord scellant la fin du règlement du litige les avaliserait²⁶.

La toute-puissance du formalisme s'exprime donc en premier lieu dans l'indifférence vis-à-vis des buts et contenu de toute règle. Peu importe que la règle soit injuste ou peu congrue aux pratiques de ses destinataires. On peut certes regretter qu'elle soit injuste, mais cet écart, secondaire, ne lui enlève nullement son caractère juridique ; l'essentiel demeure de lui obéir, car elle est commandement, déjà orienté vers une sanction (punition) qui, pour n'être pas automatique, est essentielle à la juridicité : le Droit est *potestas*²⁷, phénomène lié au Pouvoir politique, donc à l'Etat, détenteur, en droit interne, du monopole de la contrainte publique organisée et, en droit international, de la souveraineté.

La force de formalisme se traduit ainsi sur le terrain de l'*obligatorité* des règles juridiques. Seules sont obligatoires les règles empruntant un vêtement formel déterminé, sceau de leur nature *juridique*.

A cette aune de nouveau, la *soft law* n'est pas *law* car elle n'oblige pas ou prou, quelle que soit la teneur de la « soft-règle » : son caractère éventuellement prescriptif ne guérit pas le « vice » de la « mollesse » formelle²⁸. Inversement, on n'hésite pas à reconnaître un caractère contraignant à une norme de contenu « mou » figurant dans un droit « hard » (traité).

Ce type d'ambiguïté dérivant du primat inconditionnel accordé au formalisme a conduit la doctrine à s'interroger sur la signification de la notion d'obligatorité, en particulier relativement aux décisions jurisprudentielles.

D'où vient, dans un droit international ne connaissant qu'une « fonction » judiciaire et pas de « pouvoir » judiciaire institutionnalisé comme en droit interne²⁹, le caractère obligatoire d'une sentence arbitrale ?

25 Voir la position de P. Weil, dans son célèbre article « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, 5 s.

26 Caffisch, *op. cit.* (note 4), p. 280.

27 A. Sériaux, *Le droit naturel*, 2^e éd. (Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991), p. 71 : « La loi est ainsi passée brusquement du domaine de l'*auctoritas* (ou savoir socialement reconnu) à celui de la *potestas* (ou pouvoir socialement accepté) ».

28 Ceci, on le sait, n'exclut pas que la règle « soft » puisse, en empruntant la voie conventionnelle ou coutumière, accéder parallèlement à une existence « hard » : en porte témoignage les célèbres résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU déclaratoires de grands principes allégués coutumiers.

29 L. Condorelli, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in : *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, SFDI (Paris, Pedone, 1987), p. 288

Selon le réflexe positiviste habituel, la réponse s'impose, évidente : comme pour toute norme, de la volonté des Etats parties au litige, puisque tout ou presque en dépend, de la compétence du juge au respect de sa décision, en passant par le droit applicable³⁰ – sauf si les Etats s'en remettent « au droit international », mais c'est encore en vertu de leur volonté que celui-ci sera appliqué par l'arbitre.

On comprend qu'un concept de Droit aussi restrictif que l'est le concept positiviste bannisse la médiation de son territoire puisque, dans cette situation, la Volonté étatique refuse simplement d'accorder au processus de règlement du différend le formalisme et l'obligatorité qu'elle confère à l'arbitrage.

b. La conception classique ou empirique

Dans une conception *empirique* du droit, plongeant ses racines chez Aristote³¹, la distinction entre médiation et arbitrage s'estompe tout naturellement avec l'irrélevance des critères du formalisme et de la force contraignante de la solution, critères dévalorisés par la non-pertinence de leurs présupposés positivistes, à savoir la séparation rigide entre Droit et Fait ainsi que la conception de la norme produit de la Volonté.

A l'autonomie d'un concept moderne de Droit ramené aux normes-commandements, identifiées à l'aide de critères formels, s'oppose la continuité « fait-mœurs (ethos)-droit ». Le Droit, si tant est qu'on veuille le distinguer des *ethos* ou pratiques ayant cours dans la Cité, est constitué fondamentalement par les coutumes consacrées à la fois par le juge et par la loi. Cette dernière est orientation générale (directive) conçue à *partir de la pratique* et tendant à initier une justice qui ne sera réalisée pleinement qu'*in concreto*, dans l'opération de sa contextualisation aux « cas »³².

Le Droit se comprend donc par sa finalité, la Justice, ne s'identifiant que très partiellement et imparfaitement à des normes (lois), purs instruments – certes utiles – à son service. En harmonie avec les *ethos*, les lois tendent à orienter les conduites, à éduquer, les décisions judiciaires à apporter des solutions justes aux conflits concrets, parachevant la justice abstraite contenue dans les lois. Normes, coutumes et décisions judiciaires vivent donc

30 H. Ascensio, « La notion de juridiction internationale en question », in : *La juridictionnalisation du droit international*, Actes du Colloque de Lille, SFDI (Paris, Pedone, 2003), p. 197.

31 M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », 6 *APD*, 1961, 25 s.

32 Voir A. Papaux, *op. cit.* (note 13), spéc. pp. 374 s., démontrant que cette opération effective de contextualisation, loin de se réduire aux logiques déductive et inductive, constitue en réalité une *abduction* au sens donné à ce terme par U. Eco (s'appuyant sur Aristote et Peirce) de « processus inférentiel ou hypothèse ». Voir U. Eco, *Les limites de l'interprétation* (Paris, Grasset, 1992), spéc. pp. 248-285.

sous l'étendard de l'acceptabilité générale, la sanction, secondaire, oeuvrant seulement aux fins de convaincre les citoyens faibles ou à frapper les réfractaires.

Au peu de considération pour le formalisme fait écho l'indifférence vis-à-vis de la notion d'obligatorité, remplaçable précisément par celle d'*acceptabilité*, entendu adhésion naturelle à un droit respectueux des mœurs. Pareille adhésion provient, au-delà de l'accord des parties, de l'ensemble du système, « de la présence d'une communauté de droit « derrière » la juridiction »³³.

Ainsi, la véritable justice est l'*équité*, milieu « naturel » du droit, supérieure au juste encore abstrait existant en puissance dans la loi : « Aussi ce qui est équitable est-il juste, supérieur même en général au juste, non pas au juste en soi, mais au juste qui, en raison de sa généralité, comporte de l'erreur »³⁴.

Quoi de plus juridique, dès lors qu'une décision rendue en équité ? Un droit hors équité n'est au demeurant pas même pensable³⁵.

Ainsi, bien davantage que le législateur, c'est le Juge qui figure au centre du phénomène juridique et son œuvre, constitutive de la Justice la plus affinée, révèle sa compétence (*auctoritas*) ou savoir socialement reconnu³⁶.

2 MÉDIATION ET JURIDICITÉ

A. *Le recours au Juge, critère de juridicité ?*

Que la notion de « Droit » ne soit pas susceptible d'être définie³⁷ à satisfaction, vu sa polysémie³⁸, son ambiguïté³⁹ dérivant de la pluralité de points de vue que l'on peut prendre, paraît manifeste, ainsi que l'atteste l'opposition classique/moderne retracée plus haut. Mais le concept de Droit est, lui, régulièrement approfondi et, dans cette perspective, les avis divergent toujours sur la nécessité d'une référence au Juge.

33 H. Ascensio, *op. cit.* (note 30), p. 180, pour lequel cette « présence » fait partie de « l'idée d'obligation juridique » en général (si cet auteur n'inscrit pas son analyse dans un paradigme déterminé, comme nous le faisons, il a parfaitement vu l'insuffisance de l'approche positiviste ; ainsi critique-t-il la position selon laquelle « l'autorité de la sentence découlera de l'engagement pris au moment de la signature du compromis » (p. 179).

34 Aristote, *Ethique à Nicomaque*, livre V, XI (Paris, Flammarion, 1965), p. 163.

35 A. Sériaux, *op. cit.* (note 27), p. 36.

36 *Ibid.*, p. 29.

37 Seulement d'être « pensée » (N. Rouland, « Penser le droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 77.

38 S. Goyard-Fabre, « Le droit, tâche infinie », *ibid.*, n° 11, 1990, p. 26.

39 M. Miaille, « Définir le droit », *ibid.*, n° 11, p. 41.

En témoignent les contributions rassemblées en 1989 et 1990 par la Revue *Droits*⁴⁰ que l'on peut, pour notre propos, classer en deux catégories⁴¹. La première réunit des auteurs positivistes à divers degrés pour lesquels le droit, en tant que phénomène essentiellement normatif, se définit soit exclusivement en référence aux normes⁴², soit, en sus de celles-ci, à l'aide d'autres éléments, tels les acteurs responsables de leur production ou leur mode d'exécution ou sanction⁴³, mais en tous les cas sans référence au Juge.

La seconde rassemble tous ceux qui, à l'inverse, accordent une place, prééminente ou non⁴⁴, à l'intervention du Juge, effective ou potentielle (critère de la *justiciabilité*), se trouvant donc redevables dans des mesures variables à la conception classique⁴⁵. Ce déplacement de l'accent en direction de la pratique correspond à une prise de distance vis-à-vis du rôle du normatif.

A tout bien considérer en effet, l'opposition dérive, en dernier ressort, des deux conceptions très différentes de la notion de *loi* esquissées ci-dessus.

Selon la première, moderne, la Loi est « parfaite » (*lex perfecta*), au triple sens de complète, univoque et claire.

Forte de ces qualités, la Loi ne demande qu'à être *appliquée* par le juge, dans une opération de subsomption (syllogisme) réduisant le rôle de l'interprète à celui d'un pur administrateur (« bouche de la Loi »), simplement chargé de « découvrir » le sens préexistant du texte, tel que l'a voulu le Législateur⁴⁶. Si, par accident, ce sens se dérobe, faute de clarté suffisante du texte, alors seulement une tâche interprétative s'impose, exécutable à l'aide de « règles » ou « méthodes » prédéterminées⁴⁷. Investie de la puis-

40 N° 10 et 11, intitulés « Définir le Droit ». Nos références ne sont qu'exemplatives et non exhaustives.

41 Bien entendu, certaines de ces contributions – telle celle, admirable, de C. Schmitt, « Le droit comme unité d'ordre (*Ordnung*) et de localisation (*Ortung*) », *ibid.*, n° 11, p. 77 s. – ne sauraient être rangées dans l'une ou l'autre de notre classification, volontairement réductrice.

42 J. Combacau, « Une manière d'être des choses », *ibid.*, n° 11, pp. 11 s. ; A.-J. Arnaud, « Essai d'une définition stipulative du droit », *ibid.*, n° 10, p. 14.

43 P. Amserek, « Le droit technique de direction publique des conduites », *ibid.*, n° 10, p. 7 s. ; J. Chevallier, « Droit, ordre et institution », *ibid.*, n° 10, p. 20.

44 Prééminente : A. D'Ors, « Le droit ? Tout ce qu'apprennent les juges », *ibid.*, n° 10, pp. 51-52 ; C. Grzegorzcyk, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *ibid.*, n° 11, p. 33 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, « Juris-dictio et définition du droit », *ibid.*, n° 10, pp. 55-56. Non prééminente : B. Oppetit, « Le droit hors de la loi », *ibid.*, p. 49.

45 Ch. Leben, « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », n° 11, p. 38 ; S. Rials, « Ouverture », n° 11, p. 4 ; A. D'Ors (*ibid.*, p. 51).

46 [L'interprète] ne tiendra pas compte du « sens clair » (« sens ordinaire », « sens naturel ») lorsqu'il arrivera à la conclusion que ce dernier ne correspond à l'intention d'aucune des parties, P. Guggenheim, *op. cit.* (note 14), tome I, p. 133.

47 Pour une présentation critique, P.A. Côté, « Fonction législative et fonction interprétative = conceptions théoriques de leurs rapports », in : P. Amserek (éd.), *Interprétation et droit* (Bruxelles, Bruylant, 1995), p. 189 s.

sance de la Loi qu'elle exécute, la décision judiciaire bénéficiera ensuite des mécanismes de sanction dont l'ordre juridique dispose pour assurer la paix.

D'après la vision classique en revanche, la loi, loin d'être parfaite, est intrinsèquement incomplète, vague (*lex imperfecta*), polysémique. D'abord parce qu'elle est langage, donc approximation des réalités toujours singulières et changeantes, incapable dans sa fixité de les saisir autrement que grossièrement⁴⁸. Puis parce qu'elle tend à orienter d'une façon générale les conduites de ses destinataires : « toute loi est générale et (. . .) il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision quand on parle en général ; (. . .) la loi ne retient que les cas ordinaires (. . .) elle n'en est pas moins bien ordonnée »⁴⁹.

Imparfaite et abstraite par nature, la loi demande – c'est sa finalité – à être contextualisée, *adaptée* au cas concret. Guidé (mais seulement guidé, non *commandé*) par la loi, ainsi que par l'équité, ce trait d'union entre la situation en cause et le sentiment du droit, le juge apportera *une* solution juste (la plus juste parmi d'autres, car il n'y a pas qu'*une* seule solution juste) au litige au terme d'un travail créateur, complexe⁵⁰, irréductible à toute opération logique.

Ainsi l'*interprétation*, inéluctable, est omniprésente dans ce processus interactif de rencontre entre un texte (éventuellement une pratique coutumière) et un interprète.

Si, entre ces deux concepts de loi, schématiquement présentés, préférence est donnée au premier – la *lex perfecta* – il devient logique de choisir le normatif comme critère premier de juridicité et de lui adjoindre ses « serviteurs » naturels, les mécanismes d'exécution et de sanction lui assurant obligatorité et prise sur la réalité.

La conception de la *lex imperfecta*, en revanche, conduit tout aussi logiquement à voir dans l'intervention du juge l'essence du Droit, l'édiction de normes ne représentant au mieux qu'une étape non nécessaire (les coutumes n'ont pas besoin d'être transcrites dans des lois) dans le processus menant à l'émergence des décisions judiciaires exprimant le caractère initialement et ultimement concret du Droit.

Dès lors l'obligatorité des normes ou décisions et leurs modalités d'exécution ou sanctions ne revêtent qu'un aspect secondaire. Si la juridicité

48 « Les noms sont en nombre limité, ainsi que la pluralité des définitions, tandis que les classes sont infinies en nombre » (Aristote, *Réfutations sophistiquées*, I (165a) (Paris, Vrin, 1939), p. 6.

49 Aristote, *Ethique à Nicomaque*, *op. cit.* (note 34), p. 162.

50 « L'application d'une règle juridique est en fait une opération très complexe où l'interprétation des faits et celle de la norme se conditionnent mutuellement », P. Ricoeur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in : *Interprétation et droit*, *op. cit.* (note 47), p. 180.

se mesure à la justice réalisée *in concreto* par l'intervention d'un Tiers impartial, qu'il soit chargé de contextualiser une loi ou de se référer à la jurisprudence et aux coutumes (*ethos*), alors prédomine l'équité.

Et passent à l'arrière-plan le vêtement formel de la solution donnée et son caractère « obligatoire » : en vertu de la communauté de valeurs partagées au sein de la cité, l'intervention du Tiers impartial *présuppose* une paix qu'il consolide davantage qu'il ne la fait.

B. *Le médiateur au cœur du droit*

► *Le Tiers impartial au (juste) milieu des parties*

Pour Aristote, le lieu (*topos*) du droit est un entre-deux, un milieu, et ce à un triple titre. Tout d'abord le droit doit être recherché *dans* la relation sociale, il *est* lui-même fondamentalement relation, et non qualité attachée à une personne (droit « subjectif »)⁵¹. D'autre part, en raison de sa non-universalité : le droit n'a pas vocation à régir les relations marquées soit par une trop grande proximité (la famille, au sein de laquelle prévaut un autre « code »), soit par une distance excluant toute compréhension mutuelle (les barbares, aux mœurs si différents et qui parlent une langue inconnue). Le terrain favorable à l'éclosion du droit est la *philia*, « amitié » au sens large dérivant d'une communauté de valeurs et d'intérêts (la Cité).

Enfin, le droit, parce qu'il vise à un juste partage des biens extérieurs⁵² (le *suum cuique tribuere* des Romains), est lui-même une mesure, un juste rapport ou milieu. Comment dès lors le concevoir sans son incarnation même, le Tiers impartial⁵³, qui se tient littéralement et symboliquement *entre, au milieu* des Parties ?

Grâce à sa parole sera rétablie la relation abruptement interrompue par le conflit, et la solution offerte, pour peu qu'elle tende au Juste, apparaîtra acceptable à toutes deux, parce qu'émanant d'un point de vue *tiers*, seul susceptible d'accomplir le dépassement de leurs positions figées.

Pour comprendre comment s'opère ce dépassement, il faut se souvenir que le « Tout » étant plus que la somme de ses parties⁵⁴, la triangulation

51 Le droit « subjectif » est la conséquence du droit relationnel : il faut d'abord déterminer une juste mesure dans le rapport en cause *avant* d'attribuer aux protagonistes des droits « subjectifs », A. Sériaux, *op. cit.* (note 27), p. 23.

52 Les biens extérieurs sont ceux susceptibles de faire l'objet d'échanges, transactions... et s'opposent aux biens intérieurs, spirituels, voir M. Villey, *op. cit.* (note 31), p. 36.

53 C'est ce que comprit parfaitement A. Kojève, auquel on doit d'avoir remis à l'honneur un concept de Droit fondé sur l'intervention du Tiers impartial. Voir son *Esquisse d'une phénoménologie du droit* (Paris, Gallimard, 1981).

54 Parce que « antérieur » – ontologiquement – à ses composantes, comme le dit Aristote à propos de la Cité par rapport aux citogens, *La Politique*, I, 2 (Paris, Vrin, 1995, 7^e éd.), p. 30.

relationnelle impliquée par le recours au Tiers fait davantage que d'ajouter simplement une troisième argumentation aux deux précédentes, antagonistes. La confrontation dialectique des points de vue à l'œuvre dans le processus menant au jugement impartial, en procédant de surcroît des avis autorisés (*doxa*), des précédents et du sentiment du juste du Tiers, réalise un saut qualitatif ou changement de paradigme révélant l'avènement du Droit.

► *Le Tiers impartial dans la communauté*

Au lieu de se focaliser sur l'issue du règlement du différend, à savoir la décision finale et sa valeur obligatoire, la conception antique ou « classique » considère l'ensemble du processus, en particulier l'accord (au sens générique, non contractuel) des parties sur le recours au Tiers et ses conditions de possibilité.

S'entendre sur le principe de l'intervention d'un Tiers et sur le choix de la personne en cause atteste à la fois d'une probable solution à venir et de son respect par les deux parties. C'est donc le partage de valeurs constituant l'horizon pacifique du différend (le différend soumis au droit n'est pas guerre) qui en laisse entrevoir le dépassement.

Sur ce même « patrimoine culturel commun »⁵⁵ repose la reconnaissance, par les parties, de l'*auctoritas* propre du juge, bien davantage décisive pour le respect de la « décision » qu'un caractère d'obligatorité formellement et *a priori* attribué à celle-ci.

Loin de la *paix par le droit*, chère aux Modernes, lesquels, sur le modèle de la loi – commandement, imposent (*potestas*) tout ordre par le droit (y compris la paix), c'est au contraire, pour les Anciens, le *droit par la paix*.

D'un côté la paix – relative – est condition d'émergence du droit, la guerre étant sa négation même, de l'autre le droit renforce la paix dont il est issu, favorisant la réalisation, jamais achevée du Bien commun ; celui-ci n'est-il pas en effet constitué par la paix, la justice et l'amitié et, à l'image du Droit, toujours à la fois présent et en devenir, à conquérir ?

Ainsi peut-on sans excès parler d'une *double acceptabilité* fondamentale dans la justice arbitrale ou médiatrice. Tout d'abord relativement à l'entente sur le recours et le choix du Tiers impartial, ensuite sur l'accord – souvent implicite – de respecter la solution apportée au litige.

S'il sied de retenir la formule « droit par la paix », c'est d'une part en raison de la prééminence du premier accord sur le second, celui-ci étant au

55 J.D. Bredin relève que, pour le juge, les « principes de morale, ce fonds commun de la civilisation, restent sa source d'inspiration principale » et conclut que « l'arbitrage incline vers l'équité . . . cette combinaison du juste et de l'utile ». Voir « La loi du juge », in : *Mélanges B. Goldman* (Paris, Litec, 1982), pp. 21-22.

fond déjà inclus dans celui-là, et, d'autre part, parce que la paix, qui pré-suppose une certaine communauté de valeurs⁵⁶, est condition de possibilité dudit accord, donc préalable à la décision rendue en droit.

Ainsi, dire que le Droit concourt à la réalisation de la paix, de la justice et de l'amitié, c'est affirmer simultanément qu'il s'enracine dans une Cité ou communauté déterminée (*ubi communitas ibi jus*). En conséquence, le droit international, lui, reflète la grande diversité présentée par les nombreuses communautés du monde.

Comment, dès lors, peut-il éclore *entre* des Etats si différents par leurs langues, cultures et mœurs ?⁵⁷ Deux Etats sont-ils réellement capables de s'entendre et de trouver un Tiers impartial à même de comprendre les enjeux de leur conflit et de leur proposer une solution acceptable ?

► *Le Tiers impartial en droit international*

Le droit international est d'une rassurante étrangeté. Rassurante, parce que ce droit existe en tant que Tout, du moins s'il est pensé sur le mode de l'univocité⁵⁸, en l'absence de toute Communauté homogène *réelle*. Etrangeté pour cette même raison. Peut-on réellement le concevoir Un, alors que prévaut le pluralisme juridique (des ordres juridiques de droit international), au sein duquel on observe toutefois l'éclosion sporadique d'une justice arbitrale et judiciaire ?

a. *Le Tiers impartial et les Etats*

Il n'est pas question de procéder ici à une étude de la pratique internationale de la médiation et de l'arbitrage. L'essentiel, pour notre propos, réside dans une triple constatation.

Tout d'abord la médiation, comme l'arbitrage, remonte aux temps les plus anciens et représente une constante dans l'histoire du règlement des différends internationaux⁵⁹, pas seulement au sein des peuples occidentaux⁶⁰. En dépit des différences culturelles, notamment linguistiques et éthiques, les

56 Pour nous la paix se distingue précisément par cette caractéristique de la « non-guerre », état susceptible d'exister entre des peuples « étrangers » l'un à l'autre.

57 R. David souligne l'existence de « conceptions diverses de la justice que peuvent entretenir des parties appartenant à des cercles différents de civilisation ». Voir « L'arbitrage, solution d'avenir pour le droit international », in : *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel* (Colloque), RCADI, 1984, 411.

58 Par opposition au mode analogique, voir E. Wyler, « L'internationalité en droit international public », 3 *RGDIP* 2004, 633 s.

59 L. Caffisch, *op. cit.* (note 4), pp. 321 et 325.

60 M. Chenou et J. Mirimanoff rappellent, *op. cit.* (note 1), p. 271, que la médiation existait en Chine et en Afrique, par exemple.

Etats réussissent parfois à se rapprocher au point de s'entendre sur la désignation d'un tiers impartial, sinon à l'avance, du moins *ad hoc*.

Ensuite, la pratique des 18^e et 19^e siècles, particulièrement sur le continent américain, montre que le recours à l'équité était fréquent dans l'arbitrage, notamment au sein des commissions mixtes (Mixed Claims Commissions)⁶¹. Ce constat est de nature à relativiser la dichotomie rigide établie entre médiation et arbitrage en fonction du critère de l'application du droit (distingué de l'équité).

La troisième remarque, c'est qu'en dépit de l'idée commune contraire, la pratique témoigne *très souvent* du recours à des formes intermédiaires, mélangées, des bons offices, enquête, médiation, conciliation et arbitrage *ex aequo et bono* ou juridique⁶², plus rarement à leurs types « purs ».

C'est naturellement l'hybridation médiation/arbitrage qui nous retiendra au titre du thème de l'indifférenciation entre médiateur et juge, le formalisme procédural préétabli des quelques juridictions internationales permanentes rendant la démonstration moins aisée.

Dans la pratique, on trouve pareille hybridation dans certaines interventions papales, notamment dans la célèbre affaire du *Canal de Beagle*⁶³. Cette affaire, qui connut plusieurs épisodes, plonge ses racines au 19^e siècle dans un conflit de souverainetés portant sur trois îles du Canal de Beagle sollicitant les intérêts économiques (pétrole) et stratégiques (accès aux

61 Pour une illustration d'une décision fondée sur l'équité, voir la décision du 22 janvier 1926 du Tribunal arbitral anglo-américain dans l'affaire des *Indiens Cayugas*, laquelle mentionne des clauses renvoyant à l'équité figurant dans de nombreux traités conclus par des Etats américains au XIX^e siècle, VI *RSA*, spéc. pp. 178-183.

62 Soulignant not. la caractère transactionnel de l'arbitrage, L. Cafilisch, « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *AFDI*, 1979, p. 19, même du règlement judiciaire (CIJ), G. Abi-Saab, *op. cit.*, (note 23), p. 269. O. Hoijer, lui, affirme qu'« il y a des arbitrages où l'arbitre agit comme un médiateur... et des cas de médiation où le médiateur... se comporte en arbitre », d'où, dans les modes de règlement des différends, « une pénétration réciproque constante ». Voir *La solution pacifique des litiges internationaux* (Paris, Spes, 1925), p. 70. Voir aussi P. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats* (Paris, LGDJ, 1992), p. 38, qui outre les cas présentés ci-dessous, donne plusieurs exemples, not. les différends sur l'enclave de *Taba* entre Israël et l'Egypte, et sur le *filetage du golfe Saint-Laurent*, entre la France et le Canada (procédures mixtes de conciliation et arbitrage). R. David rapproche lui aussi l'arbitrage de la médiation, lorsqu'il dit : « Le mérite de l'arbitrage, principalement dans les affaires qui intéressent des contractants appartenant à des milieux de culture différents, est de permettre une amiable composition, c'est-à-dire une solution acceptable pour les deux parties », *op. cit.* (note 57), p. 412. Cafilisch, lui, souligne l'apparition de l'arbitrage dit consultatif, non obligatoire, *op. cit.* (note 4), p. 357. Enfin on s'autorisera d'un auteur aussi prestigieux que J. Freund : « Le rôle du médiateur est celui d'un arbitre ou d'un conciliateur ». Voir « Droit et politique. Essai de définition du droit », 16 *APD*, 1971, p. 30.

63 Sur cette affaire, voir G. Moncayo, « La médiation pontificale dans l'affaire du Canal de Beagle », 242 *RCADI*, 1993, p. 197 s. ou O. Hoijer, *ibid.*, p. 71 s.

régions antarctiques) de l'Argentine et du Chili. Après bien des péripéties, les deux Etats soumièrent en 1971 leur litige à l'arbitrage de la reine d'Angleterre assistée de cinq juges de la CIJ.

L'époque explique peut-être que l'*auctoritas* de la décision auréolée de la monarchie ne suffit pas à l'Etat s'estimant lésé (l'Argentine), lequel recusa la royale sentence attribuant la souveraineté sur les îles au Chili. Devant l'accroissement de la tension politique et la menace du recours aux armes, le pape Jean-Paul II proposa en 1978 sa médiation, qui fut acceptée.

Les deux Etats s'engagèrent à l'avance à ne pas recourir à la guerre et à accepter les propositions que leur soumettrait le cardinal Samoré, représentant du souverain pontife.

Rendue en équité⁶⁴, la proposition de solution, validant la souveraineté du Chili sur les îles, accordait divers droits d'accès et de pêche à l'Argentine et forma la base du traité de paix et d'amitié de 1984 vidant la querelle⁶⁵.

Illustrant une hybridation analogue, mentionnons les arbitrages dits « politiques », à l'instar de l'intervention du Secrétaire général de l'ONU Perez de Cuellar dans l'affaire du *Rainbow Warrior*⁶⁶.

Ce litige, né en 1985, mit aux prises la France et la Nouvelle-Zélande suite au sabotage du navire *Rainbow Warrior* à Auckland, sabotage imputable à la France. On sait qu'au sein des Nations Unies, le Secrétaire général peut, en principe sur demande du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale, prêter ses bons offices ou agir comme médiateur⁶⁷; en considération de sa position prestigieuse, on a d'ailleurs dit de lui qu'il est le « médiateur-né »⁶⁸ dans les relations internationales. C'est ainsi que la France et la Nouvelle-Zélande demandèrent au Secrétaire général de régler leur différend par une décision qu'ils s'engagèrent par avance à respecter.

64 Selon le pape Jean-Paul II, « il est nécessaire d'enrichir la justice positive par l'équité, de telle sorte que l'on réussisse à exprimer ce qui est juste naturel au moment présent », cité par G. Moncayo, *ibid.*, p. 374.

65 Dans la même ligne, voir le différend entre la France et le Canada sur la pêche et la délimitation des frontières maritimes de *Saint-Pierre et Miquelon*, dont certains aspects furent réglés par une médiation suivie d'un accord (1989) en reprenant les solutions. Pour plus de détails, voir P. Pazartzis, *op. cit.* (note 62), pp. 196-198, qui conclut que « l'intervention... d'un tiers médiateur a permis de débloquer une situation conflictuelle entre deux pays (...) ».

66 Sur cette affaire, voir par exemple G. Apollis, « Le règlement de l'affaire du *Rainbow Warrior* », *RGDIP*, n° 1, 1987, 9 s., et Pazartzis, *ibid.*, pp 198-200.

67 Selon l'article 99 de la Charte de l'ONU, le Secrétaire général peut attirer attention du Conseil de sécurité sur toute question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationale. Un pouvoir d'initiative comprenant la médiation lui est aussi reconnu. Voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 6^e éd. (Paris, Montchrestien, 2004), p. 639.

68 G. Apollis, *op. cit.* (note 68), p. 15.

L'expression « arbitrage politique »⁶⁹ employée pour qualifier ce mode particulier de règlement de différends en exprime bien la nature mixte, « formellement » non obligatoire dans la mesure où il ne s'agit pas d'une sentence rendue par un arbitre, mais « matériellement » obligatoire par la vertu du consentement donné à l'avance, pour utiliser les catégories positivistes.

A nos yeux, ces exemples de « médiations-arbitrages » réussis prouvent deux choses. D'abord que deux Etats différents sont souvent capables de s'accorder sur le choix du médiateur et sur l'exécution future de sa décision (double acceptabilité), pour peu qu'une certaine proximité culturelle les unisse⁷⁰ (ce qui était manifestement le cas des deux affaires mentionnées).

Ensuite, dans notre perspective, ces affaires démontrent parfaitement l'insuffisance des dichotomies rigides que le positivisme établit entre modes « diplomatiques » et « juridiques » de règlement des différends. Le qualificatif « arbitrage politique », utilisé fort pertinemment, démantèle ces classifications et, avec elles, les présupposés positivistes les soutenant.

Du même coup transparait la pérennité et, osons le dire, la sagacité de l'approche classique du Droit. L'admettre ne signifie toutefois pas que le positivisme, au-delà de son réductionnisme, soit impropre à rendre compte de certaines réalités des relations internationales. La pratique met en exergue en effet que, la volonté étatique de peser sur le contenu de la sentence a, dans certains cas, lourdement hypothéqué l'intervention du Tiers impartial. La *potestas* gouvernementale fait alors plier l'*auctoritas* des juges et basculer le règlement du différend dans le champ tumultueux du Politique. La justice se trouve dès lors asservie aux gouvernements.

Un premier exemple, paradoxal parce que passant pour l'un des plus grands succès de l'arbitrage, est donné par la célèbre affaire de l'*Alabama*. Qu'il nous suffise ici de rappeler que, non seulement les Etats en cause sélectionnèrent eux-mêmes les règles coutumières du droit international⁷¹ à appliquer par les juges, mais, plus encore que, sur l'épineuse question des dommages dits « indirects », les Etats adoptèrent, en marge de la procédure, deux « Déclarations » écartant ce point de la compétence du Tribunal arbitral⁷². La seule véritable tâche ainsi dévolue au Tribunal entravé fut de

69 G. Apollis, *ibid.*, p. 20.

70 A propos de l'affaire du *Lac Lanoux* (France-Espagne 1957), P. Pazartzis rappelle que « cette affaire opposait des pays voisins ayant des relations amicales, ce qui a facilité le recours à l'arbitrage et l'acceptation de la décision arbitrale », *op. cit.* (note 62), p. 189.

71 Les fameuses règles sur la neutralité, figurant à l'art. VI du Traité de Washington de 1871. Pour plus de détails voir L. Mysyrowize, *L'affaire de l'Alabama*, (Genève, Chancellerie d'État, 1991), p. 67.

72 *Ibid.*, pp. 33-43.

se prononcer, cette fois sans contrainte étatique, sur le montant des réparations dues pour les dommages « directs »⁷³.

Autre manipulation, plus récente, de la justice arbitrale par l'ingérence politique, les curieuses « décisions » de la « Commission arbitrale » dite Commission *Badinter* pour l'ex-Yougoslavie.

Composée de juristes spécialistes de droit constitutionnel (droit interne), cette commission consultative fut, comme on sait, chargée d'examiner les demandes de reconnaissance émanant des nouvelles républiques yougoslaves acceptant les « conditions » à la reconnaissance d'Etat posées par les « Lignes directrices » de l'Union européenne⁷⁴. Loin d'être un organe arbitral international institué par des Etats en litige et chargé d'appliquer le droit international, cet organisme, créé par des puissances désireuses de rétablir la paix en ex-Yougoslavie, adopta des *avis* « politiques » dont les références au droit international furent, en raison de leur superficialité, fortement critiqués⁷⁵. Cette commission apparaît ainsi bien davantage instrument au service de la politique de certains Etats qu'arbitrage impartial choisi par les parties en conflit.

b. *L'Etat, Tiers impartial ?*

Lorsque la médiation d'un *Etat*⁷⁶ est sollicitée ou spontanément proposée, on peut légitimement se demander si on a affaire à un mode particulier de règlement du litige n'ayant qu'une lointaine parenté avec la médiation effectuée par une personne physique. En effet, la doctrine⁷⁷ ne manque pas de souligner que le choix d'un médiateur étatique, à cause du poids de l'*imperium* dont est chargé tout gouvernement, menace les fondements mêmes de la médiation, à savoir l'impartialité et l'indépendance, gages de son

73 Le Tribunal arbitral alloua 15,5 millions de dollars-or aux Etats-Unis (*ibid.*, p. 45).

74 Pour plus de détails, voir A. Pellet, « Notes sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *AFDI*, 1991, 329 s., et « L'activité de la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *AFDI*, 1992, 220 s.

75 J. Verhoeven, spécialiste du droit de la reconnaissance, affirme que ce « simulacre de juridiction... a singé... dans un ordre politique, toutes les institutions d'un ordre juridique », « La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau ? », *AFDI*, 1993, 22-23 ; voir aussi M. Craven, « The European Community of Arbitration Commission in Yugoslavia », *BYIL*, 1995, 333 s.

76 Voir plusieurs : sur la médiation « collective », voir O. Hoijer, *op. cit.* (note 62), pp. 53 s.

77 M. Mitchell, K. Webb, « Mediation in international Relations. An Evolving tradition », in: *New Approaches to International Mediation* (New York, Greenwood Press, 1988), p. 5 ; J. Stephens, « Acceptance of Mediation Initiatives. A Preliminary Framework », *ibid.*, pp. 53 et 56 ; T.J. Pickvance, « Third Party Mediation in National Disputes. Some Lessons from the South Tyrol Problem », *ibid.*, p. 142 ; O. Hoijer, *op. cit.* (note 62), p. 42.

succès⁷⁸. L'Etat intervenant peut en effet être « intéressé » par quelque aspect du litige, nourrir une préférence pour l'une des parties ou simplement vouloir jouer un rôle de « policier » de l'ordre juridique international, s'il est une puissance⁷⁹, et, en conséquence, imposer des solutions⁸⁰.

La vision positiviste du Droit-*potestas* semble bien rendre compte de ces réalités.

En dépit de l'importance du « politique », il ne paraît cependant pas outré de voir dans certaines médiations-arbitrages étatiques des interventions *in auctoritate*, au sens explicité ci-dessus, en particulier lorsque les Etats en question sont, à l'image des grands arbitres, expérimentés, pacificateurs et, condition de leur neutralité politique, de « petits » Etats. Ainsi de la Suède ou de la Suisse par exemple.

Un exemple d'une médiation étatique impartiale nous vient de l'action de l'Algérie au cours du différend qui s'éleva en novembre 1979 entre les Etats-Unis et l'Iran, à la suite de l'attaque de l'ambassade américaine à Téhéran, perpétrée par des étudiants islamiques. Dans la mesure où l'Algérie a bien souvent débloqué la situation en faisant des propositions et, bien plus, signé l'un des quatre Accords conclus à Alger en janvier 1981⁸¹, on est fondé à voir dans son intervention une médiation réussie à l'occasion d'une grave crise qui vit même l'un des deux Etats tenter de recourir à la force⁸².

La reconnaissance de cette *auctoritas* étatique se traduit par de fréquentes sollicitations ou, parfois, par l'institutionnalisation du rôle de Tiers impartial.

Rappelons les articles 8 et 9 communs aux trois Conventions de Genève de 1949 sur le droit humanitaire, créant l'institution de la « Puissance protectrice » chargée de « sauvegarder les intérêts des Parties au conflit ». On se souvient que la Suède et la Suisse avaient, durant la Seconde guerre mondiale, exercé cette mission au bénéfice de respectivement⁸³ 28 et 35 Etats.

Si dans ce type de situation de guerre, le rôle du médiateur ne consiste pas à régler le conflit principal entre les deux parties, on ne saurait nier qu'il participe de la solution de plusieurs conflits annexes, liés à l'état de guerre⁸⁴.

78 L. Caffisch, *op. cit.* (note 4), pp. 280-281.

79 O. Hoijer, *op. cit.* (note 62), p. 42.

80 L. Caffisch, *op. cit.* (note 4), p. 280.

81 Accord trilatéral. Le concours de l'Algérie (not. de la Banque d'Algérie) était nécessaire pour que l'Iran et les Etats-Unis puissent exécuter leurs obligations.

82 Une expédition américaine aéroportée destinée à délivrer les otages échoua suite au télescopage des deux hélicoptères impliqués dans cette mission.

83 E. David, *Principes de droit des conflits armés* (Bruxelles, Bruylant, 1994), p. 487.

84 P. ex. le sort des prisonniers de guerre ou des civils ayant la nationalité des Etats en cause et se trouvant sur le territoire de l'ennemi (*ibid.*, p. 489).

L'essentiel, dans notre optique, est de souligner qu'en cas de conflit armé, où le droit le cède à la force, *l'on recourt précisément aux services d'un Tiers impartial*, notamment un médiateur, comme si celui-ci représentait l'ultime étincelle susceptible d'allumer un feu juridique dans la nuit de la guerre⁸⁵. Qu'on s'en remette ainsi à la médiation pour faire naître du droit est, d'après nous, hautement significatif, et plaide en faveur de la thèse de la médiation à l'origine, au cœur et même à la fin (finalité) du Droit.

CONCLUSION

Dépassant le formalisme de la conception de la médiation simple mode extra-judiciaire de règlement des différends, politique ou au mieux pré-juridique parce que non obligatoire, l'on renouera avec une antique tradition remontant aux intuitions de la tragédie grecque, selon laquelle le Droit prend naissance avec l'intervention d'un Tiers savant et sagace, seul capable et habilité, par son *auctoritas*, à défaire le nœud gordien du litige.

Le ressort fondamental de l'avènement du Juridique paraît résider dans la synthèse effectuée par et dans la confrontation dialectique des points de vue antagonistes des parties. L'efficacité de cette synthèse est assurée, en amont, par la désignation même du Tiers, possible grâce à la paix préexistante et au partage de valeurs entre les protagonistes, et en aval par l'accord portant sur l'exécution de la solution proposée.

Ainsi les figures du Médiateur et du Juge, loin de se contempler à distance, se rencontrent jusqu'à se confondre, unies par leur commune mission sacrée de rendre la Justice *in concreto*, inaugurant le règne du Droit.

On peut dès lors laisser J. Freund conclure : « Je considère le droit comme une médiation au sens d'un intermédiaire [...] ayant sa propre cohérence, étant entendu que la dialectique est philosophiquement la théorie de la médiation »⁸⁶.

85 L'un des succès les plus éclatants de la médiation au sein d'un conflit armé fut l'oeuvre de Nicolas de Flue, initiateur du *Convenant de Stans* (1481), par lequel les Confédérés entamèrent une paix durable.

86 *Op. cit.* (note 62), p. 17.

THE ADMINISTRATION OF A PERMANENT JURISDICTIONAL ENTITY FOR THE MERCOSUR

*Ernesto J. Rey Caro**

1 INTRODUCTION

The Protocol of Olivos (PO) for the Settlement of Disputes in the Southern Cone Common Market (Mercosur) was approved in February 2002, entering into effect on January 1, 2004. It replaced the system enshrined in the Protocol of Brasilia (PB) that had remained in force for more than a decade.

The new Protocol, while still maintaining most of the mechanisms and procedures established in its predecessor, introduced reforms, encapsulating the main ideas that had already been agreed upon by the Common Market Council (CMC), i.e., it was designed to bridge certain gaps and omissions to enhance the system.

The modifications focused mainly on the application of the Protocol such as the mandatory requirement of a Court for the Common Market Group (CMG), the criteria for drawing up the judge lists, compliance with its decisions, regulating countervailing measures, streamlining all procedures, implementing mechanisms for settling disputes over technical aspects regulated through common trade policy instruments, and the adoption of standards for dealing with exceptional cases, among other matters. However, the most important feature of the reform was rooted in the establishment of the Permanent Review Court (PRC), the entity covered by the following.

Discussions over setting up a permanent jurisdictional body began early during talks held by the Working Group that was commissioned to design the system stipulated in Annex III of the 1991 Treaty of Asuncion. This group of experts reviewed precedents covered by bilateral and multilateral

* Honorary Professor, National University of Cordoba.

integration treaties, in addition to reviewing the mechanisms for resolving conflicts within the international community for disputes in general, including the system of the International Court of Justice.

It is well known that when the Mercosur was being established, some parties to the Treaty of Asuncion lacked the political will to introduce mechanisms that would lead to the establishment of a real tribunal, such as the Court of Justice of the European Communities set up under the framework of European integration, or that of the Andean Community today. Despite recent progress, this unwillingness seems to remain.

2 THE PERMANENT REVIEW COURT

In order to examine the characteristics, nature, competencies and functions of this “tribunal”, it is necessary to turn not only to the Protocol of Olivos that established it, but also, in addition, to the Regulation approved through Decision # 37/03 by the Common Market Council, and other regulatory acts of this entity and of the Common Market Group.

The establishment of the Permanent Review Court is covered in Chapter VII of the Protocol of Olivos as part of the Review Procedure. It specifically stipulates that this is an arbitration court, with five arbitration judges. Its composition is governed by Article 18, with each State appointing an arbitration judge and an alternate with a two-year term of office, open to renewal for no more than two consecutive terms. The fifth arbitration judge is elected unanimously by the Member States from a short list of eight candidates, out of which two names are suggested by each Party, these candidates should be nationals of the Mercosur countries. It also offers the possibility to a State of proposing nationals of another country, albeit belonging to the Mercosur, even though it is not likely that this would occur. The fifth arbitrator should also be a national of a Mercosur State, appointed for a three-year term, not open to re-election unless otherwise agreed. In the event that no unanimous decision be reached, the Mercosur Administrative Secretariat (SAM) would have to organize a random draw among the names on the above-mentioned short-list. No provision is made for the impediment or demise of the fifth arbitrator, but we believe that the procedure that is already stipulated for appointing a replacement should be followed. There is some doubt over whether the replacement would take office for a further three years, or would merely complete the term of office of the preceding arbitration judge.

Paragraph 4 of the Article under examination stipulates that the States Parties may establish other criteria for appointing the fifth arbitration judge,

through common agreement. In our opinion, this provision could even allow for a fifth arbitration judge to be appointed from a country other than those belonging to the Mercosur. The application of our interpretation would be convenient, as the existence of two arbitration judges with the same nationality might cause some problems, particularly when the dispute involves the country to which they belong. However, for the initial appointment, it was agreed that the fifth arbitration judge would be Paraguayan.

Different terms of office were established for complying with the acts outlined, stipulating quite correctly, that should the term of office of an arbitration judge expire while he is hearing a case, he should remain in office until it is completed. This is a criterion that is adopted in many international courts.

The aspects addressed in Article 11.2 are applicable to all these procedures, i.e., covering the appointment of the third arbitrator in the *ad hoc* arbitration courts, where pertinent. The State proposing the person to sit on the Court and as well as his alternate – with the same applying to fifth arbitration judge-list –, shall attach a résumé, with the proposal being notified to the other States Parties. The latter may request additional information on such persons, and may even set forth “justified objections” to the candidates. Should the thirty-day deadline stipulated from the notification of such objections expire without reaching a solution, the “objection will prevail” according to this provision? The Regulation under the Protocol of Olivos explains and supplements this issue in Article 31. Each State should submit to the Mercosur Administrative Secretariat, the name of the arbitrator as well as his alternate nominated for the Permanent Review Court, in addition to the names of the candidates to be included on the list from which the fifth judge is to be chosen. It then states that should the candidates proposed by each State be subject to “requests for clarification or objection”, the procedure stipulated in Articles 22 and 23 of this same Regulation should be applied, related to the short-listing of the arbitration judges for the *ad hoc* arbitration courts. It should be noted that Article 18.2 of the Protocol of Olivos does not specifically enshrine the right of the States to issue comments on the persons “designated” to sit on the Permanent Review Court, being empowered to do so through regulatory measures.

This mechanism of “observations” and even more of “objections” is not usual in international arbitration practice. In our opinion, the States Parties should deploy this power assigned to them with the greatest prudence and under exceptional circumstances, as it might affect the right of sovereignty of a State. Equally, this may lead to discrimination grounded on circumstantial political motivations, not related to the suitability and good standing of the proposed names. It should be stressed that Article 35 only

requires that the arbitration judges “should be jurists of acknowledged competence in the matters giving rise to the dispute and should be familiar with the set of rules for the Mercosur”. This introduces an extremely subjective evaluation criteria; while not failing to acknowledge the motivations that might lead to its inclusion, i.e., the wish to select the most able and impartial persons to perform these functions. From this standpoint, this is a responsibility that should be accepted by each State, as appointing persons not in good standing would have adverse effects on the State that proposed the candidate.

Specific situations may arise that prevent a person from serving as an arbitration judge, or that may require refusal in a given case. These are covered in Article 19 of the Regulations, consisting of the following circumstances: having participated as the representative of one or more of the States involved in this dispute at an earlier stage of the arbitration proceedings, on matters related to the object of the dispute; having a direct interest in the object of the dispute or the outcome thereof; currently representing or having represented during the three previous years, individuals or corporate legal entities with direct interests in the dispute or its outcome; and lack of independence in terms of employment with the Central or direct civil service of the party States involved in the dispute. Should these situations arise while in office, would the arbitration judge have to resign from his position? The precept under consideration stipulates a procedure for objections lodged by the member States which may lead to the appointment of a new arbitration judge, or the confirmation of the appointment, depending on the evidence presented. The first three situations are different from the fourth, making it more appropriate to regulate them separately.

The designation of “Permanent” assigned to this Court does not have the same meaning as it does for other Courts, such as those of the European Communities, or the Andean Community or even the current Central American Court of Justice. The requirement in Article 19 is that they should be “permanently available to serve when summoned”. This is important when analysing the real nature of this entity. According to Article 31.1 of the Regulations, and as occurred recently, the initial membership of the Permanent Review Court was completed with no dispute heard, and also without being summoned to hear a specific case.

A. Jurisdiction

In terms of jurisdiction, the Permanent Review Court may serve as an appeal court. Article 17 initially allows the parties involved in a dispute to submit an appeal, requesting a review by the court of the decisions handed

down by the *ad hoc* arbitration courts, provided that the appeal is limited to matters of law dealt in a dispute, or legal interpretations presented in these awards. Consequently, matters of fact and their interpretation are excluded. As it is difficult to clearly distinguish between matters of fact and matters of law in some cases, we feel that the Permanent Review Court, in case of doubt, should declare itself competent. The appeal requesting a review may not be lodged against *ex aequo et bono* decisions. This constraint is grounded on the nature of the principle applied, which is not examined here.

In terms of the functions of the Permanent Review Court, Article 20 distinguishes two situations. When only two States are involved in a dispute, the Court will consist of three members or arbitrators. Two of them will be nationals of the States Parties involved in the dispute, and the third serving as the Chief Arbitration Judge, selected through a random draw by the Director of the Mercosur Administrative Secretariat amongst the remaining judges who are not citizens of the States involved in the dispute. When the parties in a dispute involve more than two States, the Permanent Review Court will convene with all members. However, the States Parties may agree on other functional criteria. For instance, in our opinion, they may stipulate that although only two States are involved in a dispute, the full bench of the Court should hear it.

The latter is perhaps the best way of ensuring uniform interpretation of the law applicable by the Court. Looking at the experience gained through the application of the Protocol of Brasilia, where nine awards were handed down by the *ad hoc* arbitration courts on disputes between two States, the Permanent Review Court, should it continue along the same lines, would be convened repeatedly with only three arbitrators and not necessarily the same three people. Would this system be able to ensure uniform interpretation? This is one of the questions prompted by the solution adopted in the new Protocol. On the other hand, convening this Court with only three members, two being nationals of the States involved in the dispute, highlights the essentially, arbitral nature of the proceedings. The inclusion of judges not related to the parties involved in the dispute, with experience in other courts, offers better guarantees of impartiality.

The Permanent Review Court may also serve as a single-jurisdiction court, as stipulated in Article 23 of the Protocol of Olivos. Having completed the direct negotiations stipulated in its initial provisions and without reaching a settlement, the parties involved in a dispute may agree to submit the issue directly to this Court, with no right of appeal, in which case the procedural rules stipulated for the *ad hoc* arbitration courts shall apply, when pertinent. In this case, the award is definitive, and is not subject to

review, with *res judicata* status. Nevertheless, additional information may be requested on aspects of the decision and the manner of complying with it. The possibility of submitting a dispute to the Permanent Review Court as the sole instance seems to indicate that this option may well be more convenient for the parties for reasons of procedural thrift, even though almost all the awards handed down by the ad hoc arbitration courts are open to appeal. This also results in savings on costs and the emoluments or fees of the arbitration judges.

As stipulated in Article 25, awards are decided by a majority opinion, and should be well founded and signed by all members of the court. Dissenting opinions are not permitted, and decisions and balloting should be confidential. This system offers some advantages and disadvantages. Outstanding among the former is that it avoids pressures to which arbitration judges might subject themselves to should they have to opt for an outcome unfavourable to their countries. Among the latter, is the fact that dissenting opinions handed down in other international courts frequently acquire very important doctrinal value. According to Article 27, the awards should be complied with in the manner and scope in which they are handed down, with this obligation continuing, even when countervailing measures are adopted as authorised by the Protocol.

Article 33 of the Protocol of Olivos states that the Parties acknowledge the jurisdiction of the Permanent Review Court “as mandatory, *ipso facto*, and with no need for a special agreement”, whenever stipulated.

It should be stressed that many of the rules examined also apply to the *ad hoc* arbitration courts, and some issues that we feel are not related to the most significant aspects of the matter under examination, such as the periods established for undertaking the various procedural acts regulated in the Protocol of Olivos; the entities before which the related obligations and rights should be exercised; the issue of costs and fees, etc., have been omitted from these reflections.

B. *Scope of Application*

The scope of application of the Protocol of Olivos has been expanded, compared to field and action covered by the Protocol of Brasilia. The mechanisms of the Protocol of Olivos covered by its Article 1 apply to disputes between member States over the interpretation, application or non-compliance with the Treaty of Asuncion, the Protocol of Ouro Preto, the protocols and agreements signed under the aegis of the Treaty of Asuncion, and the regulatory acts of the Common Market Council, the Common Market Group, and the Trade Commission for the Mercosur. Its most radical inno-

vation extends to include disputes that may also be submitted to the system for the settlement of disputes under the World Trade Organisation (WTO) and other preferential trade schemes to which the Mercosur Member States may be parties, individually. The plaintiff may select either court, with the consequence of excluding the other. The Common Market Council was assigned responsibility for regulating aspects linked to the selection of the court, and this entity has already complied with this mandate.

The law to be applied by the Permanent Review Court is stipulated in Article 34 of the Protocol of Olivos, and also extends to the ad hoc arbitration courts. The disputes, however, should arise from the Treaty of Asuncion, the Protocol of Ouro Preto, the protocols and agreements signed under the aegis of the Treaty in 1991, and the Decisions, Resolutions and Directives issued by the Common Market Council, the Common Market Group and the Common Market Council respectively. It also stipulates that, as aforementioned, the dispute may be resolved *ex aequo et bono*, through common agreement. On this latter aspect, the adopted formulae are taken from the Statutes of the Permanent Court of Justice and the current International Court of Justice, as well as from other international courts, even if no precedents have been recorded for their application.

C. *Consultative Jurisdiction*

In addition to the jurisdiction to hear disputes examined above, the Permanent Review Court is empowered to issue consultative opinions by virtue of Article 4, with the Common Market Council being permitted to establish the respective mechanisms. This has been regulated exhaustively in Articles 2 to 13 of the Regulations of the Protocol.

The most outstanding aspects are:

- ▶ The Mercosur Member States are permitted to request them acting jointly, as well as entities with powers of decision – although excluding the Joint Parliamentary Commission, the Economic and Social Consultative Forum and the Mercosur Administrative Secretariat – and the Superior Courts of the Member States with national jurisdiction;
- ▶ Specific common rules are established for the first two hypotheses and others for the last possibility. With regard to the first two hypotheses, the request may cover any juridical issue included in the Treaty of Asuncion, the Protocol of Ouro Preto, the protocols and agreements signed under the aegis of the Treaty of Asuncion and the regulatory acts issued by the Common Market Council, the Common Market Group and the Common Market Council. The Superior Courts of Justice may also

request them if and when referring solely to the juridical interpretation of the Mercosur regulation mentioned previously, always tied to cases that are being heard by the Judicial Authority of the Member States issuing the request. It is stipulated that the procedure for requesting a consultative opinion shall, in this latter hypothesis, be subject to prior consultation with the Superior Courts of Justice;

- ▶ Requests for advisory opinions would not be accepted in cases that are not covered and “when any procedure for the settlement of disputes on this same issue is under way”;
- ▶ For advisory opinions, the Permanent Review Court is comprised of a panel of five members, and will have a period of 45 days to issue a written opinion. However, for consultative opinions, dissenting opinions are permitted and should be well founded;
- ▶ Advisory opinions are not binding or mandatory, and will be published in the Official Bulletin of the Mercosur.

The fact that advisory opinions are not binding or mandatory, prevents any comparison with what is known as the “pre-judicial jurisdiction” awarded to the Court of Justice of the European Communities, or the power of interpretation through pre-judicial means in the juridical arrangements of the Andean Community, referring to the Court of Justice of the Andean Community, in addition to other differences in terms of the national entity that may request them and their effects. With regard to the latter aspects, other alternatives have already been presented that would tend to extend the listing of national courts empowered to make use of this facility. The best time to address this issue might well be when the pertinent regulations are being adopted.

3 FINAL REFLECTIONS

Setting up the Permanent Review Court may be viewed as significant, in terms of the mechanisms in effect through to late 2003, although it fails to satisfy those who have urged the implementation of a real jurisdictional entity since the adoption of the Treaty of Asuncion in 1991, since that would constitute a pillar supporting and ensuring compliance with the objectives of the integration process. Nevertheless, the Protocol of Olivos enshrines another provisional system for the settlement of disputes within the Mercosur, which is, however, not definitive. This will remain in effect until the convergence of the common external tariff, which is a target scheduled for 2006, although there are indications that this may be extended to 2010. Based on the experience offered by its application, we feel that this

will be extremely useful for establishing the permanent system covered in Annex III of the basic Treaty. Compliance with this annex is closely linked to progress of the proceedings, requiring an appropriate compatibility of interests—often clashing—among the protagonist countries. Disputes arise far too frequently which slow down the stages, falling behind schedule. There are many problems still to be resolved in the Mercosur, but these hurdles are not common only to this sub-regional integration entity. If there is a clear awareness of the need to ensure its survival, the time will surely come when the institutional structure will have to include this jurisdictional entity.

We should stress that these reflections make no attempt to undertake an in-depth examination of the nature and functions of the Permanent Review Court. We are merely stressing some of the most significant aspects, adapting them to the thematic and spatial constraints that have quite correctly been established by the organizers of the well-deserved tribute to Professor Lucius Caffisch, distinguished jurist, renowned international judge and one of the most prominent spokespersons in the European academic community.

UNILATERAL DECLARATIONS AS A MEANS OF
SETTLING HUMAN RIGHTS DISPUTES: A NEW TOOL
FOR THE RESOLUTION OF DISPUTES
IN THE ECHR'S PROCEDURE

*Christos L. Rozakis**

1 INTRODUCTORY REMARKS

One of the main peculiarities in the system for the protection of human rights under the European Convention on Human Rights¹ is the institution of friendly settlements. A friendly settlement is a means of reaching an early resolution of a dispute pending before the European Court of Human Rights² on the basis of an agreement concluded by the parties before it, namely the applicant(s) and the respondent State. Article 38, paragraph 1 (b), of the Convention provides that, if the Court declares an application admissible, it places itself

at the disposal of the parties concerned with a view to securing a friendly settlement of the matter on the basis of respect for human rights as defined in the Convention and the protocols thereto.³

Further to that, Article 39, paragraph 2, provides:

* Judge, European Court of Human Rights.

1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Rome, 4.11.1950), hereinafter ECHR, or the Convention.

2 Hereafter the ECHR, or the Court.

3 In its second paragraph, Article 38 stipulates that “[p]roceedings conducted under paragraph 1 b shall be confidential”.

If a friendly settlement is effected, the Court shall strike the case out of its list by means of a decision which shall be confined to a brief statement of the facts and of the solution reached.

The institution of friendly settlements, whose role in the determination of disputes pending before the Court has increased over the years,⁴ belongs to the family of rules contained in the Convention which serve the sovereign right of the States parties to it to redress the wrong done to a particular individual, as a matter of priority, by themselves. It is part and parcel of the same philosophy which is reflected in the condition of admissibility in Article 35, concerning exhaustion of local remedies and determining the subsidiary character of the Court's jurisdiction. One could say that a friendly settlement gives the State one last opportunity to adequately redress the wrong done, before the Court undertakes its final task of finding a violation on the merits of a case. At the same time, the institution of friendly settlements introduces, as we have already mentioned, a peculiar element to the otherwise rigid judicial nature of the Court, by transforming it into a mechanism of "good offices" interposed between the parties in the negotiations undertaken by them, in search of a solution to a pending dispute.

This particular role of the Court, assigned to it by the Convention, does not have friends everywhere, and has not always received the blessing of legal commentators. A lot of criticism has been levelled against the compromises that the reaching of a friendly settlement may entail, contrary to the interests of an individual applicant – who, as a weak partner, may sometimes succumb to pressure from the respondent State – and to the interests of the protection of human rights more generally, particularly in situations where the reaching of a friendly settlement deprives the European protection system of the capacity to order general measures against a State, through a judgment and subsequent action by the Committee of Ministers of the Council of Europe, with a view to obliging it to refrain from further violations of the same nature in the future.⁵ The answer to this criticism may be a simple one: the Convention offers two safety-valves in its text

4 See, as a matter of comparison: S. Dollé, "Friendly settlement 14 years on in the European Commission of Human Rights", in: H. Salvia, M. de Villiger (eds.), *The Birth of European Human Rights Law. Liber Amicorum Car Aage Nørgaard* (Baden-Baden, Nomos, 1998), p. 243; and I. Cabral Barreto, "Le règlement amiable devant la Cour européenne des Droits de l'Homme", 10 *BDH*, 2002, 27.

5 See, *inter alia*, O. de Schutter, "Le règlement amiable dans la Convention européenne des droits de l'homme : entre théorie de la fonction de juger et théorie de la négociation", in: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : Mélanges en hommage à Pierre Lambert* (Bruxelles, Bruylant, 2000), p. 225.

which may serve to guarantee the proper administration of justice even in this extrajudicial process. The first is that the applicant's consent is always required; the second is that consent alone does not suffice. The Court has a duty under the Convention not only to follow the conduct of the negotiations, but also, and of paramount importance, to review their results. It is not for the parties to decide whether they agree on a particular solution; it is for the Court to accept the solution proposed by the parties, and to decide accordingly. No friendly settlement can be reached – under the procedure provided for by the Convention – without the agreement of the Court, which is in a position to reject it, particularly under circumstances where it is not satisfied that the friendly settlement has respected human rights “as defined in the Convention and the protocols thereto”. Although, admittedly, the Court has infrequently interfered in the solution reached by the parties, no adverse conclusion can be drawn from this parsimonious use of its competence concerning the proper use of the procedure in the circumstances of each individual case.⁶

2 A NOVEL APPROACH: UNILATERAL DECLARATIONS IN CASE OF A FAILURE OF A FRIENDLY SETTLEMENT

An interesting development has taken place in recent years in the case-law of the Court, insofar as friendly settlements are concerned: the acceptance of unilateral declarations of States, as a valid ground for striking a case out of the Court's docket, despite the unwillingness of an applicant to consent to the terms proposed by a respondent Government in his case. This novel element was first introduced in the case of *Murat Akman v. Turkey*,⁷ in a situation where the applicant alleged, *inter alia*, that his son was unlawfully killed by the security forces of the respondent State, in violation of Article 2 of the Convention. After the case had been declared admissible, both

6 It should be noted that in certain cases friendly settlements have led not only to a monetary satisfaction of an individual applicant, but also to the taking of some general measures. In the case of *Millas I Tornes v. Andorra* the applicant complained that the Andorran Principal State Council's refusal to grant him permission to lodge an “empara” appeal had denied him access to the Andorran Constitutional Court. Within the scope of a friendly settlement reached between the parties, a Statute amending the Constitutional Court Act came into force affording litigants direct access to it, without having to obtain prior permission from State's Council's office. Furthermore, thanks to a transitional paragraph of that statute, anyone who had been refused permission to lodge an “empara” appeal was entitled to lodge it within fifteen days from the coming into force of the statute (Application N° 35052/97, Judgment of 6 July 1999).

7 Application N° 37453/97, Judgment of 26 June 2001 (First Section).

parties filed proposals with the Court's Registry in the context of friendly settlement negotiations, under Article 38 of the Convention. No settlement was reached, as a result of the applicant's refusal to accept the terms proposed by the Government. On 21 March 2001, the Turkish Government asked the Court to strike the case out of its list of cases under Article 37 of the Convention, on the basis of a unilateral declaration that Turkey was prepared to make.⁸ The text of the declaration read as follows:

1. The Government regrets the occurrence of individual cases of death resulting from the use of excessive force as in the circumstances of Murat Akman's death notwithstanding existing Turkish legislation and the resolve of the Government to prevent such actions.
2. It is accepted that the use of disproportionate force resulting in death constitutes a violation of Article 2 of the Convention and the Government undertakes to issue appropriate instructions and adopt all necessary measures to ensure that the right to life – including the obligation to carry out effective investigations – is respected in the future. It is noted in this connection that new legal and administrative measures have been adopted which have resulted in a reduction in the occurrence of deaths in circumstances similar to those of the instant application as well as more effective investigations.
3. [The Representative of Turkey] declares that the Government of the Republic of Turkey offers to pay *ex gratia* to the applicant the amount of GBP 85,000. This sum, which also covers legal expenses connected with the case, shall be paid in pounds sterling to a bank account named by the applicant. The sum shall be payable, free of any taxes that may be applicable, within three months from the date of the striking-out decision of the Court pursuant to Article 37 of the European Convention on Human Rights. This payment will constitute the final settlement of the case.
4. The Government considers that the supervision by the Committee of Ministers of the execution of Court judgments concerning Turkey in this and similar cases is an appropriate mechanism for ensuring that improvements will continue to be made in this context. To this end, necessary cooperation in this process will continue to take place.

8 Article 37 reads:

1. The Court may at any stage of the proceedings decide to strike an application out of its list of cases where the circumstances lead to the conclusion that
 - (a) the applicant does not intend to pursue his application; or
 - (b) the matter has been resolved; or
 - (c) for any other reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application.

However, the Court shall continue the examination of the application if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires.

2. The Court may decide to restore an application to its list of cases if it considers that the circumstances justify such a course.

The applicant requested the Court to reject the Government's proposal, stressing particularly that the proposed declaration omitted any reference to the unlawful nature of the killing of his son and failed to highlight that his son was unarmed at the material time.

The Court observed, in its judgment which followed the Turkish proposal, that the friendly settlement negotiations had failed, and that the declaration made by the Government fell outside the framework of that procedure. It then recalled that Article 37 of the Convention "provides that [the Court] may at any stage of the proceedings decide to strike an application out of its list of cases where the circumstances lead to one of the conclusions specified under (a), (b) or (c) of paragraph 1 of that Article". In particular, the Court continued, paragraph 1 (c) of that Article enables the Court to strike a case out of its list when "for any reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application". And it was exactly that paragraph of Article 37 on which the Court relied in order to find that given "the nature of the admissions contained in the declaration as well as the scope and extent of the various undertakings referred to therein, together with the amount of compensation proposed, [it] considers that it is no longer justified to continue the examination of the application". Yet, before reaching the final conclusion to strike the application out of the list, and in complying with the condition of applicability of Article 37 contained in the last sub-paragraph of its first paragraph (respect for human rights), the Court explained that, in the circumstances of the case, it was satisfied that the condition was met, and hence no need for the continuation of the examination of the case arose. More particularly, the Court noted in this regard that it had already specified the nature and extent of the obligations, which arise for the respondent State in cases of alleged unlawful killings by members of the security forces under Articles 2 and 13 of the Convention.⁹ In other words the Court implied that the *Murat Akman* case did not raise any new issue of general importance, requiring a stance to be taken by the Court – in respecting human rights – and that consistent case-law already existed to clarify in an adequate manner the extent of obligations of Turkey on that matter.

The position taken by the First Section in *Murat Akman v. Turkey* was subsequently followed also by the Second Section in the cases of *Togcu v. Turkey*,¹⁰ and *Tahsin Acar v. Turkey*.¹¹ In the first of the two cases, the applicant alleged, *inter alia*, that his son had disappeared after having been taken into

9 Paras. 30-32 of the judgment.

10 Application N° 27601/95, Judgment of 9 April 2002.

11 Application N° 26307/95, Judgment of 9 April 2002.

unacknowledged detention, and that the Turkish authorities had failed to carry out an adequate investigation into the police involvement in his disappearance; while in the second case, the applicant alleged, *inter alia*, that his brother had disappeared, after he was abducted by two unidentified persons. The applicant complained of the unlawfulness and excessive length of his brother's detention, of the ill-treatment and acts of torture, to which his brother had been subjected while in detention, and of the failure to provide his brother with the necessary medical care in detention. He further complained that his brother had been deprived of the services of a lawyer and of all contact with his family.¹² The decision reached by the Second Section – this time by majority – followed the case-law established by the First Section and consisted of a judgment striking the applications out of the list of cases.¹³

The case of *Tahsin Acar v. Turkey* was referred to the Grand Chamber, as a result of the applicant's request and the approval of that request by the Panel of the Grand Chamber. In a judgment of 6 May 2003, dealing with the preliminary issue regarding the validity of the unilateral declaration of the Turkish government in the circumstances of the case, the Grand Chamber decided to reverse the Second Section's judgment to strike the applications out of the list of cases, and to pursue the examination of the merits of the case.¹⁴ The main points of the judgment that led to a rejection of the Government's request to strike the application out of the list of cases are the following:

- ▶ The Court considered that “under certain circumstances it may be appropriate to strike an application under Article 37 § 1 (c) of the Convention on the basis of a unilateral declaration by the respondent Government . . .

12 *Loc. cit.*

13 Judge Loucaides appended a dissenting opinion on the judgments. He disagreed with the majority's decision to strike the application out of the list of cases, expressing the fear that the solution adopted “may encourage a practice by States – especially those facing serious or numerous applications – of ‘buying off’ complaints for violations of human rights through the payment of *ex gratia* compensation without admitting any responsibility and without any adverse publicity, such payments being simply accompanied by a general undertaking to adopt measures for preventing situations like those complained of, from arising in the future on the basis of unilateral declarations which are approved by the Court even though they are unacceptable to the complainants . . .” (*loc. cit.*). Judge Costa also appended a concurring opinion, calling into doubt the unilateral nature of the undertakings of the Turkish government and expressing his difficulty “in fully reconciling the precedent thus established with that relating to loss of victim status which presupposes that the State acknowledges the violations and then fully compensates them” (*loc. cit.*).

14 Judgment (Preliminary Issue) of 6 May 2003, taken by a majority of 16 to 1.

it will, however, depend on the particular circumstances whether the unilateral declaration offers a sufficient basis for finding that respect for human rights as defined in the Convention does not require the Court to continue its examination of the case”.¹⁵

- ▶ The Court enumerated a number of relevant factors that must be taken into account when deciding whether a unilateral declaration may be a valid reason for striking an application out of the list of cases. They include (a) the nature of the complaints made (whether the issues raised are comparable to issues already determined by the Court in previous cases); (b) the nature and scope of any measures taken in the context of the execution of judgment in any such previous cases; (c) the impact of these measures on the case at issue; (d) whether the facts are in dispute between the parties; (e) whether in the unilateral declaration the respondent Government has made any admissions in relation to the alleged violations and, if so, the scope of such admissions and the manner in which they intended to provide redress to the applicant.¹⁶
- ▶ The Court found that the case of *Tahsin Acar v. Turkey* differed substantially from the case of *Murat Akman v. Turkey*. In its opinion, an undisputed killing by security forces where the respondent Government had admitted that this was the result of the use of force in violation of Article 2 of the Convention (*Akman*) cannot be compared to the unresolved disappearance of a person after an abduction allegedly by, or with the alleged connivance of, State agents (*Acar*). In *Murat Akman* further investigation by domestic authorities or by the Court was less pressing as the respondent State had already assumed liability for the killing. Moreover, in connection with the execution of previous judgments of the Court in several similar cases where the Court had found Turkey to be in breach of its obligations under the Convention, the Government had already adopted or undertaken to adopt specific measures designed to prevent, in future, the shortcomings identified by the Court.¹⁷ In the present case, however, the unilateral declaration made by the Government did not adequately address the applicant’s grievances under

15 *Loc. cit.*, para. 75.

16 *Loc. cit.*, para. 76. The Court continued: “As to the last mentioned point, in cases in which it is possible to eliminate the effects of an alleged violation (as, for example, in some property cases) and the respondent Governments declare their readiness to do so, the intended redress is more likely to be regarded as appropriate for the purposes of striking out the application, the Court, as always, retaining its power to restore the application to its list as provided in Article 37 § 2 of the Convention . . .”.

17 *Loc. cit.*, para. 82.

the Convention. No reference was made to any measures to deal with his specific complaints, the Government merely undertaking a general obligation to pursue their efforts to prevent future disappearances, without regard to what pertinent and practicable measures might be called for in the particular case.¹⁸

- ▶ The Court accepted that full admission of liability in respect of an applicant's allegations under the Convention could not be regarded as a *condition sine qua non* for the Court being prepared to strike an application out on the basis of a unilateral declaration by a respondent Government. Yet, in cases concerning persons who had disappeared or had been killed by unknown perpetrators and where there was *prima facie* evidence in the case-file supporting allegations that the domestic investigation fell short of what was necessary under the Convention, a unilateral declaration should at the very least, contain an admission to that effect, combined with an undertaking by the respondent Government to conduct, under the supervision of the Committee of Ministers in the context of the latter's duties under Article 46 § 2 of the Convention, an investigation that was in full compliance with the requirements of the Convention as defined by the Court in previous similar cases.¹⁹ As the unilateral declaration made by the Government in the present case did not contain either any such admission or any such undertaking, respect for human rights required that the case should be pursued, according to Article 37 of the Convention.²⁰

18 *Loc. cit.*, para. 83. The main points of the unilateral declaration of Turkey in this case, which led the Court in its conclusion not to strike the application of its list of cases, are the following: "[T]he Government . . . offered to pay *ex gratia* to the applicant . . . the amount of 70,000 pounds sterling . . . The Government regrets the occurrence of the actions which have led to the bringing of the present application, in particular the disappearance of the applicant's brother and the anguish caused to his family . . . It accepted that unrecorded deprivations of liberty and insufficient investigations into allegations of disappearance constitute violations of Articles 2, 5 and 13 of the Convention. The Government undertakes to issue appropriate instructions and adopt all necessary measures with a view to ensuring that all deprivations of liberty are fully and accurately recorded by the authorities and that effective investigations into alleged disappearances are carried out in accordance with their obligations under the Convention" (para. 60).

19 *Loc. cit.*, para. 84.

20 *Loc. cit.*, para. 85. Judge Gölcüklü appended a dissenting opinion to the judgment, while judge Ress appended a concurring opinion. A joint concurring opinion of judges Bratza, Tulkens and Vajić was also appended, in which the three judges expressed their concern about this novel approach adopted by the Court, under Article 37 § 1 (c), and considered that "such a procedure must remain an exceptional one and, in any event, cannot be used to circumvent the

3 ASSESSING THE NEW APPROACH

The judgment of the Grand Chamber in the case of *Tahsin Acar v. Turkey* has struck a new balance between the apparently competing concepts of friendly settlements on the one hand, and unilateral declarations on the other. Its first move was to make a distinction between these two concepts. It observed that a distinction “must be drawn between, on the one hand, declarations made in the context of strictly confidential friendly-settlement proceedings and, on the other, unilateral declarations . . . made by a respondent Government in public and adversarial proceedings before the Court”.²¹ With that statement, the Court detached unilateral declarations from the context of friendly settlements, allowing the former to be formulated at all stages of the proceedings before the Court during or outside the friendly-settlement negotiations. In other words, and as things stand today under Protocol No. 11, the respondent State may, usually and logically after a case has been declared admissible, propose the resolution of a pending dispute through the formulation of a unilateral declaration offering means of redress to the victim of an alleged violation. The Court has unfettered discretion to accept or reject the proposals contained in the unilateral declaration and, accordingly, to strike an application out of the list of the cases, or to continue its examination. It goes without saying that, as happens in all procedural steps before the Court, applicants are notified of the proposal through its communication to them, and are able to react by submitting observations on its contents. In these circumstances, if an applicant accepts the proposal, then the striking out of the case may follow (provided that the Court also accepts it), or, in the event of the applicant’s refusal to accept it, the Court alone determines the outcome of the case, and decides whether to apply Article 37 in the circumstances.

A question which may theoretically arise at this juncture is whether in the event that a State proceeds to submit a unilateral declaration before the commencement of the friendly-settlement proceedings, and in lieu of them, the Court may circumvent its duty under Article 38 of the Convention to “place itself at the disposal of the parties concerned with a view to securing

applicant’s opposition to a friendly settlement. A careful and thorough examination is therefore necessary in each individual case. That being so, we do not consider it wise in paragraph 76 of the judgment, where the Court indicates in general terms the kind of factors . . . to give the example of certain cases where the redress proposed by the Government would be more likely to be regarded as appropriate for the purposes of striking out the application” (*loc. cit.*).

21 *Loc. cit.*, para. 74.

a friendly settlement”, and move directly to the procedure to which we referred to above. It is our approach that the Court has a duty under the Convention to assist the parties to reach a consensual settlement of a pending dispute. The obligation is enshrined in Article 38, where the applicant’s consent is one of the factors determining the outcome of the extrajudicial procedure. This express and explicit obligation on the Court cannot be easily circumvented by the application of an alternative procedure, which, after all, was not designed, and has never been viewed, as a substitute procedure to the one laid down in Article 38. In these circumstances, we should say that the Court must see to it that in situations where a proposal for a unilateral declaration predates the commencement of a friendly-settlement procedure, or is made during the course of the procedure, a serious effort should be made to secure the consent of the applicant to the content of the proposal, and that only when such consent proves to be practically impossible to obtain, should the Court proceed to accept the proposal and to strike the application out of the list of cases. In situations where a unilateral declaration is submitted after efforts to reach a friendly settlement have proved to be unsuccessful, it remains necessary to attempt to secure the applicant’s consent, although admittedly the likelihood of a positive result may be rather meagre.

The fact that the applicant’s consent is not a formal condition for the Court’s decision under the new procedure based on Article 37 does not automatically mean that the Court has a free hand to decide to strike a case out of its list. Both Article 37 and the case-law refined by the Grand Chamber in *Tahsin Acar v. Turkey* provide for a number of safeguards, both of an objective and of a subjective nature that should act as preconditions for the applicability of the measure provided for by Article 37, and determine, accordingly, the decision of the Court in a particular case.

The objective condition is contained in Article 37 itself, which provides that the Court “shall continue the examination of the application if respect for human rights . . . so requires”. The Court has developed case-law delimiting the confines of “respect for human rights” in Convention terms. It may be recalled, for example, that in the case of *Tyrer v. the United Kingdom*, the Court refused to allow the applicant to withdraw his case following an agreement reached by the parties because, *inter alia*, there was no guarantee that the proposed domestic legislation would be adopted.²² In the case of *Karner v. Austria* the applicant died and no heirs could be found to continue the procedure. The Court decided to continue it because, while its pri-

22 Judgment of 25 April 1978, ECHR, Series A no. 26.

mary purpose was to provide individual relief, it had also the duty to “elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention”, thereby contributing to the observance of the States parties’ engagements, and also to determine issues on public-policy grounds, hence raising the general standards of protection of human rights in Europe and extending its jurisprudence throughout the continent.²³

The objective condition therefore, has as its basic “raison d’être” the protection of the human-rights system across the continent, the coherence of the application of human-rights rules in Europe, and the compliance of States parties to the Convention with its fundamental precepts. This basic “raison d’être”, described in a very illustrative manner in *Karner v. Austria*, does not mean that reasons other than general ones may not have an influence on the Court’s decision to continue the examination of a case, because circumstances relating to the applicant himself require an examination on this basis. A classic example of the application of this condition in a specific case is a situation where the Court is convinced or has strong suspicions that the decision of an applicant to withdraw his case is due to pressure exerted on him by the respondent State.

The subjective condition, or rather conditions, are not to be found in the text of Article 37 of the Convention; they have been established through the case-law, and are set out more particularly in the *Tahsin Acar* judgment of the Grand Chamber. The Court has called them “relevant factors” which must be taken into account when deciding on a unilateral declaration.²⁴ Some of these relevant factors, admittedly, constitute objective conditions and are linked to the more general concern of the Court to protect public-policy issues. Others, however, either contain both objective and subjective elements or are purely subjective, concerning exclusively the individual case under examination by the Court (such as the impact of measures already taken in previous cases on the case at issue, or whether the facts are in dispute between the parties).²⁵ The subjective conditions may be considered to satisfy the need of the Court to protect individuals claiming to be victims of a violation of the Convention from the adverse consequences of the striking out of their case. Although it cannot replace the absence of the applicant’s consent with regard to the determination of the case, still it represents a minimum safeguard that puts the applicant in the centre of the picture.

23 ECHR, 2003 IX.

24 *Supra*, para. 76 of the judgment.

25 See, *supra*, the joint concurring opinion of judges Bratza, Tulkens and Vajić who expressed their reservation about the enumeration in paragraph 76 of the *Acar* judgment of certain cases “where the redress proposed by the Government would be more likely to be regarded as appropriate for the purposes of striking out the application” (*loc. cit.*).

4 CONCLUDING REMARKS

At this early stage in the development of this new concept and new procedure established by recent case-law, it would not be advisable to reach definitive conclusions. It is beyond doubt that the new approach may assist the Court to find solutions which will facilitate its work at a time when it is increasingly overburdened. It is also beyond doubt that this new procedure is a weapon for the Court to ensure the early resolution of pending disputes in a situation where a unilateral declaration objectively gives satisfaction to an applicant who himself is not willing to assist that solution. Yet this procedure must be applied in moderation. Although it belongs to the same family as the institution of the friendly settlement and shares with it the same philosophical and structural basis – it is part and parcel of the exercise of the State's sovereign power to redress a wrong done to an individual through its own means – the missing element in the case of unilateral declarations, namely the agreement (and, hence, the applicant's consent), should nevertheless make the Court extremely careful when deciding to strike a case out of its list on the basis of a unilateral declaration; and in any event, the unilateral declaration, as a judge-made concept, cannot replace, in all circumstances, the well-established institution of friendly settlements expressly provided for by the Convention. It should remain in most instances a supplementary procedure in situations where agreement is impossible to reach. Yet even in such circumstances the Court should examine, on a case-by-case basis, whether both the objective and the subjective conditions have been satisfied before proceeding with its findings. After all, unlike the institution of friendly settlements – a procedure which, in many respects, has an extrajudicial, hybrid character – in situations involving the application of Article 37, we are in the midst of a fully-fledged judicial procedure, as the Court has rightly pointed out in determining the distinctions to be drawn between unilateral declarations and friendly settlements.

PART IV

MISCELLANEA

DIVERS

WILL NEW DEVELOPMENTS IN GLOBAL ECONOMIC
AND FINANCIAL POLICY ERODE INTERNATIONAL LAW
AND THE SOVEREIGNTY OF STATES? – THE EXAMPLE
OF LIECHTENSTEIN

*Georges S. Baur**

1 INTRODUCTION

It is a privilege to contribute to a *liber amicorum* in honour of Lucius Cafilisch. Amongst his many occupations in the general field of public international law, he has also been elected as the judge for Liechtenstein in the European Court of Human Rights (ECHR) in 1999 and re-elected in 2004. Although not being born in Liechtenstein, he has always taken a keen interest regarding the developments in Liechtenstein and has also held some lectures, especially on the work of the ECHR, and, as yet another aspect of his many interests, the International Criminal Court (ICC).¹ Hence, in doing so, he has contributed to the new character of international law, as has been evident since the end of the East-West conflict. Taking Liechtenstein as a mere example I would like to show some features of the new development. However, with respect to many of the problems that will be touched upon, it will, for the mere sake of space, not be possible to go too much into detail.

Liechtenstein, ensconced between Switzerland to the West and Austria to the East, only covers 160 square kilometres and has a population of about 34,000 inhabitants. There is, however, a strongly diversified industry

* Dr. iur., Deputy Head of the Mission of Liechtenstein to the EU. The opinions reflected herein are those of the author and do not bind the Liechtenstein Authorities in any way.

1 See e.g. L. Cafilisch, "Toward the Establishment of a Permanent International Criminal Jurisdiction", 4 *International Peacekeeping*, No. 5, 1998, pp. 110-115.

(building-tools; dental technology; vacuum-technology; food etc.), which contributes around 40% to the GNP, as well as a strong financial sector contributing 30% to the GNP (2001). It goes without saying then that this attracts a great deal of labour mainly from neighbouring Austria and Switzerland. The economic outreach of Liechtenstein is thus greater than her national population or size. All of this makes this apparently tiny country a full fledged partner of the much larger countries in this world. This is true more now than ever because size and population are of less importance in today's world as a result of Globalization and technical development. Political and financial stability, a strong economy and a structure that anticipates the future, seem, nowadays, to be more essential.

Liechtenstein's sovereignty has developed "silently" from mere formal sovereignty in the modern sense of the word ("supreme authority within a territory")² 200 years ago to an active sovereignty in the present, or as David Beatty, former ambassador of the United Kingdom to Liechtenstein and Switzerland put it: "Liechtenstein achieved full international sovereignty in 1806, which makes it one of the more senior European States. In the second half of the twentieth century it succeeded by trial and error, by doggedness and application, in asserting its sovereign identity at the international level. As a member of the United Nations, the European Economic Area, the Council of Europe and other international organisations it is now making its own contribution, admittedly small but always constructive and sometimes distinctive, to the wider community."³ To sum up: the Principality is – at second glance – not different from other States.

Now all of this need not be said if it were easily self-evident. Of course, a small State has problems different from those of a larger State. However, size can in some respect also be an advantage: Liechtenstein might not have survived as a sovereign territory had it been larger, less remote, richer in the past or otherwise of interest to the "big predators".⁴ Economic wealth may, on the one hand, make it easier to face the challenges of today's world

2 For a good overview of the problem to define sovereignty, see D. Philpott, "Sovereignty", in: E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Stanford, Summer 2003), available at <http://plato.stanford.edu/archives/sum2003/entries/sovereignty/>; A. Tokar, "Something Happened. Sovereignty and European Integration", *IWM Junior Visiting Fellows Conferences*, Vol. 11 (Vienna, 2001). From an economic point of view, see Art. 2(1) of the Charter of Economic Duties and Rights of States: "Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities", in: *UNYB*, 1974, p. 402.

3 D. Beattie, *Liechtenstein: A Modern History* (Triesen, van Eck Verlag, 2004), p. xi.

4 *Ibid.*

order. On the other hand, and for the same reasons, Liechtenstein is politically exposed to a greater world. It won't suffice anymore to think regionally and to have the larger neighbouring States, mainly Switzerland, act on her behalf in most respects because it is convenient.⁵ Liechtenstein has to face World politics on her own, however, not without reflecting about her real possibilities. Hence the rules and instruments used in international relations are of special interest.⁶

Since the early 1990s we have encountered a new development in international law. In the old system, intergovernmental negotiations and conferences could lead to bi- or multilateral agreements that were binding only on States. This system has changed in several ways. Furthermore, the concept of sovereignty is today – not only in the case of Liechtenstein – to be seen in a much broader sense than it has been until now: Sovereignty is not a mere question of having an army and a set of political instruments. Sovereignty has to coexist with the concept of Globalization. The more States become interlinked and dependent on each other with respect to resources or management of tasks in a world of growing technological complexity, the more sovereignty is changing its character. Being present in the framework of today's international relations generally is of eminent importance. Considering the equal weight that is – theoretically – given to every country, whether large according to population and geographical size or not, the importance of smaller countries has increased, at least within the margins of what can be done using legal instruments and institutions – such as courts – to uphold an equilibrium in international relations.

But the world is changing rapidly. Hence, the question arises as to how this development in the system of international relations influences the position of countries in general. This is of particular interest as there are new challenges to sovereignty which emanate from the new world order and

-
- 5 Liechtenstein entered into a series of agreements with Switzerland after World War I. It began with the Customs Treaty of 29 March 1923 (LR 0.631.112, available at <http://www.gesetze.li>), followed by other treaties. Even though some features that might have been seen as a part of sovereignty, such as border control, have in full self-determination been “outsourced”, this never endangered the central elements of sovereignty, but rather in certain periods helped in preserving them; Prince Nikolaus von Liechtenstein, “Liechtenstein als Nachbar der Schweiz, Österreichs und auch Deutschlands – Konzentrische Kreise liechtensteinischer Aussenpolitik”, in: Liechtenstein-Institut (ed.), *Schwerpunkte und Verwirklichung liechtensteinischer Aussenpolitik* (Bendern, 1996), pp. 9-20.
- 6 See D. Thüser, “Liechtenstein und die Völkerrechtsordnung. Ein Kleinstaat im völkerrechtlichen Spannungsfeld zwischen Singularität und Modell rechtlicher Integration”, 36 *AVR*, No. 4, 1998, 98; A. Willi, “Staatsverständnis und Selbstverständnis des Fürstentums Liechtenstein im Spiegel seines Verhältnisses gegen auswärtige Staaten”, in: Liechtenstein-Institut (ed.) *Schwerpunkte und Verwirklichung liechtensteinischer Aussenpolitik* (Bendern, 1996), pp. 177-188.

which challenge not only Liechtenstein's sovereignty, but that of other, much larger States and territories as well.

Economic and financial issues are of increasing importance. Money laundering and the stability of financial markets were the subjects of the decade starting around 1990 and tax cooperation as well as the financing of terrorism were added at a later stage. These are issues that have often been, rightfully, bundled together because they may be related in certain cases. Sometimes, however, the only reason for linking these issues together was to further political convenience.⁷ And the terrorist attacks on 11 September 2001 and 11 March 2004 boosted this development. Clusters of nations formed *ad hoc*-groups to tackle these bundles of issues. Liechtenstein has been a target of such *ad hoc*-groups, e.g. the Financial Action Task Force (FATF) and the Financial Stability Forum (FSF) or the OECD Forum on Tax Harmonisation (OECD). These shall serve as examples to illustrate certain new developments in international law.⁸

2 FROM FORMAL TO SUBSTANTIAL SOVEREIGNTY

Liechtenstein's position as a sovereign State was not always as unchallenged as it is today. For example, Liechtenstein applied to become a member of the new League of Nations in 1919. However, on 17 December 1920, the Assembly voted against Liechtenstein's admission on the basis that it was too small⁹ and therefore would not be able to "discharge all the international obligations which would be imposed on her by the Covenant".¹⁰ Fortunately, the sovereignty and independence of Liechtenstein was thereafter left unchallenged¹¹ by the international community. The challenge of Liechtenstein's foreign policy was to establish the country as a State with equal rights like other, larger States. This was undertaken by discreetly joining smaller (sub-) organizations along with Switzerland, either because the Customs Treaty from 1923 demanded such accession, like to the Berne Conventions for the protection of intellectual property and eventually the World Intellectual Property Organisation (WIPO) in 1972,¹² or because the

7 See e.g. J.P. Brard, "Retrouver l'égalité devant l'impôt", *Rapport d'information n° 1802* (Paris, Assemblée Nationale, 1999).

8 The third country approach of the EC Council Directive (2003/48/EC) on the taxation of savings is of a somewhat different nature and will not be treated herein.

9 P. Raton, *Liechtenstein: History and Institutions of the Principality* (Vaduz, 1970), p. 61.

10 Assembly Document 178, 371/4652FO [Foreign Office, London].

11 Beattie, *supra* (note 3), p. 68.

12 Not that the intellectual property laws per se were subject to the Customs Treaty but an equiv-

Customs Treaty did not cover a matter which was, nonetheless, of interest to Liechtenstein as e.g. the Universal Postal Union, the International Telecommunications Union, UNIDO, UNCTAD or INTELSAT.¹³ The breakthrough came with the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE, now OSCE). Liechtenstein, a State which had been seen as “admirably robust on questions of freedom and extremely pedantic on legal and financial questions”,¹⁴ signed the Final Act on 1 August 1975. The next strike was the country’s accession to the Council of Europe, although this went less smoothly due to some last-minute resistance in the Parliamentary Assembly.¹⁵ Finally, on 23 November 1978, Liechtenstein became the 21st member of the Council of Europe. From hereon it was established that Liechtenstein was capable to actively contribute to major international organizations, like any other State.¹⁶ Further proof of an independent foreign policy was the accession to the United Nations on 18 September 1990 as the 160th member, a decade before Switzerland. Again, separate from Switzerland, Liechtenstein grasped its opportunities with respect to European integration and acceded to the European Economic Area (EEA) on 1 May 1995 after having secured membership to the European Free Trade Organisation (EFTA). Liechtenstein also became a member of the World Trade Organisation (WTO) in 1994.

Becoming a member of international organisations alone cannot suffice to protect the interests of a State. The protection of international law is seen as being of great importance, especially for the smaller States.¹⁷ Hence, Liechtenstein also joined and supported the establishment of various international courts and tribunals. The most important of these being the European Court of Human Rights (ECHR), the Court of the EFTA States in Luxembourg (EFTA Court), the WTO Dispute Settlement Body and the International Court of Justice (ICJ).¹⁸ It became a party to the statute of the ICJ on 29 March 1950. Liechtenstein is also a party to the statute of

alent level of protection, see: G. Baur, W. Seeger, “Das Urheberrecht im Fürstentum Liechtenstein”, *Archiv für Urheber- und Medienrecht (UFITA)*, 1995, 128, pp. 71 & 94.

13 Beattie, *supra* (note 3), p. 149.

14 *Ibid.*, p. 151.

15 See M.R. Seiler, *Kleinststaaten im Europarat*, (St.Gallen, 1995), pp. 205-217.

16 *Ibid.*, p. 154.

17 “Report of the Chairman of the Committee of Experts”, *ICJ*, 23 June 1949, S/1342; see Beattie, *supra* (note 3), p. 138.

18 See the contributions by P. Kirsch, C. Baudenbacher, J. Hedigan, R. Rabinovich et al., *Fordham Int’l LJ*, 2005, 28 *passim*; L. Caflisch, B. Godet, “La Suisse et le règlement pacifique des différends”, in: A. Riklin et al., (eds.) *Nouveau manuel de la politique extérieure suisse*, (Bern/Stuttgart/Wien, Haupt, 1992), pp. 957-971.

the International Criminal Court (ICC). It should also be mentioned that judges have been appointed to sit for Liechtenstein in the ECHR and in the EFTA Court.

There have not been many cases involving Liechtenstein. However, the majority of them were related to issues of essential interest and, sometimes, unintended contributions to the case law of international courts.¹⁹ In 1955, the ICJ decided in the *Nottebohm* case²⁰ about the “effective nationality” of a German who had acquired Liechtenstein citizenship, but had lived mostly in Guatemala. The most recent case is that of *Liechtenstein v. Germany* which is linked to the nationalisation of the property of the citizens of Liechtenstein, including members of the princely family, by the then Czechoslovak Republic.²¹ Another case of interest was that of *Wille v. Liechtenstein*,²² it was closely related to the “constitutional controversy” that

19 Beattie, *supra* (note 3), p. 138.

20 *Principality of Liechtenstein v. Republic of Guatemala, Judgment, ICJ Reports 1955*, available at <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocuments/isummaries/ilgsummary550406.htm>. Liechtenstein claimed restitution and compensation on the ground that the Government of Guatemala had acted towards Mr. Friedrich Nottebohm, a citizen of Liechtenstein, of German origin, in a manner contrary to international law. Guatemala, for its part, contended that the claim was inadmissible with respect to the nationality of Nottebohm. The Court held the claim of Liechtenstein to be inadmissible due to the absence of any bond of attachment with Liechtenstein, but a long-standing and close connection between Nottebohm and Guatemala, a link which his naturalization in Liechtenstein in no way had weakened. He, therefore, still had to be regarded as a citizen of Germany.

21 *Liechtenstein v. Germany, Judgment, ICJ Reports 2005*; see <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ila/ilaframe.htm>. In 1945 Czechoslovakia confiscated certain properties belonging to Liechtenstein nationals, including that of Prince Franz Josef II of Liechtenstein, pursuant to the “Beneš Decrees”, which authorized the confiscation of “agricultural property” (including buildings, installations and movable property) of “all persons belonging to the German and Hungarian people, regardless of their nationality”. In 1991, a painting by the Dutch master Pieter van Laer was lent by a museum in Brno (Czechoslovakia) to a museum in Cologne (Germany) for inclusion in an exhibition. This painting had been the property of the family of the Reigning Prince of Liechtenstein since the eighteenth century; it was confiscated in 1945 by Czechoslovakia under the Beneš Decrees. Prince Hans-Adam II of Liechtenstein then filed a lawsuit in the German courts in his personal capacity to have the painting returned to him as his property, but that action was dismissed on the basis that, no claim or action in connection with measures taken against German external assets in the aftermath of the Second World War was admissible in German courts. Finally the Court concluded that, although these proceedings were instituted by Liechtenstein as a result of decisions by German courts concerning a painting by Pieter van Laer, these events had their source in specific measures taken by Czechoslovakia in 1945. The dispute therefore relating to facts or situations that arose before or after 18 February 1980, the date on which that Convention entered into force between Germany and Liechtenstein, was rejected on the grounds that the Court lacked jurisdiction *ratione temporis* to decide the dispute. See: T.H. Irmischer, “Anmerkung zur Liechtenstein-Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs”, *Archiv des Völkerrechts*, 2005, pp. 375-395.

22 *Wille v. Liechtenstein, Judgment* (Application no. 28396/95), ECHR Reports 1999, can be found at <http://www.echr.coe.int>. Mr. Wille was President of the Liechtenstein Administrative

broke out in 1992 and came to an end in 2003, when the people approved the amendments to the constitution proposed by Prince Hans Adam and Hereditary Prince Alois by a majority of more than 64%.²³ It is not important that Liechtenstein has lost these cases, nor is it important that the ICJ may appear to have taken the politically cheapest issue in its most recent decision by not admitting Liechtenstein's claim *ratione temporis*. It avoided having to decide on the merits which, admittedly, might have led to a continued political discussion about the confiscations in the aftermath of World War II, certainly not welcome in a period of European integration. Courts, however, generally tend to solve cases on a formal basis if such a possibility exists. These examples underline the apparent fact that Liechtenstein is also *de facto* being respected by other States as a sovereign State. Finally the cases involving Liechtenstein in the EFTA court are, today, mere daily business and, on some occasions, have influenced the case law of the European Court of Justice (ECJ).²⁴

The concept of sovereignty has changed:

For all but a few isolated nations, sovereignty no longer consists in the freedom of States to act independently, in their perceived self-interest, but in membership in reasonably good standing in the regimes that make up the substance of international life (. . .). In today's setting, the only way States can realize and express their sovereignty is through participation in the various regimes that regulate and order the international system.²⁵

In other words, sovereignty has become a give and take: international cooperation against the promise of equal treatment and a thorough respect for

Court (*Verwaltungsbeschwerdeinstanz*). On 16 February 1995, in the context of a series of lectures on questions of constitutional jurisdiction and fundamental rights, the applicant gave a public lecture at a research institute, on the "Nature and Functions of the Liechtenstein Constitutional Court". In the course of the lecture, the applicant expressed the view that the Constitutional Court was competent to decide on the "interpretation of the Constitution in case of disagreement between the Prince (Government) and the Diet". The Prince disagreed with the applicant's statement on the competence of the Constitutional Court and also noted an earlier political controversy. He continued that he had reason to believe that the applicant did not feel bound by the Constitution and expressed opinions which clearly infringed the Constitution. The applicant was, therefore, disqualified from holding a public office. The Liechtenstein Diet proposed the applicant for a further term of office as President of the Administrative Court. However, the Prince did not appoint him. The Court held that there had been a violation of Article 10 (freedom of expression) and of Article 13 (right to an effective remedy) of the European Convention on Human Rights.

23 For an overview, see Beattie, *supra* (note 3), pp. 193 et seq.

24 See e.g. C. Baudenbacher, "The EFTA Court – an Example of Judicialization of the International Economic Law", 28 *ELR*, 2003, p. 880; for the decisions see <http://www.eftacourt.lu>.

25 A. Chayes, A.H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, (Cambridge, Harvard University Press, 1995), p. 27.

the rule of law. In this respect there is no relevant difference anymore between smaller and larger States. However, the smaller a State is, the more dependent it is on – and benefits from²⁶ – the principle of equality of States in international law due to its financial, economic or military disadvantage.

3 NEW DEVELOPMENT IN INTERNATIONAL LAW, FIRST: THE OBVIOUS

Not much needs to be said about the character of international law as it has developed recently since the subject is filling libraries: The end of the East-West antagonism and the beginning of Globalisation²⁷ opened the gate to a (re-) discovery of international law in a much broader sense than before: simple political negotiations to overcome problems were replaced by decisions either based on a common bi- or multilateral agreement and disagreements settled by international courts and tribunals or within international bodies that all parties had subscribed to. Suddenly, the UN's Security Council was gaining importance and in the 1990s an increase of actions based on chapter VII of the UN charter could be observed. The five countries with a right to veto, the United States, Russia, China, the United Kingdom and France, no longer opposed in an ideological State of (cold) war anymore, used their power to a lesser degree. New international tribunals were set up in order to deal with war crimes such as for ex-Yugoslavia or Rwanda. It was the first time after the Nuremberg tribunal that the community of States agreed again on dealing with crimes against humanity and war crimes etc. The rule of law should apply, i.e. its most important elements: the equal subjection to law and the exercise of law in accordance with certain standards of justice, both substantial and procedural.²⁸ In this climate, small States were rec-

26 Thürer, *supra* (note 6), p. 120.

27 See e.g. M.G. Kohen, "Internationalisme et mondialisation", in: C.A. Morand (ed.), *Le droit saisi par la mondialisation* (Bruxelles/Bâle, Bruylant/Helbing & Lichtenhahn, 2001), pp. 112-114; H. Neuhold, "Ende des Ost-West-Konflikts und die Auswirkungen auf das Völkerrecht", in: W. Hummer (ed.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende* (Wien, Manz, 2002), pp. 7-9; W.H. Reinicke, "Global Public Policy", 76 *Foreign Affairs*, No. 6, 1997, p. 127.

28 According to I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs* (The Hague, M. Nijhoff, 1998), pp. 213 et seq., the following are the key elements of the rule of law: "(1) Powers exercised by officials must be based upon authority conferred by law. (2) The law itself must confirm to certain standards of justice, both substantial and procedural. (3) There must be a substantial separation of powers between the executive, the legislature and the judicial function. Whilst this separation is difficult to maintain in practice, it is at least accepted that a body determining facts and applying legal principles with dispositive effect, even if it is not constituted as a tribunal, should observe certain standards of procedural fairness. (4) The judiciary should not be subject to the control of the executive. (5) All legal persons are subject to rules of law which are applied on the basis of equality. (. . .)".

ognized as equal partners, a fact that respected and sometimes even strengthened their sovereignty based on the equation that law is the power of the small.²⁹

International law is characterised by its lack of an overall legal system; it has been a mere system of coordinating legal acts.³⁰ Now, there is even a faint indication of some sort of a separation of powers as political processes are separated from judicial ones. This can be illustrated by the increased use of structures that are similar to those within national law, e.g. the decisions of the Security Council, which can, at least incidentally be challenged at the ICJ.³¹

The result of this is the creation of common principles and standards developed for all, as well as the making of political decisions with everyone on board. Within a system where courts and tribunals have been established, it may be said that at least in theory, general principles like the rule of law and common standards apply and that sanctions are based on a legal basis.³² Authors describe these phenomena as the “judicialization” of international law³³ and some are even dreaming of a World constitution.³⁴ However, it is interesting to briefly assess this development. We have a twofold phenomenon: On the one hand, the term “judicialisation” describes a shift of power from the legislature and the executive branch to the judiciary, the so called proliferation of international judicial bodies.³⁵ This can go as far as courts making policy decisions instead of the political authority, in national as well as in supranational law. On the other hand, and with respect to international law only, the term reflects the fact that dispute settlement proceedings, traditionally taken care of by diplomacy or *ad hoc*

29 See Thürer, *supra* (note 6), p. 120; C.A. Morand, “La souveraineté, un concept dépassé à l’heure de la mondialisation?”, in: L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (The Hague, M. Nijhoff, 2001), *passim*.

30 W. Heusel, *Weiches Völkerrecht* (Baden-Baden, Nomos, 1991), p. 22.

31 A.L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht* (München, C.H. Beck, 2001), p. 305.

32 For the problems with respect to sanctions against Al Qaida according to Article 41 UN charter, see C. Schaller, *Internationales Sanktionsmanagement im Rahmen von Artikel 41 UN-Charta* (Baden-Baden, Nomos, 2003), pp. 143-160.

33 C. Baudenbacher, “Judicialization: Can the European Model Be Exported?”, 30 *Texas International LawJournal*, 2004, p. 382 with further references.

34 J. Kokott according to *Neue Zürcher Zeitung*, 27 September 2004, p. 11; A. Fischer-Lescano, “Die Emergenz der Globalverfassung”, *ZaöRV*, 2003, pp. 717-760.

35 C.P.R. Romano, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, 31 *NYU J Int’l L & Pol*, 1999, p. 709.

arbitration, are increasingly being replaced by permanent courts or court-like institutions.³⁶

There is also a “counter-revolutionary movement”, perhaps as a reaction thereto. Since the beginning of the 21st century, a more conservative approach to international law within national States can be seen: There are new challenges to international law which we do not have to deal with here in more detail: it will suffice to just mention the current leaning of the U.S. administration to a unilateral approach which, e.g. results in a policy of not joining the ICC, or as the dissenting opinion of Supreme Court Justice Antonin Scalia manifests: “Equally irrelevant are the practices of the “world community”, whose notions are (thankfully) not always those of our people”.³⁷ Germany has recently also had some problems with applying decisions of international courts such as the ECHR³⁸ or with applying agreements within the EU. These are now being revisited by the German constitutional court.³⁹ Even Liechtenstein has, in its recently amended constitution (LV), submitted international law to a control by the constitutional court as to whether it is in conformity with the constitution.⁴⁰

36 Baudenbacher, *supra* (note 33).

37 *Atkins v. Virginia, dissenting opinion of Scalia, J.*, US Supreme Court 2002, 536, pp. 304, 327.

38 *BVerfG*, 2 BvR 1481/04 of 14 October, 2004: Being bound by statute and law (Art. 20.3 of the Basic Law (Grundgesetz)) includes taking into account the guarantees of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the decisions of the European Court of Human Rights as part of a methodologically justifiable interpretation of the law. Both a failure to consider a decision of the ECHR and the “enforcement” of such a decision in a schematic way, in violation of prior-ranking law, may violate fundamental rights in conjunction with the principle of the rule of law. In taking into account decisions of the ECHR, the State bodies must include the effects on the national legal system in their application of the law. This applies in particular when the relevant national law is a balanced partial system of domestic law that is intended to achieve an equilibrium between differing fundamental rights; see http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104e.html.

39 *BVerfG*, 2 BvR 2236/04 (decision not yet rendered) *in re* Darkazanli, “In its judgment of 18 July 2005, the German Constitutional Court declared the European Arrest Warrant Act void. According to the Court, the Act encroaches upon the freedom from extradition (Art. 16.2 of the Basic Law) in a disproportionate manner because the legislature has not exhausted the margins afforded to it by the Framework Decision on the European arrest warrant in such a way that the implementation of the Framework Decision for incorporation into national law shows the highest possible consideration in respect of the fundamental right concerned. Moreover, the European Arrest Warrant Act infringes the guarantee of recourse to a court (Art. 19.4 of the Basic Law) because there is no possibility of challenging the judicial decision that grants extradition.” See http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html.

40 Art. 114 LV as amended on 16 March 2003; see S. Becker, “Zeitenwende im Verhältnis zum Staatsvertragsrecht?”, *JUS&NEWS*, 2004, p. 143 and G. Winkler, “Die Prüfung von Staatsverträgen durch den Staatsgerichtshof”, *JUS&NEWS*, 2004, p. 159.

4 NEW DEVELOPMENT IN INTERNATIONAL LAW, SECOND: THE LESS OBVIOUS

A. *Problem and Examples*

The major initiatives within the field of international relations that affected Liechtenstein in the most recent past were related to the international community's economical and financial policy. The *fora* to start such initiatives were many. On the one hand, the "classic" organisations and institutions, such as the Council of Europe (CoE), the (then) European Communities (EC), the United Nations (UN) or their sub-organisations, like the UN's Global Programme Against Money Laundering (GPLM) or the CoE's PC-R-EV (now: Moneyval) started initiatives using their well known instruments, Conventions or Directives respectively.⁴¹ Since Liechtenstein is either a member (UN, CoE) or in another way related to these institutions (EEA-Agreement), she has been involved in their respective work and assessments like any other member.

But, on the other hand, there was also a non-institutional group of initiatives, covering mostly the same topics and thus, operating in parallel. These were essentially the Group of Seven (G7; today G8) and, to some extent, the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). Very effectively, a new system of standard setting had been developed by a group of States and the enforcement of which was meant to be world wide. It must be seen as some parallel development to what has been described just before, a phenomenon that has been quite ignored in legal writing, although most of its single elements are actually well known and equally well described. Three examples that affected Liechtenstein will be mentioned in the following to illustrate this new development:

Firstly, the Financial Action Task Force's (FATF) measures against non cooperative countries and territories (NCCT): The FATF is an intergovernmental body, established by the G7 in 1989. The seat of its Secretariat is at the OECD in Paris. Today it has 33 member States. The development of standards in the fight against terrorist financing was also added to the FATF mission in 2001. The FATF works to generate the political will to bring about national legislative and regulatory reforms in the areas of money

41 See R. Sansonetti, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers* (Zurich, Schulthess, 1998), pp. 62-80; T. Bennett, *International Initiatives Affecting Financial Havens* (London, Tottel, 2001); M. Levin, *The Prospects for Offshore Financial Centres in Europe* (Brussels, Center for European Policy Studies, 2002); M. Breuer, *Die Bekämpfung der Geldwäsche im Völkerrecht, in der Europäischen Union und im Fürstentum Liechtenstein* (Vaduz, ex jure Verlag, 2003).

laundering and terrorist financing.⁴² In 1999, FATF intensified its fight against money laundering based on 40 recommendations by targeting the so called NCCTs. It defined the 25 conditions that were deemed as the criteria to show whether a country or territory was in compliance with its 40 recommendations. Liechtenstein was seen as being non compliant and put on a “black list”. After an intense process of amending its laws and practices, mainly with respect to money laundering and legal assistance, the “delisting” took place in 2001.⁴³

The second example is the Financial Stability Forum’s (FSF) categorisation of countries that pose risks to the financial system. The FSF was convened in April 1999 to promote international financial stability through information exchange and international cooperation in financial supervision and surveillance. It is lodged with the Bank of International Settlements (BIS), in Basel.⁴⁴ In 2000, it presented a report on Offshore Financial Centres (OFCs) which essentially said that, while attracting large volumes of financial activity, they often did not live up to international standards of supervision and information disclosure. Based on judgements and observations of banking supervisors,⁴⁵ Liechtenstein was seen as one of these OFCs and listed accordingly. No revision of this has ever taken place.

Thirdly, the OECD’s Forum on Tax Harmonisation takes measures against uncooperative countries,⁴⁶ a sub-committee of a sub-committee (on fiscal matters). The OECD set out criteria for analysing preferential regimes and identifying tax havens and to address harmful tax practices; the main focus being on improving transparency and exchange of information. It then sent out standard letters to the countries and territories identified containing a pre-formulated commitment, to be unconditionally signed by the head of government and returned within a short delay. Liechtenstein declared its general willingness to cooperate, but only on the basis of transparent proceedings, the rule of law and a level playing field.⁴⁷ This was not acceptable to OECD and Liechtenstein was placed on a respective black list for not applying or committing to the practice of sufficiently cooperating in the exchange of tax information. The issue is still pending.

42 See <http://www1.oecd.org/fatf/> or <http://www.fatf-gafi.org>.

43 See G. Baur, “Banking in an International and European Framework: The Case of Liechtenstein”, in: A. Bailes, I. Frommelt (eds.), *Business and Security* (Oxford, Oxford University Press, 2004), p. 104.

44 See <http://www.fsforum.org/home/home.html>.

45 See Levin, *supra* (note 41), p. 18.

46 See http://www.oecd.org/about/0,2337,en_2649_33745_1_1_1_1_1,00.html.

47 The notion of “level playing field” partly refers to the fairness in the proceeding, but also contains a fairness in business- and competition argument, see STEP and I.T.I.O., *Towards a Level Playing Field* (London, 2002), *passim*.

This is not the place to elaborate on the substance of these issues, neither to comment on their being justified or not.⁴⁸ It is the mechanism within international relations that is of interest here, because it seems to be of relevance to the question of further development of international law and the question of sovereignty in general. The examples mentioned above shall be used to shed some light on this.

B. Globalisation and the Interest of the International Community

Here again Globalisation is the origin of the development of international action groups. Since the fall of the Berlin-wall and expansion of international markets, issues of financial crime and security have increasingly become international ones. Not the least because organised crime was well globalised before those who fought it. Of course, where there is money, crime is often nearby – at all times. In connection with security we used to think of “simple” crimes: a bank robbery, hiding receipts of a fraud, we all remember e.g. the famous Ronnie Biggs who robbed a train in 1964. For decades, the U.K. was not in a position to obtain his extradition whilst he was openly displaying his stolen wealth in Brazil. Such crimes were seen as something national: even the question of what happened to monies stolen, blackmailed or produced in another manner by the Mafia was seen elsewhere as a mere problem of the Italians or the United States.⁴⁹ Instead of national interest, ethical standards and/or the common interest of the international community⁵⁰ are now being used as the reason for activities of international organisations and informal action groups. The difficulty lies in the question as to who defines what standards should apply and which is the common interest worthwhile protecting. Opinions on this are many and may not only be different with respect to political views, but could quite naturally also depend on their scope and geographical delimitation.

C. Action Groups

As there were no ideological issues and arguments to deal with anymore, no political blocks were opposing each other, the most powerful and influential

48 See, however, Prince Nikolaus von Liechtenstein, “Diplomatie und Aussenpolitik von Kleinstaaten”, in: E. Busek, W. Hummer (eds.), *Der Kleinstaat als Akteur in den internationalen Beziehungen* (Schaan, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, 2004), p. 196, who points at the domestic dimension of the problem.

49 See Baur, *supra* (note 43), p. 104.

50 See Paulus, *supra* (note 31), *passim*.

countries could sensibly solve problems together, which did not have a bearing on questions of human rights or Democracy. The G7/8 stands for this. With the aim to be more efficient, detailed policy-making, as standard-setting and assessment for instance, was increasingly handed over to closed “action groups” with no standing according to classic international law.⁵¹ The G7/8⁵² – which is itself a mere conference of the most effective economic powers – established working groups: the Financial Action Task Force and the Financial Stability Forum or the OECD’s Forum on Tax Harmonisation. They are on the one hand working as closed clubs – membership is by invitation only – but, on the other hand, they impose their rules on non-members. Their aim is to develop rules in a small club of like minded countries which they then want to see globally imposed. These action groups are often set up *ad hoc*. This has the following advantages: States can act quickly and group power with respect to a special issue. But they do not necessarily enter into a long term agreement that would bind them further than their national interests would lead them.⁵³

Commonly, these *ad hoc* action groups set up standards and, less commonly, foresee sanctions for those not compliant with them. Most interestingly, they foresee an application of both standards and sanctions upon non-members.

D. *Soft-law: Standards, Sanctions and Proceeding*

The instrument for implementing sanctions and proceedings is soft law.⁵⁴ There is, however, a proviso to be made with respect to the terminology: “soft law” is commonly used in an extremely indifferent way. As the case may be, the term is used for different phenomena as “something more than law without legal obligation”,⁵⁵ the *lex mercatoria* or merely political agreements.⁵⁶ As this is hardly the place to elaborate on this, the term shall,

51 With respect to FATF, see A. Wöss, *Geldwäscherei und Banken* (Wien, Bank Verlag, 1994), p. 22.

52 See <http://www.g8.fr/evian/english/home.html>.

53 See e.g. Heusel, *supra* (note 30), p. 310.

54 With respect to the term, see e.g. T. Cottier, “Die Rechtsnatur unverbindlicher Entwicklungspläne”, NF 103 I ZSR, 1984, p. 418; D. Thürer, “‘Soft Law’ – eine neue Form von Völkerrecht?” 104 I ZSR, 1985, pp. 431 et seq.; P. Nobel (ed.), *International Standards and the Law* (Berne, Staempfli, 2005) could not be considered anymore herein; D. Shelton (ed.), *The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (Oxford/New York, Oxford University Press, 2003), *passim*.

55 I. Seidl-Hohenveldern, “International Economic ‘Soft Law’”, *RCADI*, 1979–II, 163, p. 194.

56 Heusel, *supra* (note 30), p. 313.

for the moment being and notwithstanding what is being said hereinafter, be used in the sense of rules which, according to most authors, are created outside of the forms of Article 38 of the Statute of the ICJ and which are – at least traditionally – not seen as sources of international (public) law.⁵⁷ This shall, however, not imply that the rule of law would not apply *a priori*.

The aim of this kind of soft law is to establish standards for the respective scope. These are not technical standards but rather standards of good governance. They therefore tend to be of a political-ethical character. Mainly with respect to the international financial markets, there are many standards to ascertain the function of a truly globalised economy. Their main aim is to prevent distortions in the market, abuses and crime.⁵⁸

In their creation and with respect to whom they are applicable to, they overcome principles of international law, such as the rule of law, i.e. application and applicability on an equal footing, peer review, non discrimination and action on a level playing field, in short: equal treatment in general as well as transparent rules and procedures, are, *de facto*, not necessarily respected and in certain circumstances voluntarily disregarded. In this context, it cannot matter whether standards established by action groups are to be formally qualified as pertaining to “international law”. These standards, such as the FATF’s 40 recommendations, are meant to be binding upon anyone dealing within the world’s financial system.⁵⁹ Whether or not standards or any other result of soft law is to be qualified as “international law” is therefore quite irrelevant as long as it is given the same relevance *de facto*.

Another feature of this form of soft law is sanctions. These sanctions are being called “counter-measures” or “defensive measures”.⁶⁰ Hence the aim becomes evident for these action groups to have some founding in international public law by not giving them the character of *repressalia* but *retorsio*.⁶¹ The first being generally inadmissible under public international

57 A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3rd printing (Berlin, Duncker und Humblot, 1984), § 654; for an overview of the pre-1990 situation, see Heusel, *supra* (note 30).

58 For a good overview, see P. Nobel, *Swiss Finance Law and International Standards* (Berne/The Hague, Staempfli/Kluwer Law International, 2002), *passim*.

59 See FATF, “The Forty Recommendations of 20 June 2003” (revised); http://www1.oecd.org/fatf/pdf/40Recs-2003_en.pdf.

60 See FATF, “Report on Non-Cooperative Countries and Territories (NCCT)” of 14 February 2000; see http://www1.oecd.org/fatf/pdf/NCCT_en.pdf; “The OECD’s Project on Harmful Tax Practices”, The 2004 Progress Report, p. 14, see <http://www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf>. See generally, L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, (Genève, IUHEI, 1993), *passim*.

61 Repressive or reactive measure; see Heusel, *supra* (note 30), p. 307; Verdross, Simma, *supra* (note 57), §§ 1342 et seq., 1335.

law, whereas the second, even though constituting an unfriendly act, is perfectly admissible in order to have standards respected. Those that allegedly do not respect standards are being blamed and, following this slightly distorted logic, seen as setting an unfriendly act.⁶² No consideration is given to the fact that those blamed for allegedly disrespecting standards have never been included in their making nor have even been a party to respective agreements. The question may be raised, whether this does not constitute a violation of international law in itself. In this context the first step of sanctions, common to all three examples is an entry on a black list. Then, in the case of FATF, there is an increase in control mechanisms which are likely to lead to difficulties with respect to access to the financial market, i.e. cross border payments would be hampered. Finally, as a third step, a jurisdiction would be barred from the financial system. It goes without saying that it is not the action group itself that is to take the concrete measures, it is always the member States to such action groups which are to e.g. bar a country from access to the financial market.⁶³ Without entering into details, it is to be mentioned that in the case of Liechtenstein this would e.g. infringe rights, i.e. the access to the internal market for financial services, acquired through her accession to the European Economic Area (EEA), although, at the time FATF focused on Liechtenstein, her transposition of the Money Laundering Directive⁶⁴ had not been challenged within the institutional framework of the EEA by the European Communities, a member of FATF. Only *pro memoria* it should be recalled how complicated and problematic the mechanisms for sanctions are under “normal” international law, e.g. the UN sanctions according to Article 41 of the UN-charter⁶⁵ with the aim to list presumed terrorists.

There are two (sub-) features characterising the proceedings: First, a lack of transparency could be observed: The rules were neither known nor communicated beforehand. Furthermore, there were double standards for members and non-members. For example, the FATF made its assessment of the anti-money laundering structures in their member States through a system of peer review, non members were simply assessed from outside, giving them a rather *pro forma* opportunity to comment on the findings. Technically this was achieved by instituting a special category of “targets”, i.e. countries that, according to 25 unilaterally developed special criteria, had been

62 Heusel, *supra* (note 30), p. 307.

63 See FATF, “Report on Non-Cooperative Countries and Territories (NCCT)” of 14 February 2000, para. 50.

64 Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering (OJ L 166, 28/06/1991 pp. 77–83).

65 See Schaller, *supra* (note 32).

seen as “non-cooperative”, such as, in a first step, the Bahamas, the Cayman Islands, the Cook Islands, Dominica, Israel, Lebanon, Liechtenstein, the Marshall Islands, Nauru, Niue, Panama, the Philippines, Russia, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines, but not e.g. Monaco, Colombia, Jersey or Gibraltar to take some at random.⁶⁶ Hungary, Indonesia, Guatemala, Egypt or Ukraine, to name only the larger countries, followed in later exercises. This targeting of non compliant non members could *per se* be seen as a violation of the rule of law.⁶⁷ In comparison it is worthwhile considering that the CoE’s PC-R-EV (now: Moneyval), which, with respect to the issue admitted to FATF-meetings as a regional organisation, did the same exercise in the same period; but methodically based on principles of international law such as the rule of law and, procedurally, a peer review, i.e. the countries assessed were more credibly involved. As to the merits, the results did not differ essentially from FATF’s exercise. From the international law point of view the second method seems to be the better one: As international public law lacks an institutional overhead of generally binding laws which could legitimise actions of international bodies, procedural justice is the more important one to guarantee actual justice.⁶⁸

Second, the general rule for votes within such action groups normally is the “consensus principle” in a technical form, a procedure that also applies e.g. in the WTO’s Dispute Settlement Body (DSB).⁶⁹ Its application has the “advantage” that dissenters would have to openly oppose a proposal and argue against it which, politically, is often difficult.

Finally, there were some substantial faults at the root of these proceedings: It has already been said that the proceeding lacked transparency. This seems quite logical, as the action groups obviously had not finalised a proceeding themselves when they started blacklisting and thus partly did not know themselves, how the proceeding should be: E.g. in the case of the FATF, a possibility of review was not foreseen and only eventually introduced after the first blacklisting had taken place. It was those who were listed that brought up the problem. To the FATF’s credit, this issue has been recognised.⁷⁰ Not so in the case of the FSF: they had not foreseen any procedural follow up to their list, even if substantial changes had taken place.

66 “Report on Non-Cooperative Countries and Territories (NCCT)” of 14 February 2000; see http://www1.oecd.org/fatf/pdf/NCCT_en.pdf.

67 See Brownlie, *supra* (note 28), p. 214.

68 *Ibid.*; Heusel, *supra* (note 30), p. 22.

69 Art. 2 (4), footnote 1 of Annex 2 to the WTO Agreement: “The DSB shall be deemed to have decided by consensus on a matter submitted for its consideration, if no Member, present at the meeting of the DSB when the decision is taken, formally objects to the proposed decision.”

70 “FATF: Review to Identify NCCTs: Increasing the Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures” of 22 June 2001, p. 6, see http://www1.oecd.org/fatf/pdf/NCCT2001_en.pdf.

E. Influence upon the Individual

Finally, these rules and activities of whatever kind are, if not directly applicable, at least highly influential upon individuals. This is a major shift in international law which for decades was generally meant to be applicable only between States. These rules tend to, as is the intention of their authors, influence everyone's behaviour. This is – remarkably enough – mostly not due to any legal threat, but due to instruments such as “name and shame” and the fear from reputational risk and mere political pressure.⁷¹

5 OUTLOOK ON FURTHER DEVELOPMENT

Some of the elements discussed in this paper may have been in existence for some time. It is the combination of the elements as shown here and their political use which reveals a new side to international relations and the making of international rules. But how likely is this to develop with a view to the general system of public international law? Should it evolve as the new principle in international relations or be institutionalised as a hidden double layer to the “justicialized” and equal new world of international law, we might assist a phenomenon that threatens nothing less than sovereignty of most States as such.

A less foreboding view would suggest that, on the one hand, it is to be expected that these mechanisms will increasingly be used, as they prove to be very effective means of obtaining quick outcomes. A very problematic aspect of this still is that political agendas can easily infiltrate as there is little or no time for thorough deliberation and no mechanism to test them against the principles of international law.

On the other hand, many of these initiatives will eventually transform into international law as they continue to be accepted by a wider range of actors. This has happened in the EU where 14 member States sanctioned Austria by reducing political contacts to an absolute minimum after forming a government with members of the Freedom Party (FPÖ). This party was said not to sufficiently uphold “European democratic values”. However, these sanctions had some similarity with what had been described herein: besides the political issue these were at least questionable according to EC-law, as there was no real legal basis for these sanctions, and led to a reflection on Article 7 EU-Treaty: Now there is a mechanism which clearly sets out

71 See Baur, *supra* (note 43), p. 104.

the conditions for the application of such sanctions, the duty to involve the Member State to be sanctioned, as well as the judicial control by the ECJ.⁷² Another interesting example for this, in our context, is how the Unfair Tax Competition exercise of the OECD's Forum on Tax Harmonisation was transformed into a dialogue with the targeted Offshore Financial Centres (OFC), which eventually lead to more accepted rules and proceedings in international tax issues.⁷³ This was due to heavy protest from these OFCs, which argued that not even basic rules of international law had been respected. They also argued that the standards set were not applied equally to Member States corrupting the notion of the "level playing field."⁷⁴ Another form of "retransformation" occurred in the treatment of Financial Centres by the international community: The task was given to the IMF to establish a comprehensive rule of law-based methodology. Hence, IMF is now providing the procedural framework and executing assessments while using standards from the specialised organisations like FATF and others. OFCs are now treated according to the same principles. This has, in addition to the objective aspect of the rule of law, equal treatment, level playing field etc., the advantage of subjectively being acceptable to those submitted to such an exercise. Compliance with regulation or standards is generally achieved more effectively when it is based on acceptance.⁷⁵ Not in the least, Liechtenstein was such a case: The IMF's assessment of Liechtenstein in 2003 is probably the most complete recent report: it is based on objective criteria, followed a transparent procedure and the principle of equal treatment.⁷⁶

6 CONCLUSION

This paper contends that any State, even a very small State, has traditionally had its sovereignty respected within the context of the global community

72 See A. Hau, *Sanktionen und Vorfeldmassnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte* (Baden-Baden, Nomos, 2002), *passim*; E. Busek, M. Schauer (eds.), *Eine europäische Erregung*, (Wien, Böhlau, 2003), *passim*.

73 A set of proposals has been developed and these proposals were endorsed at a Global Forum meeting in Berlin, Germany, in June 2004. At this meeting representatives of 42 governments, both OECD and non-OECD, approved a joint report on how to achieve their common objective of a global level playing field based on high standards of transparency and effective exchange of information.

74 STEP and I.T.I.O, *Towards a Level Playing Field* (London, 2002), *passim*.

75 See J. Neyer, *Postnationale politische Herrschaft* (Baden-Baden, Nomos, 2004), p. 101.

76 International Monetary Fund (IMF), Liechtenstein: Assessment of the Supervision and Regulation of the Financial Sector, IMF Country Report 03/289, Vol. 1 and 2 (IMF: Washington, DC, Sep. 2003), <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2003/cr03289.pdf>.

and international organisations. It is then seen as an equal partner. Hence, there is no difference between small and large States from this point of view anymore. There is, however, a new development: Allegedly for the sake of efficiency, small action groups outside the known international law-based institutions are setting standards. They are setting standards according to the current political or economic interests of their member States. These interests could be perfectly worthy and may even be perceived as of common value to the international community. Finally, such standards are imposed on parties that either are not members or have not been involved in their making. Sanctions by the action groups of States are being justified as “counter-measures” against those that do not comply. Hence, although not using the instruments given by international law, their actions borrow the same terminology. There is, quite consequently, no judicial or even political control. In reality this represents a reliance on the old instruments of *realpolitik* – in the sense of “power politics” – instead of using those of progressive development of the rule of international law.⁷⁷ This new approach may jeopardize the recently acquired equality of States. Any State, except for a few being powerful enough, can be coerced by international action group politics. The question is: how does this new development correspond to principles of international law, to the rule of law and to a fair and transparent proceeding? Is it likely to become a standard of international relations that a few States develop and decide standards to be applied to the rest of the world? Will this, should it happen, lead to a definitive return to the situation where only the powerful, whether in arms or economically, either have a say or will not cooperate? The future of international relations does not seem to be as clear as many think. Some academic work might still be spent on this.

77 See e.g. A. Fischer-Lescano, “Redefining Sovereignty via International Constitutional Moments?”, in: M. Bothe, M.E. O’Connell, N. Ronzitti (eds.), *Redefining Sovereignty: The Use of Force after the Cold War* (Ardsley NY, Transnational Publishers, 2005), pp. 335-364.

THE PRIMACY OF INTERNATIONAL LAW OVER FORCE

*Antônio Augusto Cançado Trindade**

1 INTRODUCTION

It is with special satisfaction that I associate myself to this timely and just tribute to Professor Lucius Caflisch, a distinguished scholar of International Law, and a dear personal friend. As Judges of the two international tribunals of human rights, we have been in close contact over the recent years, sharing experiences and insights in successive joint annual meetings (in Strasbourg and San José of Costa Rica) between the delegations of our two respective international tribunals. Recently, we had the occasion to leave on record, in a joint paper, our converging views, from the two sides of the Atlantic, on a relevant question of international law.¹ Professor L. Caflisch has maintained longstanding ties of friendship with Latin American juridical circles, renewed in the sessions of the *Institut de Droit international*. As the subject of peaceful settlement of international disputes, in particular, has remained along the years close to his heart,² I am very pleased to contribute this paper to the present book of essays in his honour.

I would like to begin by recalling a recent episode. On the evening of 25 February 2003, in face of the announcement of a forthcoming armed attack against Iraq by a self-designated ‘coalition of States’, I convened a public ceremony at the headquarters of the Inter-American Court of Human

* Ph.D. (Cambridge) in International Law; Judge and Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Professor of International Law at the University of Brasilia, Brazil; Doctor *Honoris Causa* at distinct Universities in Latin America; Member of the *Institut de Droit international*.

1 See L. Caflisch, A.A. Cançado Trindade, “Les Conventions américaine et européenne des droits de l’homme et le droit international général”, 108 *RGDIP*, 2004, 5.

2 See L. Caflisch, “Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques”, 288 *RCADI*, 2001, 257-460.

Rights in San José of Costa Rica to reaffirm the long-standing belief of Latin American countries, deeply-rooted in their theory and practice of international law, in the primacy of international law over force. Ambassadors of several Latin American countries accredited in San José, accompanied by representatives of numerous international organizations and non-governmental organizations, were present.

The Court's room of public hearings was overcrowded. The Inter-American Court has subsequently published the proceedings of that memorable ceremony. In my address that evening, I saw it fit to point out that:

In this same room, yesterday, we witnessed a historical public hearing before the Inter-American Court. Amidst news of the imminence of a new war, amidst a renewed suicidal warlike frenzy, the Delegations of twelve Latin American countries appeared before this Court, as intervening States (Mexico, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica) or as observers (Uruguay, Paraguay, Dominican Republic, Brazil, Panama, Argentina and Peru), in advisory proceedings [on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*], thereby renewing their faith in Law. While in other latitudes there was and there is talk of the use of force, we here renew our faith in Law (in the headquarters of our Court in a country which has opted for not having an army).³

In other parts of the world, international lawyers likewise expressed their hope that international law would prevail, and that the armed attack would not take place,⁴ with all its negative consequences for the international legal order. Most regrettably it did, launched as it was clearly outside the framework of the U.N. Charter, in one of the most flagrant violations of international law in recent years. The upholding of the primacy of Law over force is, in fact, an ineluctable duty of every jurist, who cannot contribute with silence to the apparent attempts at deconstruction of international law in our

3 A.A. Cançado Trindade, "Los Aportes Latinoamericanos al Primado del Derecho sobre la Fuerza", in: A.A. Cançado Trindade, F. Vidal Ramírez (eds.), *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional* vol. 2 (San José of Costa Rica, IACHR, 2003), p. 39.

4 See, e.g., "Appel de juristes de droit international concernant le recours à la force contre l'Iraq", 36 *RBDI*, 2003, 266; "The Australian Section of the ICJ Questions the Proposed Attack on Iraq", *ibid.*, p. 286; "Statement by Japanese International Law Scholars on the Iraqi Issue", *ibid.* 293; "ICJ [International Commission of Jurists] Deplores Moves toward a War of Aggression on Iraq", *ibid.*, p. 297; declaratory resolution of the *Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (IHLADI), reviewed *infra* (note 66), and reproduced in: 16 *Anuario del IHLADI* – Madrid, 2003, 657. And, after the armed attack on Iraq, see, on the need to respect and ensure respect for International Humanitarian Law, the Declaration of Bruges, adopted by roll-call vote by the *Institut de Droit international*, reproduced in (Session de Bruges/2003-II) 70 *Annuaire de l'IDI*, 284.

days. It is a duty to be performed even more vigorously at a difficult moment of a world crisis such as the present one, reflecting a deep crisis of values, in which the international system itself is threatened with rupture by unwarranted use of force, outside the framework of the U.N. Charter.

2 THE CRYSTALLIZATION AND CONTINUING VALIDITY OF THE PRINCIPLE OF NON-USE OF FORCE

The principle of non-use of force, enshrined into Article 2(4) of the U.N. Charter, has been commonly regarded, in historical perspective, as one of the most important provisions of the U.N. Charter. Furthermore, it is nowadays generally recognized that States ought to settle any dispute peacefully (by the methods provided under Article 33 of the U.N. Charter) until the Security Council makes a determination under Article 39 of the Charter.⁵ In addition, the more lucid legal doctrine and the more learned commentaries of the U.N. Charter point out that the letter and spirit of its Article 51 (on self-defence) are opposed to the pretension of the so-called 'preventive self-defence', and definitively unauthorize it.⁶ Its own legislative history clearly indicates that Article 51 is subordinate to the fundamental principle of the general prohibition of the threat or use of force (Article 2(4) of the Charter), besides being subject to the control of the Security Council.⁷

It is important to recall, however succinctly, the long history behind the fundamental principle of the prohibition of threat or use of force, particularly in a moment so difficult for international law as the present one; of outburst of generalized violence all over the world, of unilateralism and of indiscriminate use of force, presenting a considerable challenge to all those who deposit their confidence in the law of nations (*droit des gens*). In fact, over a century ago, the first Hague Peace Conference (1899) ended with an

5 T.O. Elias, "Scope and Meaning of Article 2(4) of the United Nations Charter", in: B. Cheng, E.D. Brown (eds.), *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of G. Schwarzenberger on his 80th Birthday* (London, Stevens, 1988), pp. 70-74 and 77.

6 See, e.g., B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations – A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 1994), pp. 675-676; A. Cassese, "Article 51", in: J.P. Cot, A. Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article* (Paris/Bruxelles, Economica/Bruylant, 1985), pp. 770, 772-773, 777-778 and 788-789; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford, Clarendon Press, 1981 [reprint]), pp. 275-278; J. Zourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international* (Leiden/Genève, Sijthoff/Inst. H. Dunant, 1974), p. 106, and see also pp. 96-107; H. Kelsen, *Collective Security under International Law* (Union/New Jersey, 1954, Lawbook Exchange Ltd., 2001 [reprint]), pp. 60-61; C. Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.* (note 20), pp. 112-115 and 192-193.

7 H. Kelsen, *The Law of the United Nations* (London, Stevens, 1951), p. 792.

eloquent declaration, still recalled in our days, which retains its topicality, to the following effect:

The limitation of military expenses, which presently weigh heavy on the world, is much to be desired for the sake of both material and moral development of humankind.⁸

In the course of the League of Nations era, the 1928 General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, a precursor of the U.N. Charter on the matter at issue, became of almost universal application, playing a considerable role throughout that era,⁹ and remaining still in force. The prohibition of war by the Briand-Kellogg Pact promptly caused an impact on both theory and practice of international law. This was significant, as, before the Pact, ‘according to the prevailing positivist opinion, public international law was indifferent towards the State’s extra-legal decision to go to war’.¹⁰

The Briand-Kellogg Pact (which entered into force on 24.07.1929) and the subsequent international practice put an end to that indifference. Soon the Pact became the first worldwide prohibition of war,¹¹ having been ratified, within a few years, by the overwhelming majority of the States (63 of them);¹² in the inter-war period, no other Treaty had more States Parties than the Briand Kellogg Pact.¹³ In the years that followed its adoption, several States issued pronouncements of principle endorsing its terms, and some States even foresaw sanctions for acts which violated the Pact, in the ambit of their domestic law (constitutions and penal codes).

Thus, the cumulative effect of the Briand-Kellogg Pact of 1928, the Pact Saavedra Lamas of 1933, and the Stimson doctrine (of non-recognition of situations generated by force, of 1932), on the practice of international law, was of crystallizing a customary norm of condemnation of illegality of the use of armed force as instrument of national policy. The prohibition of war in international law had become *opinio juris communis*. Three decades after

8 See, G. Best, “The Restraint of War in Historical and Philosophical Perspective”, in: A.J.M. Delissen, G.J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of F. Kalshoven* (Dordrecht, Nijhoff, 1991), p. 19.

9 As recently recalled, it has been ratified or adhered to by 63 States, and before the second world war only 4 States were not bound by its provisions; cf. I. Brownlie, *op. cit.* (note 24), pp. 23 and 25.

10 B. Roscher, “The Renunciation of War as an Instrument of National Policy”, 4 *Journal of the History of International Law/Revue d’histoire du droit international*, 2002, 294.

11 Despite not having provided for a mechanism for the peaceful settlement of disputes.

12 Which avoided making reservations to it.

13 B. Roscher, *op. cit.* (note 10), 295 and 303, and 299.

the historical second Hague Peace Conference, the *principle of the non-use of force* found eloquent expression in the American continent, in the Declaration of Principles adopted by the Inter-American Conference of Lima of 1938, which proclaimed *inter alia* the illegality of recourse to force as an instrument of national or international policy. Seven years later, the Declaration adopted by the Inter-American Conference on Problems of War and Peace of 1945, in Mexico City, invoking the common good and recalling that the ultimate aim of the State was the realization of the human person in society, reaffirmed the principle of the juridical equality of States.¹⁴

Already at the time, the principle of non-use of force had transcended that regional ambit to reach the universal one, and assumed a much wider dimension, set forth as it was in Article 2(4) of the U.N. Charter. In fact, since the Conference of Havana of 1928, the principle of non-intervention (in inter-State relations) had become one of the basic pillars of international relations in the Latin-American vision; this evolving outlook had an influence in the prohibition – by means of the aforementioned Briand-Kellogg Pact (Pact of Paris) of the same year – of war as an instrument of national policy.¹⁵

The prohibition of war was, thus, in fact, formulated in Europe, where, notwithstanding, it regrettably kept on being practiced, with millions of persons murdered. The Latin-American countries, on their part, kept condemning intervention and the use of force (short of war), which often victimized them, to the point of successfully contributing to set forth the principles of non-intervention and non-use of force both in the 1945 U.N. Charter (Article 2(4)) and in the 1948 OAS Charter (Article 18).¹⁶ The adoption of Article 2(4) of the U.N. Charter was the culmination of a long and dense evolution, consolidating the prohibition of the threat or use of force, with historical roots in the first and second Hague Peace Conferences (1899 and 1907, respectively), almost a century ago.

Two decades after the adoption of the Briand-Kellogg Pact, the International Court of Justice (ICJ) in its Judgment in the *Corfu Channel* case (1949) endorsed the principle of non-use of force in clear and emphatic terms:

The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization,

14 J.C. Puig, *Les principes du droit international public américain* (Paris, Pedone, 1954), pp. 23-25.

15 J.-M. Yepes, "La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé", 32 *RCADI*, 1930, 744.

16 G. Arangio-Ruiz, *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff, 1979), pp. 118-120.

find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself.¹⁷

The 1987 Declaration on Enhancing the Effectiveness of the Principle of the Non-Use of Force (confirmed by a preamble of 21 paragraphs and an operative part with 33 paragraphs) restated the principle as set forth in the U.N. Charter and numerous other documents; referred to, and insisted on, disarmament; asserted the universal character of the principle (para. 10); and acknowledged the relations between the principle at issue and other principles of international law, such as those of peaceful settlement of disputes and of the duty of international cooperation.¹⁸ This Declaration was preceded not only by the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, but also by the Definition of Aggression, adopted in 1974 by the U.N. General Assembly.

The 1974 Definition, reflecting a minimum consensus on a matter surrounded by much discussion, limited itself to the use of armed force in inter-State relations, conferring upon the U.N. Security Council, the power to determine an act of aggression.¹⁹ Thus, in three significant Declarations, adopted by the U.N. General Assembly in a period of less than two decades, – the aforementioned 1970 Declaration on Principles of International Law, the 1974 Definition of Aggression, and the 1987 Declaration on the Non-Use of Force, – the General Assembly clearly expressed the prevailing view in the international community that the prohibition of the use of force or of forcible intervention was enunciated and generally understood in absolute terms.²⁰

The same understanding of the absolute prohibition of recourse to force has also manifested itself in successive resolutions of the U.N. General

17 *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)* Merits, *ICJ Reports 1949*, p. 35.

18 See, T. Treves, “La Déclaration des Nations Unies sur le renforcement de l’efficacité du principe du non-recours à la force”, 33 *AFDI*, 1987, 383, 388-390 and 396-398.

19 The Definition incorporated the principle of non-recognition of situations generated by aggression, and had the merit of securing the least, namely, the Security Council could no longer ignore an act of aggression alleged by certain States without opposition; moreover, despite its purely recommendatory character, the Definition provided standards for evaluation of the conduct of States, which, it was hoped, could in certain circumstances constitute a factor of inhibition of the use of force by States. See, J. Zourek, “Enfin une définition de l’agression”, 20 *AFDI*, 1974, 9.

20 C. Gray, *International Law and the Use of Force* (Oxford, University Press, 2000), pp. 5, 27-28 and 51.

Assembly, as well as the Final Act of the Conference of Security and Cooperation in Europe (Helsinki, 1975), and the Charter of Paris for a New Europe (of 21.11.1990). In this way, restatements of that fundamental principle of international law multiply along the years, through doctrine, case-law, and international practice, giving unequivocal testimony of its crystallization, continuing validity, and imperative character.

The ICJ itself, in the *Nicaragua v. United States* case (1986), reasserted the principle of the prohibition of the use of force as “being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law”.²¹ The principle at issue, furthermore, has served along the years as basis for the conclusion of numerous treaties and instruments in the domains of disarmament and of maintenance of international peace and security.²² The contemporary apologists of the use of force seem to make abstraction of one century of evolution of international law.

Half a century after the aforementioned *obiter dicta* of the ICJ in the *Corfu Channel* case, the Ministerial Declaration of 24 September 1999 of the Meeting of Foreign Ministers of the Group of 77, – as pertinently recalled by Ian Brownlie, – made a distinction between “humanitarian assistance” and other U.N. activities, and “rejected the so-called right of humanitarian intervention” as without foundation in the U.N. Charter or in international law (para. 69); this represented the view of 132 States, including 23 from Asia, 51 from Africa, 22 from Latin America and 13 from the Arab world.²³

Thus, in face of an episode such as that of the *invasion and occupation of Iraq* (2003), by a so-called self-appointed “coalition of States”, outside the framework of the U.N. Charter, one cannot give consent in the attempted deconstruction of this cardinal principle of international law, nor in the apparently purported destruction of the system of collective security of the Charter, essential to world peace. This system was erected upon the principles of the prohibition of the threat or use of force in inter-State relations and of the peaceful settlement of international disputes. These principles warn that any exception to the regular operation of such system ought to be restrictively interpreted.

21 *Nicaragua v. United States, Judgment of 27 June 1986, Merits, ICJ Reports 1986*, p. 100, para. 190; in this connection, the ICJ expressly referred to the 1970 Declaration on Principles, and to the 1975 Helsinki Final Act; see *ibid.*, at p. 100, paras. 188-189.

22 *Ibid.*, p. 84.

23 I. Brownlie, “‘International Law and the Use of Force by States’ Revisited”, 21 *AYBIL*, 2001, 21.

3 THE PRIMACY OF LAW OVER FORCE AS A CORNERSTONE OF CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

The contemporary heralds of militarism do not seem to take into account the enormous sacrifices of past generations. In the armed conflicts and despotisms of the XXth century, 86 million human beings were killed. This devastating panorama was formed amidst the inhumanity linked to technological advance, and in face of the omission of so many. In a historical moment like the present one, in which it regrettably appears trivial to speak of war again, there is pressing need to face the new threats to international peace and security *within the framework of the U.N. Charter*, and to insist on the realization of justice at the international level²⁴ as the best guarantee for peace.

The principle of the juridical equality of States, just as that of the equality before the Law, are antithetical to any schemes – ineluctably anarchical – of unilateralism or self-help, which aggravate factual inequalities inevitably privileging the great powers.²⁵ Only with the strengthening of the United Nations and other international organizations of universal character, with strict adherence to the general principles of international law (including that of juridical equality of States), can one contain and control the frenzy of unilateralism and self-help,²⁶ based usually on force rather than Law, and perpetuating inequalities and privileges rather than fostering equality and justice.

In fact, the somber recrudescence of the primitivism of indiscriminate use of force in the international scenario intensified more than half-a-decade ago, when, from 1998, one attempted to “justify” such use of force by means the invocation of an alleged “implicit authorization” of the U.N. Security Council; in the following year, one attempted to “explain” the use of force by means of an alleged “authorization *ex post facto*”, by the same Security Council (bombardments of Iraq, 1998, and of Kosovo, 1999, respectively). With that, one attempted to render “relative” one of the basic principles of the U.N. Charter that of the prohibition of threat or use of force, set forth in Article 2(4) of the U.N. Charter.

The unconvincing and frustrated attempts to widen the scope of Article 51 (on self-defence) of the U.N. Charter, so as to encompass an alleged and

24 See, A.A. Cançado Trindade, “Los Aportes Latinoamericanos al Derecho y a la Justicia Internacionales”, in: A.A. Cançado Trindade, A. Martínez Moreno (eds.), *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, vol. I (San José of Costa Rica, IACHR, 2003), pp. 33-64.

25 R.P. Anand, “Sovereign Equality of States in International Law”, 197 *RCADI*, 1986, 54, 58 and 107.

26 *Ibid.*, p. 164.

unsustainable “preventive self-defence”, have never succeeded to provide an answer to the objection in the sense that to admit it would be to open the doors to reprisals, to the generalized use of force, to aggression, amidst the most complete conceptual imprecision²⁷ and discretion (of the powerful), paving the way back to barbarism. Had the so-called “doctrine” of “preventive self-defence” been applied, for example, in the *Cuban missile crisis* (1961-1962), the world would possibly no longer exist, fatally victimized by the use of nuclear weapons by the two superpowers of the epoch.²⁸ In our days, with the alarming proliferation of weapons of mass destruction, the principle of the prohibition of the threat and use of force (Article 2(4)) of the U.N. Charter imposes itself even more forcefully,²⁹ disclosing a truly imperative character.³⁰

In fact, Article 2(4) prohibits both the use and the *threat* of armed force. Even well before the actual *invasion and occupation of Iraq* (March-April 2003), the massive displacement of foreign troops and the creation of a true stage of warfare in the region, without the express authorization of the U.N. Security Council to that effect,³¹ constituted *per se* a flagrant violation of the U.N. Charter, of the principles of International Law, and of the most elementary rules of international life. Nowadays, the institutional response to threats or breaches of peace or acts of aggression is found in chapter VII of the U.N. Charter, not in “preventive self-defence” (a privilege of the great powers), which is disruptive, aggravates disorder and anarchy in the international community.³²

Under the U.N. Charter there is no “anticipatory self-defence”, which only serves to challenge the general principles of international law that have

27 J. Delivannis, *La légitime défense en droit international public moderne* (Paris, LGDJ, 1971), pp. 50-53, and pp. 42, 56 and 73; L.D. San Martino, *Legítima Defensa Internacional* (Buenos Aires, Edit. Ciudad Argentina, 1998), pp. 30-31 and 40-42, and pp. 48-49.

28 In his thoughtful account of that crisis, A. Chayes disclosed that “preventive self-defence” was at a stage contemplated by some “realists” naturally supporting the unrestricted use of force, but was fortunately promptly discarded and sound reason at last prevailed, to the benefit of the then present, and succeeding, generations, ultimately to the benefit of humankind. See, A. Chayes, *The Cuban Missile Crisis* (Oxford, University Press, 1974), pp. 62-66.

29 G.I. Tunkin, *El Derecho y la Fuerza en el Sistema Internacional* (Mexico, UNAM, 1989), pp. 121, 151 and 155; and to the same effect, the warning – in face of the constant growth of human capacity of destruction – of Q. Wright, *A Study of War*, 2nd ed. (Chicago/London, University of Chicago Press, 1983 [Midway reprint]), pp. 404 and 372-373.

30 A.A. Cançado Trindade, “El Primado del Derecho sobre la Fuerza como Imperativo del *Jus Cogens*”, in *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, *op. cit.* (note 4), pp. 51-66.

31 Not even by operative paragraph 13, vague and generic, of its resolution 1441, of November 2002.

32 J.A. Pastor Ridruejo, “Ha Sido Legal el Uso de La Fuerza en Afganistán?” in: C. Ramón Chornet (ed.), *Los Retos Humanitarios del Siglo XXI* (Valencia, PUV/University of Valencia, 2004), pp. 105-106.

preserved international peace and security along the last six decades.³³ What is “anticipatory” is Law itself, rather than the use of force. “Preventive attacks” have no support in international practice either. When Israel, in an air attack, destroyed the nuclear reaction of Osirak in Irak in June 1981, alleging “preventive self-defence”, the U.N. General Assembly (resolution 36/271) considered the attack as an act of aggression, and neither the Security Council nor any State accepted the Israeli allegation as valid,³⁴ it was also condemned by the Security Council. When South Africa, during the era of *apartheid*, invoked an alleged right of “preventive action” to try to “justify” its armed intervention in Lesotho, the attack was likewise condemned by the Security Council as an “act of premeditated and unjustified aggression”.³⁵ These are but two, among other examples to the same effect.³⁶

As pertinently pointed out by Th. Christakis, if permissible self-defence (under the U.N. Charter) is governed by the principles of necessity and proportionality, how will the so-called “preventive” self-defence comply with the principle of proportionality if the armed attack has not occurred? This would mean that, a State victimized by an armed aggression would have its self-defence limited by the requisite of proportionality, while a State which invokes “preventive” self-defence would have no such limitation, other than its own subjective assessment of the situation, which would lead to a juridical absurdity.³⁷

“Preventive” self-defence is, not surprisingly, rejected by the overwhelming majority of States:³⁸ it would be open only to the great powers, undermining

33 L. Condorelli, “Vers une reconnaissance d’un droit d’ingérence à l’encontre des ‘États voyous?’”, in: K. Bannelier, O. Corten, Th. Christakis, P. Klein (eds.), *L’intervention en Irak et le droit international* (Paris, Pedone/CEDIN, 2004), pp. 51-52 and 56.

34 J.A. Pastor Ridruejo, “Ha Sido Legal el Uso de la Fuerza . . .”, *op. cit.* (note 33), p. 103.

35 Th. Christakis, “Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive?”, in: *op. cit.* (note 33), pp. 23-25.

36 The United States’ “preventive” attack with missiles on the plant Al-Shifa in Khartoum, Sudan (in 1998), was surrounded by criticisms of the international community; and the so-called “six-day-war” launched “preventively” by Israel (1967), was likewise criticized by several States, and was never corroborated by either the U.N. General Assembly or the Security Council; *ibid.*, pp. 24-25 and 27.

37 Th. Christakis, *op. cit.* (note 35), pp. 20-21; not surprisingly, there are no UN resolutions endorsing “preventive” self-defence, and all regional treaties on security (from 1935 to date) condition self-defence to a prior armed attack (*ibid.*, pp. 22-23).

38 On the failed attempts by the United States and the United Kingdom to obtain support in the UN for the projected armed intervention in Iraq that they were to lead, and on the opposition of numerous non-aligned countries to their “unilateral measures” (in the period from October 2002 to March 2003), see, F. Nguyen-Rouault, “L’intervention armée en Irak et son occupation au regard du Droit international”, 108 *RGDIP*, 2003, 835; O. Corten, “Opération ‘Iraqi Freedom’ . . .”, *op. cit.* (note 59), p. 205.

the principle of the juridical equality of States,³⁹ sinking the world in anarchical self-help, aggravating the effects of factual disparities of power in the international scenario. What is needed, quite on the contrary, is “a universal normative order”.⁴⁰ Article 51 of the U.N. Charter, as consistently interpreted and applied to date, has not been “amended” by the practice of power-holders or self-helpers, and it is the U.N. Security Council that regulates the use of force in the international system, in accordance with the relevant provisions of the U.N. Charter.

The current attempted return, by the contemporary apologists of the use of force, to “preventive wars”, is unwarranted and retrograde, a dangerous threat to the achievements of International Law in a century of evolution (from the two Hague Peace Conferences, of 1899 and 1907, until the present). The much-needed and much-protracted reforms of the U.N. Charter appear nowadays necessary and urgent, in order to strengthen the United Nations’ system of collective security, so as to enable the U.N. to secure respect for the principles and purposes set forth in Articles 1 and 2 of its Charter.⁴¹

Nothing in International Law authorizes a State, or a group of States, to launch *sponte sua* an international armed conflict (such as the one led by the United States and the United Kingdom in invading and occupying Iraq in 2003), outside the framework of the U.N. Charter, under the pretext of dismantling arsenals of weapons of mass destruction, while ironically they themselves possessed some of the major arsenals of weapons of mass destruction in the world. To that end, there are multilateral mechanisms of control and prohibition, created by international conventions, which are to be applied and strengthened, towards world disarmament. And for the necessary struggle against terrorism, there are nowadays twelve international conventions at the universal level (adopted within the U.N. system), added to eight others at regional level, that are to be applied and duly complied

39 J.A. Pastor Ridruejo, “Ha Sido Legal el Uso de la Fuerza . . .”, *op. cit.* (note 32), p. 105.

40 J. Castañeda, *Obras Completas, Naciones Unidas*, vol. I, (México D.F., Colegio de México/ Secretaría de Relaciones Exteriores, 1995), p. 522. It may be recalled that the codification of international law, in the light of its principles, was undertaken largely in the belief that it should be endowed with a universal character. See, G. Guerrero, *La Codificación du droit international* (Paris, Pédone, 1930), pp. 182 and 175, and also pp. 9-10, 13, 24, 27 and 150; A. Álvarez, *Exposé des motifs et Déclaration des grands principes du droit international moderne* (Paris, Éd. Internationales, 1938), pp. 8-9, 16-21 and 51; A. Álvarez, *Le Droit international de l’avenir* (Washington, Institut Américain de Droit International, 1916), pp. 7-8, 26, 71, 114, 134-136 and 146-149; R. Fernandes, *A Sociedade das Nações* (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1925), pp. 5-6, 9 and 26.

41 O. Corten, *Le retour des guerres préventives: le droit international menacé*, (Bruxelles, Ed. Labor, 2003), pp. 42-44, 56 and 80.

with. There are, moreover, the enforcement measures foreseen under chapter VII of the U.N. Charter, to face threats to international peace and security, to be applied by a strengthened United Nations.

4 THE DECIVILIZING EFFECTS OF UNWARRANTED USE OF FORCE

On quite a different level, the dangerous fantasy of the “preventive” armed attacks is destructive not only of the whole structure of the organized international community, but also of the values that inspire it. If, in the domestic legal order, society precedes law, then at the international level – as it has rightly been pondered, – precisely the opposite occurs: it is international law which precedes international society, and this latter cannot even be conceived or exist without the former.⁴² It is the law that is preventive or anticipatory, and not force, in the form of armed attacks, aggressions, unilateral interventions, and terrorist acts, which violate it openly. The dangerous escalade of violence at the beginning of the XXIst century has highly destructive effects and can only be contained by means of the faithful compliance with Law. The apologists of the use of force, in a truly irresponsible attitude, seem to forget the sufferings of previous generations and the lessons of the not too distant past in time; for them, the ends justify the means.

It may be recalled that already the ancient Greeks were aware of the devastating effects of the use of indiscriminate force and of war over both winners and losers, revealing the great evil of the substitution of the ends by the means: since the times of the *Illiad* of Homer until today, all the “belligerents” are transformed in means, in things, in the senseless struggle for power, incapable even to “subject their actions to their thoughts”. As Simone Weil so perspicaciously once observed, the terms “oppressors and oppressed” almost lose meaning, in face of the impotence of everyone in front of the machine of war, converted into a machine of destruction of the spirit and of fabrication of the in conscience.⁴³ As in the *Illiad* of Homer, there are no winners and losers, all are taken by force, possessed by war, degraded by brutalities and massacres.⁴⁴

42 B. Boutros-Ghali, “Le droit international à la recherche de ses valeurs: paix, développement, démocratisation”, 286 *RCADI*, 2000, 20, 18 and 30, and p. 37.

43 S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social* (Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995), pp. 81-82, 84 and 130-131.

44 S. Weil, “L’*Iliade* ou le Poème de la Guerre (1940-1941)”, in: *Oeuvres* (Paris, Quarto Gallimard, 1999), pp. 527-552.

Nothing in the U.N. Charter transfers to one or more of its member States the power to decide unilaterally, as was done in the *invasion and occupation of Iraq* in March-April of 2003, that the peaceful means of settlement of international disputes were “exhausted”, and further nothing in the U.N. Charter authorizes one or more of its member States to decide *motu proprio* and pursuant to their own criteria (or lack of them) and strategies as to the use of armed force. Those who proceed in this way, besides violating the U.N. Charter, with the aggravating circumstance of the latter being endowed with the vocation of constitution of the organized international community, and the basic principles of International Law, have engaged their international responsibility. In sum, no State is allowed to place itself above the Law.

The armed attack on Iraq is, and will keep on, having profound *decivilizing* effects, launched as it was unilaterally, outside the framework of the U.N. Charter, subverting elementary principles of International Law, among which those of the prohibition of the threat or use of force in inter-State relations, of the peaceful settlement of international disputes, and of the juridical equality of States. What, then, in contemporary terms, do the terms “civilized nations”⁴⁵ mean, devoid of the colonialist connotation of the past? “Civilized nations” are none other than those which respect International Law.⁴⁶

There is no point in facing the symptoms without inquiring into the sources of the problems which nowadays afflict humankind, including those which threaten international peace and security. One is here thinking of a *necessary* (rather than voluntary) international legal order to face such problems as from their sources, which practices multilateralism on the basis of the principle of juridical equality of States, and which acknowledges the contribution of international organizations to the construction of a legal order of a more egalitarian international community, with more justice and solidarity.⁴⁷

In the recent episode of the *invasion and occupation of Iraq* (2003), and the ongoing hostilities in the occupied country, the majority of victims – like those of terrorism in different parts of the world, – have invariably been innocent and unprotected civilians (including children), a situation portrayed

45 Coined in Art. 38(1)(c) of the ICJ Statute.

46 This associates the expression to an international legal order of a universal dimension, which seeks justice and peace and discards unwarranted recourse to force; J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2nd ed. (Madrid, Tecnos, 2001), p. 180.

47 A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 3rd ed. (Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2003), pp. 721-747.

by some “strategists” (and part of the media) as “collateral damages”, an euphemism with which they seek to avoid listening to the voice of conscience, and which reflects in an unequivocal way the deep crisis of values in the world in which we live. This heralds of a new Peloponnesian war of the XXIst century, like those of their predecessors over the centuries, have had their decisions vested with empty words and false rhetoric, seeking thereby a hiding place in the recondite labyrinths of their own irresponsibility (and impunity).

What does one witness after all? Devastation, revenge, violations of International Humanitarian Law⁴⁸ and International Human Rights Law,⁴⁹ the practice of torture and other abuses against prisoners, opening wounds and leaving scars that will take generations to heal. It has been timely remarked, in relation to some of the armed conflicts we witness nowadays, that:

The repressive methods used by Israel against the Palestinians, the destabilization of Iraq after the American intervention, including the emergence of a new terrorist resistance, the more than uncertain stabilization of Afghanistan, the inability of Russia to bring peace to Chechnya by the use of force, none of these events is a success story.⁵⁰

In the same line of concern it was pertinently warned by Jean Pictet, four decades ago, in an almost premonitory tone, that:

it would be a disastrously retrograde step for humanity to try to fight terrorism with its own weapons.⁵¹

48 See, J. Cardona Lloréns, “Libération ou occupation? Les droits et devoirs de l’État vainqueur”, in: *op. cit.* (note 33), pp. 221-250; G. Abi-Saab, “Les Protocoles additionnels, 25 ans après”, in: J.F. Flauss (ed.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire* (Bruxelles, Bruylant, 2003), pp. 33-36; Y. Sandoz, “L’applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes”, in: *ibid.*, pp. 71-72.

49 In its Judgment of 8 July 2004, in the case of the *Brothers Gómez Paquiyauri v. Peru*, e.g., the IACHR pondered that “the prohibition of torture is absolute and non-derogable, even in the most difficult circumstances, such as war, threat of war, ‘fight against terrorism’ and any other delicts (. . .)”; there is nowadays “an international juridical regime of absolute prohibition of all forms of torture (. . .) which belongs (. . .) to the domain of international *jus cogens*” (paras. 111-112).

50 M. Bothe, “The International Community and Terrorism”, in: SFDI, *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales/New Threats to International Peace and Security* (Paris, Pedone, 2004), pp. 59-60.

51 J. Pictet, *The Principles of International Humanitarian Law*, 1st ed. (Geneva, ICRC, 1966), p. 36.

Force only generates force, and one cannot pretend to create a new “international order” on the basis of unilateralism and unwarranted use of force, over the corpses of thousands of innocent victims (victimized by all kinds of terrorism, perpetrated by non-State entities as well as sponsored by States themselves), destined, amidst indifference, to oblivion. The projection in time of the cardinal principle of the prohibition of the threat or use of force cannot be overlooked. In fact, nothing in International Law authorizes a State or group of States to proclaim themselves defenders of “civilization”, – and those which pretend to take such a course of action, making recourse to the indiscriminate use of force, outside the framework of the U.N. Charter, do so in the opposite sense to the purpose professed.

More than half a century ago (in 1950), the learned historian Arnold Toynbee warned that the growing expenditures with militarism would fatally lead to the “ruin of civilizations”;⁵² thus, the improvement of military technique was, to him, symptomatic of the “decline of a civilization”.⁵³ Another remarkable writer of the XXth century, Stefan Zweig, in referring to the “old savagery of war”, likewise warned against the *décalage* between technical progress and moral ascent, in the face of “a catastrophe which with one sole blow made us move backwards a thousand years in our humanitarian endeavours”.⁵⁴

Nowadays, in the United Nations era, it is incumbent upon the U.N. to regulate, in the light of the provisions of its Charter, the use of force, as is there no delegation whatsoever to any State or any self-appointed “coalition of States” in that respect. The horrors of past conflicts in the XXth century; the two world wars and successive atrocities victimizing millions of human beings should be kept in mind, in particular by the contemporary apologists of recourse to force. It is not the function of international lawyers to seek “solutions” for threats to international peace and security through the use of force: this is a distortion of the legal profession, as such solutions are to be found within the domain of Law.

52 A. Toynbee, *Guerra e Civilização*, reed. (Lisbon, Edit. Presença, 1963), pp. 20 and 29.

53 *Ibid.*, pp. 178-179. And see J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence* (Paris, Fallois, 2000), pp. 18-19 and 129-130.

54 S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, reed. (Rio de Janeiro, Ed. Record, 1999), p. 19, and pp. 160, 474 and 483.

5 FINAL OBSERVATIONS: THE PRIMACY OF LAW OVER FORCE AS AN
IMPERATIVE OF *JUS COGENS*

In fact, from the thinking of the founding fathers of the law of nations to our days, an idea of justice underlies international law. Those who have regarded the legal norms as a means for the realization of justice have insisted on the primacy of law over force. As recalled by E. Jiménez de Aréchaga, except for the hypothesis of self-defence in the terms of the U.N. Charter and of an enforcement measure ordered or duly authorized likewise by an international organization such as the United Nations, the use of force constitutes a delict.⁵⁵ The U.N. International Law Commission itself endorsed (in 1966) the understanding that the prohibition by the U.N. Charter of the use of force has the character of *jus cogens*, and expressed (in 1978) the view that a violation of the prohibition of aggression can result in an international crime.⁵⁶

It is in difficult moments of world crisis such as the current one, that one ought to, with all the more reason, reassert and preserve the foundations and principles of international law. Nowadays, the sombre worsening of the primitivism of the indiscriminate use of force in the international scenario that has aggravated since 1998, with the attempt to “justify” such use of force by means of the invocation of an alleged “implicit authorization” of the U.N. Security Council; the following year, an attempt was made to “explain” the use of force by means of an alleged “authorization *ex post facto*”, by the same Security Council (bombardments of Iraq, 1998, and of Kosovo, 1999, respectively). Such initiatives, on the basis of allegations by no means persuasive, appear to try – in vain – to render somewhat “relative” one of the basic principles of the U.N. Charter; that of the prohibition of the threat or use of force, set forth in Article 2(4) of the Charter.

Such “implicit authorization” and “authorization *ex post facto*” of the use of force are manifest distortions of chapter VII of the U.N. Charter.⁵⁷

55 E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo* (Madrid, Tecnos, 1980), pp. 116-117. He characterized the prohibition of the threat or use of force as a pillar of the peaceful relations among States, and as a guiding principle of international law itself; E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, 159 *RCADI*, 1978, 87 and 111-113.

56 M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones . . .*, *op. cit.* (note 69), p. 177.

57 See, e.g., Ph. Weckel, “L’emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée”, 104 *RGDIP*, 2000, 19-36; M. Sahovic, “Le droit international et la crise en ex-Yougoslavie”, 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* – Castellón/Spain, 1999, 417-418; J.M. Ortega Terol, *La Intervención de la OTAN en Yugoslavia* (Oviedo, Septem Ed., 2001), pp. 19-21 and 39-40; D. Momtaz, “‘L’intervention d’humanité’ de l’OTAN au Kosovo

In the operation of the system of collective security, there is a presumption in favour of peaceful settlement, and eventual exceptions to that are to be restrictively interpreted, as that system was built upon the principles of non-use of force and peaceful settlement of disputes.⁵⁸ This appears, moreover, as the only way to secure a “minimum of international cohesion” in face of the challenges currently facing the international legal order.⁵⁹

In the past decades, one has witnessed a true conversion of the traditional and surpassed *jus ad bellum* into the *jus contra bellum* of our days, this being one of the most significant transformations of the contemporary international legal order.⁶⁰ For a long time already, it has been contended that, even eventual recourse to force by States, on given occasions, has never affected the primacy of the *jus cogens* provision of Article 2(4) of the U.N. Charter.⁶¹ Law has an objective validity, which resists the violation of its norms. It is inadmissible to try to equate Law with force, which would moreover reflect a mental vice consisting in not distinguishing the world of *Sein* from that of *Sollen*.⁶² Law stands above force.

One cannot pretend to erect a new “international order” on the basis of the use of force,⁶³ while the fundamental principle applicable in that order, along almost a century of evolution of International Law, is precisely to the opposite effect, namely, the principle of non-use of force. Moreover, one cannot expect an illicit act or practice to generate legal effects (*ex injuria jus non oritur*):⁶⁴ Law prevails over force. The violation of a basic principle

et la règle du non-recours à la force”, 82 *IRRC*, No. 837, 2000, 89-101; P. Kovács, “Intervention armée des forces de l’OTAN au Kosovo – Fondement de l’obligation de respecter le droit international humanitaire”, 82 *IRRC*, No. 837, 2000, 122 and 127-128, and pp. 119-120 and 124.

58 L.A. Sicilianos, “L’autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force: une tentative d’évaluation”, 106 *RGDIP*, 2002, 7, 39-40 and 42-43; and also O. Corten, “Opération *Iraqi Freedom*: peut-on admettre l’argument de l’autorisation implicite’ du Conseil de Sécurité?” 36 *RBDI*, 2003, 218.

59 L.A. Sicilianos, *op. cit.* (note 58), p. 47.

60 M.C. Márquez Carrasco, *Problemas Actuales sobre la Prohibición del Recurso a la Fuerza en Derecho Internacional* (Madrid, Tecnos, 1998), p. 263.

61 See e.g., T.O. Elias, *op. cit.* (note 5), p. 84; A.A. Cançado Trindade, “El Primado del Derecho sobre la Fuerza como Imperativo del *Jus Cogens*”, in: *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, *op. cit.* (note 3), 51-66.

62 A. Truyol y Serra, *Fundamentos del Derecho Internacional Público*, 4th ed. (Madrid, Tecnos, 1977), pp. 47 and 56-57.

63 [Various Authors.] *La pratique et le droit international* (Colloque de Genève 2003) (Paris, Pédone/SFDI, 2004), pp. 116 and 120. It may well be, as pointed out in this Colloquy, that “persistent objectors” of yesterday have become “persistent violators” of today; *ibid.*, pp. 120, 233 and 300-301.

64 Likewise, repeated violations of international human rights law and international humanitarian law have not altered these latter; on the contrary, they have promptly reacted to such

of international law does not generate a “new practice”, but rather engages the international responsibility of the wrongdoers.

Every true jusinternationalist has the ineluctable duty to stand against the apology of the use of force, which is manifested in our days through distinct “doctrinal” elaborations. One attempts, e.g., to widen the scope of Article 51 of the U.N. Charter so as to encompass an unsustainable “preventive self-defence”. One advocates recourse to “countermeasures” (a term reminiscent of the old practices of reprisals and retaliation), outside the framework of the truly central chapter of international law, that of the international responsibility of States. One invokes uncritically “humanitarian intervention or *ingérence*”, instead of vindicating the right of the affected populations to humanitarian assistance. One has invented the notion of “persistent objector”, instead of focusing attention on the needed construction of an *opinio juris communis*. One has even attempted to issue a death certificate on Article 2(4) of the U.N. Charter, without foreseeing its harmful consequences for humankind as a whole. One could, in fact, compile a whole glossary of neologisms, empty of any juridical meaning and bearing a potential of disastrous consequences for the international legal order. This reflects the dangerous world in which we live, engulfed in a profound crisis of values.

The common denominator of all these new “doctrines” is their minimization or undervaluing of the foundations of international law, besides the emphasis on the primitivism of the indiscriminate use of force. In this respect, the XXII Congress of the Hispano-Luso-American Institute of International Law (IHLADI), held in San Salvador, El Salvador, adopted a declaration, approved by ample majority on 13 September 2002, which dismissed categorically the “doctrine” of the so-called “preventive self-defence”. In the preambular part, the declaration of the IHLADI expressed its preoccupation with the “marked tendency of certain States which place particular interests before the superior interests of the international community”, affected as a whole by facts such as terrorism, a “very grave violation of human rights”; moreover, it manifested its preoccupation also by the “announced adoption of unilateral conducts which debilitate institutions already consolidated in international law and which are guarantee of peace and security”.

In its operative part, the aforementioned declaration warned that the U.N. Charter, customary international law and the general principles of law “constituted the legal framework to which the exercise of the right of self-defence ought necessarily to adjust itself”; it must, furthermore, fully observe, in any circumstances, the norms and the principles of International Humanitarian Law. The declaration of IHLADI next expressed its “categorical rejection” of the so-called “preventive self-defence”, even as a means to “combat ter-

rorism”; and manifested, at last, its equal repudiation to international terrorism, which ought to be “severely punished”, in the “framework of Law”, by “all the States of the international community”.⁶⁵ It is known that, for the necessary struggle against terrorism, within the Law, there are twelve international conventions today, which are to be applied and duly complied with.

At the present moment of world crisis, – a true crisis of values, – of sombre and worrisome rupture of the international system of collective security, there is pressing need to reassert the primacy of International Law over brute force,⁶⁶ as an imperative of *jus cogens*. There is a pressing need, in opposition to the militarism and the unilateralism which despise world public opinion, to rescue the principles, foundations and institutions of international law, wherein are found the elements to detain and combat terrorism, violence and the arbitrary use of power, – faithfully abiding by the Law. “Preventive” armed attacks and indefinite “countermeasures” do not find any support whatsoever in International Law; on the contrary, they openly violate it. They are spurious “doctrines”, which show the way back to the law of the jungle,⁶⁷ besides multiplying their defenceless, silent and innocent victims in different parts of the world.

The most lucid international legal doctrine has characterized the principle of the prohibition of the threat and use of force as belonging to the domain of *jus cogens*,⁶⁸ and has added that violations of this principle do not weaken its imperative character.⁶⁹ The “condemnation of the use of

violations and have strengthened, rather than weakened; cf. *ibid.*, pp. 300-301 (intervention by L. Condorelli).

65 Text of the declaration reproduced in: IHLADI, 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* – (Madrid, 2003), pp. 657-658.

66 The ICJ, stressing the role of *opinio juris* in the *Nicaragua v. United States* case (1986), effectively affirmed the fundamental character of the principle of the prohibition of the threat and use of force, recognized both in the U.N. Charter and in customary international law; *ICJ Reports 1986*, p. 97, para. 181.

67 See in this sense, in: A. Cassese, “Article 51”, in: J.P. Cot, A. Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article* (Paris/Bruxelles, Economica/Bruylant, 1985), p. 777.

68 R.St.J. Macdonald, “Reflections on the Charter of the United Nations”, in: J. Jekewitz, K.H. Klein, J.D. Kühne, H. Petersmann (eds.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung – Festschrift für Karl Josef Partsch* (Berlin, Duncker & Humblot, 1989), p. 45; R. Macdonald, “The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective”, 20 *AYBIL*, 1999, 215; and see, C. Lang, *L'affaire Nicaragua/États-Unis devant la Cour Internationale de Justice* (Paris, LGDJ, 1990), pp. 135 and 253 (in relation to international humanitarian law).

69 See, M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 12th ed. (Madrid, Tecnos, 2002), p. 177; and also E. Schwelb, “Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission”, 61 *AJIL*, 1967, 946-975.

force” has been qualified as the “most remarkable” feature of the U.N. Charter,⁷⁰ – representing, effectively, a notable advance in relation to the Covenant of the League of Nations. The function of the jusinternationalist, from the times of F. Vitoria and H. Grotius until the present, is not simply that of taking note of what States do, or what some particular States – the most powerful ones – do; his function is to identify and say what the Law is, the Law which derives its authority from certain principles of sound reasoning (*est dictatum rectae rationis*).⁷¹ Law, definitively, does not silence, not even when recourse is made to weapons either by States or non-State entities. Well above force stands the Law, just as above the will stands the conscience.

70 D. Uribe Vargas, *La Paz es una Trégua – Solución Pacífica de Conflictos Internacionales*, 3rd ed. (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999), p. 109.

71 A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, (Rio de Janeiro, Renovar, 2002), p. 1109.

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES RELATIONS
DIPLOMATIQUES DE LA SUISSE AVEC LE SAINT-SIÈGE :
DIPLOMATIE ET RELIGION AU SERVICE DU RÈGLEMENT
PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS BILATÉRAUX

*Jérôme Candrian**

Dans cette contribution, nous nous intéresserons à l'un des domaines de prédilection du Professeur Lucius Cafilisch, celui du règlement pacifique des différends, en l'appréciant sous l'angle particulier des relations diplomatiques de la Confédération suisse avec le Saint-Siège. A cet égard, si le Saint-Siège est juridiquement un Etat *atypique*, la Suisse est également singulière à bien des égards. Ces deux Etats ont d'ailleurs longtemps siégé comme observateurs aux Nations Unies. La Suisse a franchi le pas de son adhésion en 2002, mais elle reste partager avec le Saint-Siège le privilège rare d'être un Etat neutre. Ce statut n'a pas été sans influence sur leurs relations bilatérales, – et sur le règlement des conflits qui, au fil de l'histoire, sont venus les accompagner.

Nous voudrions commencer par présenter les deux interlocuteurs de ce dialogue, soit le Saint-Siège et la Suisse (1), puis esquisser quel est le statut du Saint-Siège en droit international (2), et quel le sens de sa neutralité au rapport de la neutralité de la Suisse (3). Nous aborderons ensuite la question de la représentation diplomatique de la Suisse auprès du Saint-Siège (4) et nous verrons comment l'affaire *Haas* a contribué à la faire évoluer (5). Nous pourrions alors conclure sur le constat que Diplomatie – interne et extérieure – et Religion sont ici inséparables (6).

* Avocat, licencié sp. en droit international et européen (Louvain), docteur en droit.

1 INTRODUCTION : DU PASSÉ AU PRÉSENT

La représentation diplomatique de la Suisse auprès du Saint-Siège demeure légèrement asymétrique, puisque si, à ce jour, un nonce représente le Pape Benoît XVI à Berne, l'ambassadeur de Suisse près le Saint-Siège ne réside pas à Rome, mais dans le pays européen auprès duquel il est principalement accrédité (actuellement à Prague). C'est l'histoire des rapports tissés entre la Suisse et la papauté qui explique cette situation particulière.

Le Saint-Siège, c'est-à-dire la papauté et le catholicisme romain, a vécu des années difficiles avec la Réforme ; puis avec la Révolution française et l'Empire napoléonien ; enfin, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, avec le *Kulturkampf* et l'unité italienne. Ces trois périodes historiques ont elles-mêmes été importantes pour la Suisse ; les guerres de religion ont façonné la Suisse de l'Ancien Régime ; la Révolution française a permis l'avènement d'une Suisse démocratique en 1798¹ ; et le XIX^e siècle a vu la constitution d'un Etat fédéral en 1848, à la suite de la défaite des cantons catholiques², puis sa consolidation en 1874 par la Suisse protestante.

Il est peu d'Etats qui, au XX^e siècle, ne sont pas, directement ou indirectement, entrés en conflit avec le Saint-Siège³. La Suisse n'a pas fait exception à la règle. Les relations entre la Suisse et le Saint-Siège présentent au surplus la particularité d'être fortement influencées par la politique intérieure, ce qui explique la tension latente qui les a longtemps caractérisées⁴.

2 LE SAINT-SIÈGE EN DROIT INTERNATIONAL : DU POUVOIR TEMPOREL AU POUVOIR SPIRITUEL

A. *La perte du pouvoir temporel*

A l'origine, les Etats de l'Eglise étaient la garantie de l'indépendance spirituelle de la papauté vis-à-vis des puissances temporelles⁵. Les deux souverainetés se superposaient. Il en résultait que la qualité de sujet du droit

1 Voy. J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Volume I (Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967), ch. 17-18, pp. 9-10.

2 *Ibid.*, ch. 72, pp. 34-35.

3 P. Levillain, « Introduction », in : *Actes du Colloque Nations et Saint-Siège au XX^e siècle* (Paris, 2000), p. 10.

4 C. Altermatt, « Protocole et politique intérieure. La question de la préséance du nonce et son retentissement politico-confessionnel (1920-1953) », *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 1984, p. 223.

5 Mgr I. Cardinale, *Le Saint-Siège et la diplomatie* (Paris, Desclée, 1962), p. 51.

international du Saint-Siège ne prêtait pas à discussion. Le Saint-Siège perdit sa qualité d'Etat en 1870, en perdant sa souveraineté temporelle avec la disparition des Etats de l'Eglise et l'annexion de Rome à l'Italie. Sa situation juridique avait été réglée unilatéralement par une loi interne italienne, la loi des Garanties du 13 mai 1871 « sur les prérogatives du Souverain Pontife et du Saint-Siège et sur les relations de l'Etat avec l'Eglise », qui traitait le Pape en Souverain, en particulier au vu des immunités qu'elle lui accordait, mais qui ne lui reconnaissait aucune souveraineté et consacrait la disparition de l'Etat du Saint-Siège⁶.

L'autorité spirituelle, qui était désormais la seule que pût exercer le Pape, se renforça après 1870 et, avec elle, la personnalité internationale qui était attachée au Saint-Siège. Le droit de légation et celui de conclure des traités internationaux ne cessèrent de se développer. Cette personnalité internationale était toutefois plus fragile, car dénuée de toute assise territoriale, et fut disputée en doctrine⁷. Cela étant, si le Saint-Siège a été écarté des grandes assises internationales, dont les Conférences de La Haye en 1899 et 1907 et la S.D.N. en 1919, cela fut moins en raison de son statut que du fait de ses relations tendues avec l'Italie.

B. *L'Etat de la Cité du Vatican. Quid juris ?*

Les Accords du Latran signés en 1929 avec l'Italie ont conféré au Saint-Siège un statut de droit international fondé sur une nouvelle souveraineté territoriale, et lui ont permis de développer son ministère universel⁸. Composés d'un traité, d'une convention financière et d'un concordat, ils ont reconnu la pleine souveraineté internationale au Saint-Siège, et ont consacré son indépendance en créant un nouvel Etat, l'*Etat de la Cité du Vatican*. A cet égard, la notion d'*Etat du Vatican* est essentiellement une fiction juridique. Selon les termes mêmes de Paul VI dans son discours du 4 octobre 1965 devant les Nations Unies, elle a un caractère *symbolique* ; elle repose sur l'ancienne conception que la souveraineté est territoriale, alors que la souveraineté du Saint-Siège est avant tout spirituelle, comme il résulte de l'article 2 du Traité du Latran.

6 J.-B. d'Onorio, « Le Saint-Siège et le droit international », in : *Le Saint-Siège dans les relations internationales* (Paris, Cerf/Cujas, 1989), pp. 13-15.

7 *Ibid.*, pp. 15-18.

8 H. Carrère d'Encausse, « Conclusions », in : *Actes du Colloque Nations et Saint-Siège au XX^e siècle*, Paris, 2000, p. 426 ; J.-B. d'Onorio, *op. cit.* (note 6), p. 22 ; voy. aussi pp. 32-35 ; Mgr I. Cardinale, *op. cit.* (note 5), p. 61.

Ainsi donc, la condition juridique de l'Etat du Vatican, qui a été contestée par la doctrine internationaliste⁹, n'importe pas réellement, d'autant qu'aucun Etat diplomatiquement lié au Saint-Siège n'a jamais contesté l'existence juridique de la Cité du Vatican¹⁰.

C. *Le Saint-Siège. Quid juris ?*

Le Traité du Latran n'a pas réellement modifié le statut juridique international du Saint-Siège¹¹. La souveraineté spirituelle reste la justification de la souveraineté internationale qui est reconnue au Pape et au Saint-Siège. Il s'agit de la position de la doctrine actuelle¹².

Le Saint-Siège est un sujet permanent du droit international général, c'est-à-dire au regard de tous les Etats, catholiques ou non catholiques : il est reconnu comme un sujet souverain « équiparé » aux Etats. Il est doté d'une personnalité juridique originaire, non dérivée, qui en fait, depuis des siècles, un acteur indiscuté de la scène internationale.

Le Saint-Siège et l'Etat du Vatican sont deux sujets distincts du droit international, quoiqu'ils soient interdépendants : ils sont soumis à la même autorité suprême du Pape « *qui exerce la souveraineté temporelle en tant que Chef suprême de l'Etat et la souveraineté spirituelle en tant que Chef suprême du Saint-Siège* »¹³. Le Saint-Siège a lui-même « *une seule personnalité juridique internationale mais à un double titre : en tant que gouvernement suprême de l'Eglise catholique et en tant qu'organe suprême de l'Etat du Vatican* »¹⁴. Il en résulte que le Pape peut intervenir dans la vie juridique internationale tant en vertu de sa souveraineté spirituelle sur l'Eglise, qu'en vertu de son pouvoir temporel recouvré.

D. *L'Eglise catholique. Quid juris ?*

Plus débattue est la question de savoir si la personnalité internationale est reconnue au Saint-Siège ou à l'Eglise catholique. Il est généralement admis que le Saint-Siège personnifie l'Eglise catholique, dont il est le gouvernement central et suprême, et que la personnalité spirituelle devrait être recon-

9 Voy. J.-B. d'Onorio, *op. cit.* (note 6), pp. 26 et suiv. ; H. Wagnon, « La personnalité du Saint-Siège en droit international. Les faits – les doctrines », *Studia diplomatica*, 1977, pp. 321-322.

10 J.-B. d'Onorio, *op. cit.* (note 6), p. 30.

11 H. Wagnon, *op. cit.* (note 9), p. 322 ; J.-B. d'Onorio, *op. cit.* (note 6), p. 29.

12 H. Wagnon, *op. cit.* (note 9), p. 335.

13 Mgr I. Cardinale, *op. cit.* (note 5), p. 64.

14 J.-B. d'Onorio, *op. cit.* (note 6), p. 32.

nue indifféremment au Saint-Siège et à l'Eglise catholique, voire que l'Eglise est le véritable sujet du droit international¹⁵. En d'autres termes, le Saint-Siège est l'autorité suprême de l'Eglise catholique, qui, à travers lui, est titulaire d'un véritable statut international¹⁶. Reconnaître l'un, c'est reconnaître nécessairement l'autre, bien que certains Etats qui, pour une raison de prestige ou d'intérêt politique, entretiennent des relations diplomatiques régulières avec le Saint-Siège, feignent d'ignorer l'Eglise¹⁷.

3 LES DEVOIRS DE LA NEUTRALITÉ AU REGARD DU POLITIQUE ET DU SPIRITUEL

A. *Neutralité papale*

Dans la chrétienté médiévale, le Pape était considéré comme le juge des princes, tant au temporel qu'au spirituel¹⁸. Le Pape a peu à peu perdu cette compétence arbitrale naturelle, – qui l'habilitait à rendre des décisions obligatoires selon le droit canonique, – suite à l'affirmation des nationalismes séculiers et à la Réforme. La diplomatie pontificale a pris le pas sur le droit canonique, la médiation et les bons offices sur l'arbitrage. Le rôle du Saint-Siège dans la diplomatie internationale a commencé à son tour à décliner après les traités de Westphalie (1648). Ce furent le Congrès de Vienne (1815) et la chute de Napoléon qui marquèrent une certaine renaissance du prestige de la diplomatie pontificale. Mais il a fallu la suppression des Etats de l'Eglise en 1870 pour faire apparaître le Pape comme une instance internationale entièrement dégagée des compétitions temporelles¹⁹. Les Accords du Latran de 1929 ont non seulement garanti solennellement la souveraineté et l'indépendance du Pape dans l'ordre international, mais ils ont aussi réaffirmé sa neutralité politique. L'article 24 du Traité du Latran de 1929 fait du Vatican « *un territoire neutre et inviolable* », et impose au Saint-Siège de demeurer étranger aux compétitions temporelles entre les Etats et aux réunions internationales convoquées pour cet objet ; le Saint-Siège ne peut sortir de sa réserve que si les parties en litige font appel à sa mission

15 H. Wagnon, *op. cit.* (note 9), pp. 340-342 ; Mgr I. Cardinale, *op. cit.* (note 5), p. 43 ; J.-B. d'Onorio, *op. cit.* (note 6), p. 19.

16 J.-B. d'Onorio, *op. cit.* (note 6), p. 12.

17 H. Wagnon, *op. cit.* (note 9), p. 341.

18 G. Apollis, « La médiation internationale du Pape Jean-Paul II dans l'affaire du canal de Beagle », in : *Le Saint-Siège dans les relations internationales* (Paris, Cerf/Cujas, 1989), pp. 326-327 ; Mgr I. Cardinale, *op. cit.* (note 5), p. 28.

19 G. Apollis, *op. cit.* (note 18), p. 331.

de paix ; sa puissance morale et spirituelle est toutefois réservée. Comme il a été relevé, « [c]ette disposition ménage donc la fonction pacificatrice des Papes, qui peuvent continuer, sur cette base, à intervenir comme arbitres ou médiateurs à la demande des parties litigantes »²⁰.

Cette politique de médiation avait été reprise avec intensité sous Benoît XV (1914-1922), dont le pontificat avait été placé sous le signe de la Grande Guerre de 1914-1918. Benoît XV proclama son horreur de la guerre et s'attacha à une politique de stricte neutralité, qui allait le conduire à accuser l'égoïsme de tous les peuples en guerre, en renvoyant dos à dos la « guerre juste » des Alliés et la « légitime défense » des Allemands. Cette politique de stricte neutralité entre les belligérants l'a fait échouer en 1917 à proposer la paix entre les Alliés et les Allemands, la France refusant même de répondre aux propositions de paix du Pape. Si cette politique a écarté le Saint-Siège de la Conférence de paix de Versailles, elle lui a permis, après la fin de la guerre, de renforcer sa position internationale. La France a ainsi renoué diplomatiquement avec le Pape en 1921, et l'Italie a réglé la *Question romaine* en 1929. La participation du Saint-Siège à la Conférence d'Helsinki en 1975, rendue possible grâce à l'*Ostpolitik* menée par Jean XXIII et Paul VI, a été l'illustration du renforcement progressif de ce statut international²¹. En effet, jamais depuis le Congrès de Vienne de 1815, le Saint-Siège n'avait participé de plein droit à une conférence internationale de nature politique²². L'on sait au demeurant que la Conférence d'Helsinki a permis aux Etats neutres, et en particulier à la Suisse²³, de mettre la neutralité au service de la diplomatie internationale.

La *neutralité politique* à laquelle le Saint-Siège s'est engagé, comme condition juridique permanente du pouvoir temporel pontifical²⁴, à l'article 24 du Traité du Latran, et qui lui impose de rester étranger aux compétitions temporelles entre les autres Etats, « ne saurait limiter l'intervention du Saint-Siège dans des affaires où seraient en jeu la mission de l'Eglise, les intérêts moraux et spirituels de ses fidèles ou encore, domaine plus large, les droits fondamentaux de la personne humaine »²⁵. Ni la mission de paix du Saint-Siège, ni son autorité spirituelle et morale ne peuvent être touchés

20 *Ibid.*, p. 337.

21 Voy. Père H. de Riedmatten, « Le catholicisme et le développement du droit international », 151 *RCADI* 1976-III, pp. 151 et suiv.

22 H. Carrère d'Encausse, *op. cit.* (note 8), p. 428.

23 Voy. C. Nünlist, « Skepsis gegenüber Aktivismus der Schweiz. Neue Perspektiven zur KSZE-Politik von 1972 bis 1975 », in : *Neue Zürcher Zeitung*, du 26 juillet 2005.

24 Mgr I. Cardinale, *op. cit.* (note 5), p. 75.

25 J.-B. d'Onorio, « Le Saint-Siège et le droit international », *op. cit.* (note 6), p. 26.

par sa neutralité politique²⁶. En d'autres termes, la souveraineté spirituelle dont bénéficie le Saint-Siège – et qui fait de lui un Etat *atypique*²⁷ – devrait lui interdire toute politique de neutralité lorsque la politique porte atteinte à « *la conscience morale de l'homme* », selon les termes du discours de Paul VI devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 4 octobre 1965. Car toute doctrine forte est étrangère au compromis diplomatique, en particulier lorsque la dignité de l'homme est en cause, comme cela fut le cas durant la Seconde Guerre mondiale²⁸.

B. Neutralité suisse

La politique de neutralité active qui a été celle de la Suisse après la Seconde Guerre mondiale l'a conduite à proposer ses bons offices à la résolution de conflits internationaux. C'est son statut juridique d'Etat neutre qui la convoquait à un tel rôle d'intermédiaire. Cela explique que, suite à la fin de la guerre froide, la politique de neutralité de la Suisse a essentiellement été tournée vers la défense des droits de l'homme. Mais cela explique aussi que, si la neutralité de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale a pu être critiquée d'un point de vue moral, elle répondait aux exigences de son statut juridique et à ses intérêts d'Etat isolé au sein d'un conflit armé. En d'autres termes, la situation et la responsabilité de la Suisse n'étaient pas celles de l'Eglise.

Pour lors, c'est bien leur statut de neutralité qui assigne traditionnellement et au Saint-Siège et à la Suisse un rôle de médiateurs des différends sur la scène internationale. A preuve l'affaire du canal de Beagle, qui, grâce à la médiation du Saint-Siège, s'est conclue par la signature, le 29 novembre 1984, d'un traité de paix et d'amitié entre l'Argentine et le Chili. Or ce traité intéresse aussi, du moins indirectement, la Suisse, et lui fait honneur. En effet, les dispositions conventionnelles relatives au règlement des différends prévoient que, si un différend ne peut être résolu ni par la négociation directe, ni par la conciliation d'une commission de trois membres, dont le troisième est désigné par le Saint-Siège en cas de désaccord entre les gouvernements sur sa désignation, l'une des parties peut recourir à l'arbitrage obligatoire: un tribunal de cinq membres est constitué, dont trois juges pourront être désignés par le Conseil fédéral suisse, à défaut d'accord entre les

26 Mgr I. Cardinale, *op. cit.* (note 5), pp. 76-77.

27 J.-C. Sauvage, « Les relations diplomatiques entre la France et le Saint-Siège sous la IV^e République », *Revue d'histoire diplomatique*, 1/2005, p. 43.

28 Voy. G. Apollis, *op. cit.* (note 18), p. 337 ; voy. aussi A. Camus, *Actuelles (Chroniques 1944-1948)*, « Combat, 26 décembre 1944 » (Paris, Gallimard, 1950), pp. 66-70.

parties pour les choisir. Comme il a été relevé, « *l'influence de la Suisse garantit un autre type d'impartialité que celle du Vatican, désormais trop impliqué dans le règlement conventionnel intervenu* »²⁹.

La Suisse a inscrit en 1993 la promotion des droits de l'homme comme l'un des objectifs principaux de sa politique étrangère³⁰. La crédibilité particulière de la Suisse en la matière tient à la fois à son passé d'Etat non colonisateur, à son absence d'intérêts politiques particuliers, et à l'adéquation de sa politique internationale et de sa politique interne au service des valeurs de la démocratie, de l'Etat de droit et des droits de l'homme. A cet égard, un « Etat éthique » peut être considéré comme celui qui a conscience de ses propres intérêts, qui entretient des rapports de confiance avec les autres Etats, qui veille au respect des droits de l'homme chez lui et qui, par suite, est légitime à veiller à leur respect chez autrui³¹.

4 LES RELATIONS DIPLOMATIQUES DE LA SUISSE AVEC LE SAINT-SIÈGE

A. *La Réforme en Suisse*

La Réforme s'impose en Suisse à partir de 1523, à Zurich³², et s'étendra rapidement en devenant un enjeu politique. Les cantons catholiques et les cantons protestants vont s'opposer farouchement afin de décider du sort de la Réforme dans les bailliages communs. La seconde paix de Kappel, en 1531, établit en Suisse le principe du *cujus regio, ejus religio*, qui va permettre à Berne d'imposer la religion réformée en Suisse romande. Quant aux cantons catholiques, ils ont réagi avec vigueur pour défendre leur position, dès avant l'ouverture du Concile de Trente par le Pape Paul III en 1545, – au point que la mise en œuvre des décrets du Concile de Trente, et donc de la Contre-Réforme catholique, ne s'est pas faite sans mal en Suisse. La Suisse catholique restait en effet méfiante à l'égard de la hiérarchie papale. Le Cardinal Charles Borromée, archevêque de Milan, qui reçut le titre de *Protector Helvetiae* par le Pape Pie IV (1559-1565), fut chargé de mettre en œuvre la Réforme catholique en Suisse. En 1570, il entreprit une

29 G. Apollis, *op. cit.* (note 18), p. 359.

30 Voy. J.A. Fanzun, « Die Grenzen der Solidarität. Menschenrechtspolitik zwischen Tradition und Isolation », in : *Neue Zürcher Zeitung*, du 19 avril 2005.

31 Voy. aussi M. Canto-Sperber, *Le Bien, la Guerre & la Terreur* (Paris, éd. Plon, 2005), pp. 118-119, à propos de la prétention morale des Etats-Unis et de la France.

32 *Histoire du christianisme en Suisse* (Genève/Fribourg, Labor et Fides/St-Paul, 1995), pp. 106-107.

tournée générale en Suisse, en compagnie de Francesco Bonomi, qui allait devenir le premier nonce apostolique auprès des cantons catholiques en 1579, avec siège à Lucerne³³.

B. *Les évêchés suisses*

Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la plupart des évêchés suisses étaient rattachés à un diocèse étranger. Cette situation va évoluer avec la création par Rome, au cours de la première moitié du XIX^e siècle, de l'évêché de Genève, Lausanne et Fribourg (1819), de l'évêché de Coire (1819) et de l'évêché de Bâle (1828)³⁴. En 1859, l'Assemblée fédérale prononça la déchéance de toute juridiction épiscopale étrangère sur territoire suisse. La suppression des suffragances s'est toutefois faite au bénéfice de l'immédiateté pontificale – ainsi, « *l'indépendance acquise envers certaines autorités ecclésiastiques étrangères s'est trouvée contrebalancée par une soumission plus directe à Rome et à son représentant, le nonce apostolique* »³⁵. Par ailleurs, les tensions restaient vives entre les cantons protestants et les cantons catholiques suite à la dissolution du *Sonderbund* (alliance séparée des cantons catholiques) par la Diète fédérale en 1847. Elles s'aiguïsèrent sous l'influence du *Kulturkampf* et des décisions du Pape Pie IX (1846-1878). Ce dernier énuméra dans son *Syllabus*, en 1864, quatre-vingt affirmations qu'il jugeait condamnables, dont celles de la laïcité de l'Etat et du droit ; et le Concile de Vatican I (1869-1870) proclama le dogme de l'infaillibilité du magistère hiérarchique du Pape, et sa primauté juridictionnelle sur les diocèses. Le conflit religieux atteint son paroxysme à Genève, en 1873, suite à la tentative avortée d'ériger un évêché catholique dans la « Rome protestante » avec la nomination du curé genevois Gaspard Mermillod en qualité de vicaire apostolique, sans le consentement des autorités cantonales. Cette tentative aboutit à l'expulsion de Mgr Mermillod par le Conseil fédéral le 17 février 1873, puis à la rupture des relations diplomatiques avec le Saint-Siège le 12 décembre 1873³⁶.

C. *Le Kulturkampf en Suisse*

A la même époque, les tentatives de révision totale de la Constitution fédérale de 1848 opposèrent les cantons progressistes protestants et les cantons

33 *Ibid.*, pp. 152-154.

34 *Ibid.*, pp. 205-206.

35 *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses* (Lausanne, Payot, 1986), p. 563.

36 *Ibid.*, p. 629.

conservateurs catholiques. C'est la Suisse protestante qui l'emporta en 1874 avec l'adoption d'une nouvelle Constitution fédérale (*aCst. féd.*), qui, en réaction à l'affaire *Mermillod*, soumit à autorisation préalable la création de nouveaux évêchés (art. 50, al. 4, *aCst. féd.*). L'article sur les évêchés alla compléter l'arsenal des dispositions spéciales dirigées contre l'Eglise catholique romaine, soit l'interdiction de l'ordre de Jésuites, instaurée en 1848 et renforcée en 1874 (art. 51 *aCst. féd.*), et l'interdiction de fonder de nouveaux ordres et couvents (art. 52 *aCst. féd.*)³⁷. La situation confessionnelle s'apaisa à partir des années 1880. Un premier conservateur fut élu au Conseil fédéral en 1891, ce qui permit à la minorité conservatrice catholique de devenir un parti politique gouvernemental³⁸. L'influence des catholiques sur la vie politique augmenta considérablement après la Première Guerre mondiale, comme l'illustre l'entrée en 1919 d'un second représentant du parti catholique conservateur au Conseil fédéral. Cela permit le rétablissement des relations diplomatiques avec le Saint-Siège le 18 juin 1920, sans pour autant que fût créée une représentation diplomatique auprès du Saint-Siège. Le 1^{er} septembre 1920, Mgr Maglione, qui était envoyé officieux à Berne depuis le 28 février 1918, fut nommé nonce en Suisse³⁹.

D. *Le rôle du nonce apostolique : les principes*

A cet égard, il convient de rappeler que le nonce apostolique⁴⁰ est un agent diplomatique d'un genre particulier, puisqu'il revêt une double fonction: d'une part, il est le représentant du Pape auprès de l'Eglise catholique locale ; d'autre part, il est le représentant diplomatique du Saint-Siège auprès de son Etat de résidence (canon 362 du Code de droit canonique). Au premier titre, le nonce défend les intérêts du clergé local et des fidèles. Au second titre, alors qu'il avait à défendre les intérêts du Pape comme souverain temporel et de ses sujets, il est aujourd'hui chargé de défendre les intérêts de l'Eglise catholique. Comme on le voit, la distinction entre les deux fonctions est devenue moins nette depuis la disparition du pouvoir temporel du Pape. Elle peut donner lieu à des difficultés avec le pays d'accueil, puisque

37 Voy. J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Volume I, *op. cit.* (note 1), ch. 113, p. 49 ; Volume II, ch. 2044-2047, pp. 722-723.

38 *Histoire du christianisme en Suisse*, *op. cit.* (note 32), pp. 235-237.

39 C. Altermatt, *1798-1998 : deux siècles de représentations extérieures de la Suisse* (Berne, Département fédéral des affaires étrangères, 1998), p. 26 ; *Histoire du christianisme en Suisse*, *op. cit.* (note 32), p. 251 ; J.-P. de Gandt, « L'extension des relations diplomatiques du Saint-Siège depuis 1900 », in : *Le Saint-Siège dans les relations internationales* (Paris, Cerf/Cujas, 1989), p. 433.

40 Voy. J.-B. d'Onorio, « Le Saint-Siège et le droit international », *op. cit.* (note 6), p. 43.

le nonce devrait, en vertu de son statut diplomatique, s'abstenir de toute ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat accréditaire, alors que sa charge ecclésiastique l'amène à s'intéresser à la vie religieuse nationale et à transmettre directement aux évêques locaux les instructions du Saint-Siège⁴¹. A cet égard, le Conseil fédéral a « *admis, du moins dans le domaine ecclésiastique, que la nonciature s'ingère quelque peu dans les affaires suisses* »; il s'ensuit que, selon le Département fédéral des affaires étrangères, « *les autorités fédérales ne peuvent interdire à la nonciature son activité ecclésiastique que si celle-ci est clairement incompatible avec ses fonctions ou avec les lois ou règlements suisses (article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques)* »⁴².

E. *Le rang du nonce apostolique : la pratique*

Le nonce se voit reconnaître depuis les débuts de la diplomatie permanente, au XVI^e siècle, le privilège de la préséance sur les autres chefs de missions diplomatiques⁴³. Les cantons catholiques reconnaissent le droit de préséance du nonce résidant à Lucerne sur l'ambassadeur de France. Il conserva sa préséance en 1803, lorsqu'il fut accrédité auprès de toute la Confédération, composée de cantons protestants et de cantons catholiques. En 1815, le Congrès de Vienne confirma la préséance protocolaire du nonce dans son Règlement sur le rang entre les agents diplomatiques⁴⁴. Ce droit ne fut reconnu que par les Puissances catholiques (France, Autriche, Espagne, Portugal), les gouvernements non catholiques (Grande-Bretagne, Prusse, Russie, Suède) refusant de recevoir un nonce à leur cour. La Suisse, en tant que pays de confession mixte, était dans une situation particulière. Elle ne contesta toutefois pas les prérogatives reconnues au nonce, qu'elle confirma en 1818 et 1830. Après la Guerre du *Sonderbund*, le Pape ne se fit plus représenter en Suisse que par un chargé d'affaires. L'envoyé du

41 *Ibid.*, p. 53.

42 Note de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères, du 18 juillet 1990, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1991, p. 522.

43 C. Altermatt, « Protocole et politique intérieure . . . », *op. cit.* (note 4), pp. 223-224.

44 Le Règlement sur le rang entre les agents diplomatiques de 1815 a codifié la pratique existante, qui était surtout celle des Etats catholiques, et qui consistait à accorder la préséance aux représentants du Saint-Siège : « *Le présent règlement n'apportera aucune innovation relative aux représentants du Pape* » (art. 4, par. 2). Cette solution a été confirmée par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, dont l'art. 16, par. 3, dispose : « *Le présent article n'affecte pas les usages qui sont ou seraient acceptés par l'Etat accréditaire en ce qui concerne la préséance du représentant du Saint-Siège* ».

Saint-Siège perdit ainsi provisoirement sa préséance par rapport à l'ambassadeur de France, qui devint doyen du corps diplomatique ; il la perdit définitivement en 1873, lorsque la nonciature fut supprimée, suite à la rupture des relations diplomatiques avec le Saint-Siège. La question du rang se posa à nouveau en 1920 avec le rétablissement des relations diplomatiques et la désignation d'un nonce à Berne. En effet, un nonce faisait craindre au Conseil fédéral, à la fois d'irriter la France, – en faisant perdre à son ambassadeur son premier rang à Berne, – et de mettre à mal la paix confessionnelle en Suisse. Le Département politique fédéral resta prudent et maintint la préséance à l'ambassadeur de France lors des vœux du corps diplomatique en janvier 1920 et 1921. La solution vint de la France, qui rétablit elle-même ses relations diplomatiques avec le Saint-Siège en mai 1921, et donna instruction à son ambassadeur à Berne de céder le pas au nonce apostolique⁴⁵.

Cette question étant réglée sur le plan diplomatique, le Conseil fédéral avait à prendre en compte ses propres intérêts, et en particulier les susceptibilités d'ordre confessionnel qui subsistaient dans la Suisse des années 1920. Les membres protestants du Conseil fédéral exprimèrent en effet leur inquiétude à cet égard. Un mémoire fut demandé au Professeur Burckhardt de Berne, lequel proposa d'accorder la préséance au nonce pour des raisons de courtoisie. Cet avis emporta celui du Conseil fédéral, qui accorda le 4 janvier 1923 la préséance à Mgr Maglione, sans considérer que la question juridique était résolue.

Comme la solution de 1923 n'était que provisoire, elle revint sur la table du Conseil fédéral en 1927, à l'occasion du remplacement du nonce et de l'ambassadeur de France. Le Conseil fédéral hésita à trancher cette délicate question, et la préséance du nonce devint du droit coutumier au fil des années et des nouveaux nonces accrédités à Berne⁴⁶. La décision définitive quant à la préséance du nonce ne fut prise par le Conseil fédéral qu'en 1953. Cette question ne soulevait alors plus de difficultés, vu à la fois la pratique qui s'était établie, la paix confessionnelle qui régnait en Suisse, et l'affront qu'aurait représenté un déclassement du représentant du Saint-Siège. Comme le précise Claude Altermatt, « [l]e Conseil fédéral se laissa aussi guider par l'idée que la situation privilégiée du nonce à Berne compensait un peu l'absence d'une mission diplomatique suisse près le Saint-Siège »⁴⁷.

45 C. Altermatt, « Protocole et politique intérieure . . . », *op. cit.* (note 4), pp. 225-227.

46 Voy. la note de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères, du 18 juillet 1990, *op. cit.* (note 42), pp. 521-522.

47 C. Altermatt, « Protocole et politique intérieure . . . », *op. cit.* (note 4), p. 231.

F. *L'ambassadeur de Suisse auprès du Saint-Siège. Mythe ou réalité ?*

A la fin de la Seconde Guerre mondiale, la Suisse, contrairement à la plupart des autres gouvernements, n'a pas élevé ses légations au rang d'ambassades, forme de représentation qui était autrefois réservée aux seules grandes puissances. Elle a agi ainsi par souci de modestie, lequel devait toutefois céder devant la réalité. En effet, à partir de 1953, les chefs de missions étrangères à Berne ont été autorisés à porter le titre d'ambassadeur, privilège qui était jusqu'alors réservé à l'ambassadeur de France. Parallèlement, de 1957 à 1963, le Conseil fédéral a décidé, avec l'aval du Parlement, de transformer toutes les légations suisses en ambassades et de conférer à tous les chefs de mission de première classe le titre d'ambassadeur⁴⁸.

Le Saint-Siège continuait de représenter une singularité dans ce nouveau réseau diplomatique, puisque la Suisse n'avait pas de représentant diplomatique qui lui était accrédité. Le Conseil fédéral a reconnu en 1978 une anomalie dans le caractère unilatéral des relations diplomatiques entre la Suisse et le Saint-Siège (réponse à l'interpellation parlementaire *Duboule* du 18 septembre 1978⁴⁹) ; il a relevé que la Suisse était alors le seul Etat auprès duquel un nonce était accrédité et qui n'avait pas de représentation diplomatique auprès du Saint-Siège, en notant que l'ensemble des pays protestants d'Europe du Nord entretenaient des relations diplomatiques normales avec le Saint-Siège.

L'affaire *Haas*, qui débuta en 1988, allait souligner l'importance d'entretenir des relations diplomatiques directes et permanentes avec le Saint-Siège, sans passer par l'intermédiaire de la nonciature. L'on ne pouvait en effet attendre de la nonciature qu'elle présentât de manière objective à la Curie la position des autorités suisses. Le postulat *Portmann* du 7 juin 1990 réclamait l'ouverture d'une représentation diplomatique auprès du Saint-Siège, alors que le postulat *Zwygart* du 20 juin 1990 demandait la fermeture de la nonciature. Pour sa part, le Conseil fédéral a accepté le postulat *Pini* du 19 juin 1991, qui lui demandait d'examiner la possibilité et les modalités politiques et juridiques d'une normalisation des relations de la Suisse avec le Saint-Siège, qui irait dans le sens de la suppression de cette anomalie. En 1991, le Conseil fédéral a décidé de nommer un *ambassadeur en mission spéciale près le Saint-Siège* avec résidence à Berne. Cet ambassadeur non résident a présenté ses lettres de créance au Pape en janvier

48 C. Altermatt, *1798-1998 : deux siècles de représentations extérieures de la Suisse*, op. cit. (note 39), pp. 34-36.

49 Voy. la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation *Scherrer* « *Maintien de la paix confessionnelle* » du 18 mars 1994.

1992. Depuis 1993, il s'est agi d'un ambassadeur en mission spéciale près le Saint-Siège avec résidence dans un pays étranger, ambassadeur qui était ainsi doublement accrédité, auprès de son pays de résidence et auprès du Saint-Siège.

Dans sa réponse à l'interpellation parlementaire *Scherrer* (1994), qui critiquait ce premier pas et s'opposait à la nomination définitive d'un ambassadeur au Vatican, le Conseil fédéral a déclaré qu'il déterminerait le moment venu s'il y avait lieu de lever complètement l'anomalie susmentionnée, compte tenu du principe de l'universalité des relations internationales de la Suisse et des courants majeurs de l'opinion politique.

Une « mission spéciale » revêt, d'un point de vue juridique, un caractère limité dans le temps et quant à son objet (au sens de la Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales, applicable par analogie). Le prochain pas devait donc être une accréditation « ordinaire », de manière à consacrer la continuité des échanges diplomatiques entre Berne et le Saint-Siège, et leur développement. Ce pas a pu se réaliser (presque) complètement en 2004, avec la désignation par le Conseil fédéral d'un ambassadeur « ordinaire » près le Saint-Siège avec résidence dans un pays européen.

L'aboutissement de cette évolution pourrait conduire à faire résider notre ambassadeur près le Saint-Siège à Rome même. La plupart des Etats, catholiques ou non, ont accrédité un ambassadeur en résidence à Rome (ainsi en va-t-il de la grande majorité des pays européens, dont l'Allemagne ou les Pays-Bas). La vie diplomatique romaine est dès lors riche, et les contacts quotidiens avec les services de la Curie précieux. Car la situation actuelle n'est pas très différente de celle où de hauts fonctionnaires des Affaires étrangères faisaient le déplacement à Rome. Et l'on ajoutera, avec un brin de provocation, que l'aboutissement politique complet de cette évolution serait la désignation par le Conseil fédéral d'une personnalité catholique à Rome, ce qui consacrerait réellement la normalisation des relations avec le Saint-Siège, comme avec les cantons protestants. Car, si la pratique semble avoir été depuis 1991 de nommer des ambassadeurs qui ne sont pas de confession catholique-romaine, ce n'est pas la religion, ce n'est pas la religion du diplomate qui devrait en fin de compte être déterminante, mais la confiance que lui accorde le Conseil fédéral. A cela s'ajoute que la paix confessionnelle serait suffisamment solide en Suisse pour permettre une telle évolution.

G. *La paix confessionnelle*

Les articles confessionnels adoptés pour affaiblir l'Eglise catholique avaient besoin d'être abrogés pour marquer la considération des protestants à

l'égard de l'Eglise catholique⁵⁰. Les trois articles confessionnels de 1848-1874 relatifs à l'interdiction des Jésuites (art. 51 *aCst. féd.*), à l'interdiction de nouveaux ordres et couvents (art. 52 *aCst. féd.*) et à l'autorisation du Conseil fédéral à la création de nouveaux évêchés (art. 50, al. 4, *aCst. féd.*), ont été contestés à plusieurs reprises au Parlement après la Seconde Guerre mondiale (interpellation *Schmid* en 1948 relative à l'art. 51 ; motion *von Moos* en 1954 relative aux art. 51 et 52 ; motion *Ackermann* en 1962 relative à l'art. 50, al. 4 ; interpellation *Lusser* en 1965 relative aux art. 51 et 52)⁵¹.

Les articles 51 et 52 *aCst. féd.* ont, sur proposition du Conseil fédéral, été abrogés en votation populaire en 1973, malgré une vive résistance du protestantisme intégriste et des milieux rationalistes⁵². En revanche, l'abrogation de l'article sur les évêchés a, sur l'initiative du Parlement, été facilement acquise en votation populaire en 2001⁵³.

Les motifs invoqués par les autorités fédérales à l'appui de cette dernière abrogation tenaient, d'une part, au fait que la règle était *contraire aux droits fondamentaux*, soit à la liberté de religion, consacrée par l'article 15 Cst. féd., en tant qu'elle intervenait dans l'organisation interne de l'Eglise⁵⁴ ; et, d'autre part, au fait qu'elle était *discriminatoire*, dans la mesure où elle ne visait pratiquement que l'Eglise catholique romaine, ce qu'aucun motif objectif ne permettait de justifier. A cela s'ajoutait que la liberté religieuse était garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 18 du Pacte international sur les droits civils et politiques et que, par suite, l'article sur les évêchés était *contraire au droit international*⁵⁵. Au demeurant, l'article sur les évêchés était resté lettre morte pendant les 125 ans de son existence, car les modifications en matière

50 Voy. aussi J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel*, Volume II, *op. cit.* (note 1), ch. 2063, p. 727.

51 *Ibid.*, ch. 2048-2051, pp. 723-724.

52 J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel*, Supplément 1967-1982 (Neuchâtel, Ides et Calendes, 1982), ch. 2051*bis*, p. 259.

53 Voy. J.-F. Aubert/P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* (Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2003), *ad art.* 72, ch. 3, pp. 572-573.

54 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, du 25 mai 2000, sur l'initiative parlementaire « Abrogation de l'article sur les évêchés (art. 72, al. 3. Cst.) », *Feuille fédérale*, 2000, 3726.

55 N. Michel, « La Constitution fédérale et les évêchés : une discrimination contraire à la liberté religieuse », in : *Rapports Eglise – Etat en mutation* (Fribourg, Ed. universitaires, 1997), pp. 44-47.

d'évêchés s'étaient toujours produites sur la base de traités internationaux entre le Saint-Siège et la Confédération ou le canton concerné⁵⁶.

5. L'AFFAIRE HAAS

A. *La diplomatie à l'œuvre*

L'affaire *Haas* est venue illustrer les difficiles relations de la Religion et de la Diplomatie. Les singularités de l'organisation de l'Eglise catholique dans les diocèses suisses suscitent en effet souvent incompréhension, voire irritation à Rome. Alors que la nomination d'évêques est en principe du ressort exclusif du pape (canon 377 du Code de droit canonique), cette règle connaît des exceptions en Allemagne, en Autriche et en Suisse. Dans trois des six diocèses suisses (Bâle, Saint-Gall et Coire), en effet, la nomination de l'évêque est régie par des conventions ou accords spéciaux entre le Saint-Siège et les cantons formant le diocèse⁵⁷.

La nomination le 25 mars 1988 du chancelier ordinaire de Coire, Wolfgang Haas, qui se déclarait ouvertement traditionaliste, à la fonction d'évêque auxiliaire coadjuteur de Coire, et sa succession à la tête de l'évêché le 22 mai 1990, ont soulevé dès le début de fortes polémiques⁵⁸. Ce choix avait été imposé unilatéralement par l'évêque de Coire, Mgr Vonderach. Le droit de co-décision du chapitre cathédral, et en particulier les droits concordataires de 1824 du Canton de Schwyz, n'avaient pas été respectés⁵⁹. En réponse aux interpellations parlementaires *Seiler* du 6 juin 1990 et *Jaeger* du 22 juin 1990, le Conseil fédéral a affirmé que le cas constituait une question interne à l'Eglise catholique. Il est néanmoins intervenu auprès du Saint-Siège, en décembre 1992, par son ambassadeur en mission spéciale, pour lui faire part des préoccupations des sept cantons appartenant à l'Evêché de Coire⁶⁰.

La désignation de deux évêques auxiliaires du diocèse de Coire par le Saint-Siège en 1993 n'a pas permis d'apaiser les tensions. En 1997, à la

56 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, du 25 mai 2000, sur l'initiative parlementaire « Abrogation de l'article sur les évêchés (art. 72, al. 3. Cst.) », *Feuille fédérale*, 2000, 3728.

57 Voy. A. Riklin, « Bischofswahlen in der Schweiz », 20-21 *Schweizerische Kirchenzeitung*, 1994, p. 301.

58 *Histoire du christianisme en Suisse*, *op. cit.* (note 32), p. 282.

59 Voy. A. Riklin, *op. cit.* (note 57), p. 301, qui relève que le Code de droit canonique de 1983 reconnaît la primauté du droit international public sur le droit canon (canon 3 et canon 377 & 1).

60 Voy. *Le Journal de Genève*, du 5 novembre 1992.

demande des sept cantons concernés, qui ont sollicité derechef ses bons offices, le Conseil fédéral a décidé d'entreprendre une nouvelle démarche auprès du Saint-Siège. Le Conseil fédéral a considéré que les tensions qui régnaient dans le diocèse de Coire à la suite de la nomination de Mgr Haas ne constituaient pas une menace grave pour la paix interconfessionnelle en Suisse, mais plutôt une crise au sein de la population catholique, et qu'elles n'entamaient pas les relations bilatérales entre la Suisse et le Saint-Siège. Cela étant, le Conseil fédéral a dit partager les préoccupations des cantons du diocèse de Coire⁶¹.

B. *Les cantons et le Saint-Siège*

L'article 10, alinéa 1^{er}, aCst. féd. (actuel art. 56, al. 3, Cst. féd.) établit que les rapports officiels entre les cantons et les gouvernements étrangers ont lieu par l'intermédiaire de la Confédération. Cette disposition était applicable en l'espèce⁶², bien que le Saint-Siège soit un sujet de droit international *sui generis*. A cet égard, le Conseil fédéral représente les cantons, sans avoir besoin de faire sienne leurs vues ; il n'est d'ailleurs pas tenu de représenter les cantons, et n'est pas lié par le « mandat » que ces derniers lui donnent, si des intérêts de politique étrangère s'y opposent ; il peut faire dépendre son intervention de conditions ou refuser d'intervenir.

Dans le contexte de l'affaire *Haas*, il était opportun que le Conseil fédéral se fit, comme en 1992, l'interprète des préoccupations des cantons auprès du Saint-Siège. En octobre 1997, l'ambassadeur en mission spéciale auprès du Saint-Siège a été chargé par le Conseil fédéral d'intervenir à nouveau en ce sens auprès de la Secrétairerie d'Etat. La démarche était délicate, car il s'agissait de ne pas donner l'impression que la Suisse entendait faire pression sur le Vatican⁶³. La situation s'est dénouée en décembre 1997 à la faveur de l'érection d'un archevêché au Liechtenstein, et de la nomination de Mgr Haas à la tête de ce diocèse directement relié au Saint-Siège. La détente qui s'en est suivie dans les relations entre la Suisse et le Vatican s'est concrétisée avec la seconde visite de Jean-Paul II en Suisse, les 5 et 6 juin 2004, qui fut un succès, et l'un de ses derniers voyages à l'étranger.

Cette affaire, qui a trouvé un large écho au Parlement et dans la presse suisse, manifeste la grande sensibilité des cantons quant au respect des

61 Voy. la Réponse du Conseil fédéral, du 6 octobre 1997, à la question ordinaire *Grendelmeier* « Attitude de l'évêque de Coire. Menace pour l'ordre intérieur ».

62 Voy. J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel*, Volume II, *op. cit.* (note 1), ch. 2065, pp. 727-728.

63 Voy. *Le Nouveau Quotidien*, du 7 octobre 1997.

privilèges qui leur ont été concédés par le Saint-Siège dans un certain nombre de traités et concordats, et qui constituent autant de clauses particulières par rapport au pouvoir du Pape de nommer les évêques. L'on peut dire que l'abolition de ces privilèges, qui ne sont pas toujours en « odeur de sainteté » au Vatican⁶⁴, dans la mesure où ils opposent le sentiment démocratique profondément ancré en Suisse au centralisme romain, ne manquerait de soulever de grandes controverses. Et ce d'autant plus que, conformément à l'article 72 Cst. féd., les affaires religieuses relèvent, à part la garantie de la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst. féd.), de la compétence principale des cantons ; il leur appartient en particulier d'assurer le respect de l'ordre public et de la paix entre les membres des différentes communautés religieuses, les compétences subsidiaires de la Confédération ne devenant effectives que si les mesures cantonales se révèlent insuffisantes.

6 CONCLUSION

Un nouvel ambassadeur de Suisse a présenté ses lettres de créance au Pape Benoît XVI le 16 juin 2005⁶⁵. A cette occasion, le Pape a, en réponse au discours du diplomate, encouragé la Suisse à rester accueillante aux étrangers et ouverte sur le monde ; il a aussi évoqué les « *lois nouvelles [...]* proposées dans plusieurs domaines touchant au respect de la vie et à la famille » pour rappeler la position critique du Saint-Siège en la matière⁶⁶.

D'aucuns se sont étonnés que le Pape ait pu tenir à l'Ambassadeur de Suisse de tels propos « moraux »⁶⁷. Or, comme il a été relevé⁶⁸, c'est oublier que le Pape est à la fois chef d'Etat et chef de l'Eglise catholique, et que sa souveraineté politique est au service de sa mission spirituelle. Le Pape est bien le seul « chef d'Etat » auquel légitimité puisse être reconnue, au nom de sa mission spirituelle sur terre, de tenir de tels propos à l'égard d'un autre Etat. Son message rappelle que la première qualité d'un pays est d'être au service des hommes, d'abord des siens, ce qui est acquis dans les Etats de droit, mais aussi de ceux des autres Etats, ce qui est plus difficile. En d'autres termes, le rôle extérieur de la Suisse, comme celui de tout Etat, et du Saint-Siège lui-même, dépend de celui que les Autres lui reconnais-

64 Voy. aussi A. Riklin, *op. cit.* (note 57), p. 302.

65 J.-F. Kammer est ambassadeur de Suisse en République tchèque depuis 2004 et réside à Prague.

66 *L'Osservatore romano*, hebdomadaire en langue française, N. 26, 28 juin 2005.

67 Voy. « Benoît XVI critique la Suisse », *Le Temps*, du 17 juin 2005.

68 Voy. J.-S. Eggly, « Le pape et nous », *Le Temps*, du 21 juin 2005.

sent de bonne foi, et donc de son exemplarité. La neutralité est ainsi un statut pour lequel il faut obtenir une reconnaissance : un Etat est neutre, non seulement s'il applique une politique de neutralité, mais surtout si les autres Etats le reconnaissent comme tel.

Le dialogue entre les Etats est bien celui d'une reconnaissance mutuelle. Le Pape Benoît XVI s'est d'ailleurs félicité, en recevant le nouvel ambassadeur de Suisse, « *du dialogue ouvert entre les représentants de la Confédération Suisse et les Evêques du pays pour trouver des solutions satisfaisantes, au niveau fédéral ou cantonal, aux éventuelles difficultés qui pourraient subsister dans les relations mutuelles* ». Les exigences du dialogue sont d'autant plus prégnantes entre deux Etats dont la neutralité est universellement reconnue, et qui, pour l'un, est le gardien du droit international humanitaire et, pour l'autre, celui de la dignité de l'homme. – Et il nous plaît de terminer notre propos sur cette note, en nous rappelant que les hautes tâches du Professeur Lucius Caflisch l'ont souvent conduit à s'intéresser aux droits humains.

LA RUSSIE ET L'UNION EUROPÉENNE : DES BARBELÉS IDÉOLOGIQUES AUX ESPACES DU PARTENARIAT

*Bernard Dutoit**

PROPOS LIMINAIRES

Depuis la création du Marché commun en 1957, un demi-siècle s'est presque écoulé. Ce bref laps de temps au regard de l'histoire aura vu la disparition du monde bipolaire issu de la deuxième Guerre mondiale et de la guerre froide qu'elle engendra¹. A la fin de 1991, l'URSS s'écroula de l'intérieur tel un château de cartes laissant (apparemment) le champ libre aux Etats-Unis. Mais leur victoire ne fut que provisoire, puisque le système américain est en train à son tour de faire faillite face à l'évolution géopolitique du monde². C'est bien à la fin des empires (politiquement ou économiquement) dictatoriaux que nous assistons, au bénéfice, faut-il l'espérer, de formes nouvelles de coopération, marquées au coin d'une réelle reconnaissance mutuelle et du respect de l'altérité.

S'agissant des rapports entre l'Europe et l'URSS (puis la Russie), le chemin parcouru en cinquante ans apparaît impressionnant. Dans les pages qui suivent seront décrits les principaux jalons balisant une trajectoire qui commence avec les anathèmes de l'idéologie (paragraphe premier) pour se poursuivre par le jeu de cache-cache entre la CEE et le Comecon

* Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, ancien directeur du Centre de droit comparé et européen.

1 Sur la guerre froide, cf. le récent livre magistral d'A. Fontaine, *La tache rouge, le roman de la guerre froide* (Paris, Ed. de la Martinière, 2005).

2 Cf. à cet égard l'étude instructive et documentée de E. Todd, *Après l'Empire – Essai sur la décomposition du système américain* (Paris, Gallimard, 2002) et 2004 (pour la postface). S'agissant de l'URSS, on lira en parallèle l'excellente analyse de H. Carrère d'Encausse, *La gloire des nations ou la fin de l'Empire* (Paris, Fayard, 1990).

(paragraphe 2), suivi des premières ouvertures au dialogue (paragraphe 3) et aboutir enfin à la création d'un partenariat en 1994 (paragraphe 4).

§ 1^{er} *Les anathèmes de l'idéologie*

La création du Marché commun, le 25 mars 1957, par la signature du Traité de Rome, ne passa pas inaperçue en URSS. Se fondant sur la fameuse affirmation de Lénine, dans le « Social Démocrate » du 23 août 1915, selon laquelle « Les Etats-Unis d'Europe, en régime capitaliste, sont ou bien impossibles ou bien réactionnaires », l'Institut de l'économie mondiale et des relations internationales à Moscou publia en 1957 déjà ses fameuses dix-sept thèses sur le Marché commun³. Dans ces thèses dont l'écoulement du temps permet de mieux mesurer la dérive idéologique, leurs auteurs affirment que, d'un point de vue politique, le Marché commun a pour instigateurs les monopoles des Etats membres, désireux, face au succès croissant du socialisme et aux échecs répétés du capitalisme, de recourir à l'arme de l'intégration pour se partager les marchés mondiaux au gré de leurs intérêts. Le Marché commun représente ainsi un groupe fermé nourrissant les plus noirs desseins à l'endroit du camp socialiste.

Du point de vue économique, les auteurs des dix-sept thèses n'excluent pas *a priori* la possibilité d'une augmentation du volume de la production des Etats membres, grâce aux progrès techniques et aux réformes structurelles de l'économie. Mais le problème des débouchés – talon d'Achille du capitalisme – n'en sera qu'aggravé. L'internationalisation de la vie économique qu'entraîne la création du Marché commun ne peut qu'augmenter l'inégalité de développement des Etats européens et leur assujettissement aux Etats-Unis et à l'Allemagne. Bien plus, l'intégration européenne apparaît porteuse de contradictions insurmontables minant tout l'édifice que l'on prétend construire : opposition entre la France protectionniste et la République fédérale d'Allemagne libérale, excédents de la balance des paiements en Allemagne et déficit de cette même balance en France et en Italie, maintien des restrictions de change et des obstacles à la libre circulation des capitaux, divergences sur la politique des prix dans l'agriculture, divergence avec l'Angleterre sur la constitution d'une zone de libre échange, méfiance des pays tiers qui voient dans le Marché commun une menace pour leur commerce extérieur.

3 Texte russe in : *Mirovaja ekonomika i međunarodnye otnošenija (L'économie mondiale et les relations internationales)* (1957), pp. 83-96, et dans la revue « *Kommunist* », 1957, pp. 88-102 ; traduction française in : B. Dutoit, *L'Union soviétique face à l'intégration européenne* (Lausanne, Centre de recherches européennes, 1964), pp. 183 ss.

D'un point de vue social, l'intégration européenne ne constitue qu'une attaque des monopoles contre la classe ouvrière. L'abaissement des prix, la diminution du chômage et l'amélioration de la condition des travailleurs, prétendument liés à la création du Marché commun, ne constituent qu'un leurre.

En conclusion, la réalisation du Marché commun se révèle « peu vraisemblable ». A mettre les choses au mieux, celui-ci se réduira à la constitution d'un nouveau cartel international qui ne créera nullement un espace économique unifié en Europe.

Mais le développement du Marché commun n'entra pas dans le lit de Procuste de l'idéologie et il convenait donc, sans changer un yota de la doctrine traditionnelle, de prendre en compte la réalité en devenir de l'intégration européenne. Telle fut l'oeuvre des trente thèses sur le Marché commun⁴, intitulées « De l'intégration impérialiste en Europe occidentale ». Leur objectif est « d'analyser en détail l'essence de l'intégration de l'Europe occidentale considérée comme un phénomène nouveau dans le développement du capitalisme contemporain, de montrer l'influence du Marché commun sur la répartition des forces de classes et des forces politiques et d'éclairer les problèmes de la lutte des peuples pour une collaboration harmonieuse et égale en droit »⁵.

Ne pouvant nier les réalisations économiques et sociales du Marché commun, les théoriciens soviétiques s'empressèrent d'interpréter les oppositions et les points de friction comme autant de contradictions devant conduire à l'éclatement futur inévitable du Marché commun. Ainsi en alla-t-il notamment de ses rapports avec l'Angleterre et les Etats-Unis. Néanmoins, les trente-deux thèses réservèrent une place importante aux problèmes du commerce international et aux rapports commerciaux de l'URSS avec le Marché commun dont l'existence fit ainsi l'objet d'une reconnaissance officielle. Le jeu de ping-pong entre l'idéologie et la réalité battait son plein. D'un côté, « le système socialiste mondial avance avec assurance vers une victoire décisive dans la compétition économique avec le capitalisme » (trentième thèse). De l'autre, les trente-deux thèses prônaient une collaboration entre le Marché commun et le CAEM. De toute façon, l'idéologie étant infaillible, l'avenir ne pouvait que lui apporter la confirmation que le présent lui refusait encore.

4 Ces trente-deux thèses ont paru dans la *Pravda*, 26 août 1962, pp. 3-4 ; une traduction française figure in B. Dutoit, *op. cit.* (note 3), pp. 211 ss.

5 *Pravda*, 26 août 1962, p. 3.

§ 2 *Le jeu de cache-cache entre la CEE et la CAEM*

Même si les dix-sept et les trente-deux thèses précitées n'ont jamais été officiellement reniées, l'idée d'un effondrement prochain de la CEE fut vite abandonnée. En 1962 déjà, Krouchtchev, dans son fameux article sur « les problèmes actuels du système socialiste mondial »⁶ suggéra de passer des accords avec la CEE, en vue de supprimer « les barrières que l'Occident dresse sur la voie du développement du commerce mondial »⁷. Pour sa part, Brejnev, lors de l'ouverture du quinzième congrès des syndicats soviétiques, le 20 mars 1972, reconnut explicitement la CEE comme une des réalités de l'Europe occidentale. Il alla même jusqu'à ajouter que « l'Union soviétique ne s'attache nullement à ignorer la situation qui s'est créée de fait en Europe occidentale, notamment l'existence d'un groupement économique des pays capitalistes comme le Marché commun et son évolution. Nos rapports avec les adhérents de ce groupement dépendront bien sûr de la mesure dans laquelle ils reconnaîtront, de leur côté, les réalités qui existent dans la partie socialiste de l'Europe, notamment les intérêts des pays adhérents au Conseil d'entraide économique. Nous sommes pour des rapports économiques sur un pied d'égalité et contre la discrimination »⁸. En février 1976, Brejnev profita du vingt-cinquième Congrès du parti communiste de l'Union soviétique pour affirmer que « les communistes sont loin de prophétiser une faillite automatique du capitalisme. Il dispose encore de réserves non négligeables »⁹.

Pareille entorse à l'idéologie s'inscrivait clairement dans la politique soviétique de détente qui culmina dans l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, signé à Helsinki le 1^{er} août 1975. La coexistence pacifique, ainsi portée sur le pavois, avait pour corollaire nécessaire la collaboration économique. Mais faut-il rappeler – l'idéologie chassée par la grande porte revient par la fenêtre – que la coexistence pacifique en tant que « forme spécifique de la lutte des classes »¹⁰ représente la meilleure version de la compétition mondiale entre socialisme et capitalisme. « En conséquence, lorsqu'ils s'attachent à la politique de coexistence

6 *La Nouvelle Revue Internationale* (NRI), septembre 1962, 14-18 ; texte russe in *Kommunist*, 1962, n° 12, pp. 3-26.

7 *Ibid.*, p. 25.

8 *Le Monde*, 21 mars 1972, et la *Vie Internationale*, 1972, n° 5, p. 82.

9 Rapports d'activité au 25^e Congrès du PCUS, 24 février 1976, partie I, point 5.

10 Programme du Parti communiste de l'Union soviétique, 31 octobre 1961, *Kommunist*, 1961, n° 16, p. 53.

pacifique, les Etats socialistes fortifient sans cesse la position du système socialiste mondial dans sa compétition avec le capitalisme »¹¹.

Telle est la toile de fond sur laquelle s'est déroulée la valse-hésitation dans les rapports entre la CEE et le CAEM.

S'agissant de la CEE, sans entrer dans le détail de l'évolution de sa politique commerciale commune envers les pays de l'Est¹², il faut noter qu'à partir du 1^{er} janvier 1970 la politique commerciale commune ressortit à la Communauté et non plus aux Etats membres, conformément à l'art. 113 du Traité. Dans une décision du 16 décembre 1969¹³, le Conseil des ministres décida que les accords commerciaux avec les pays tiers ne pourraient plus être négociés et conclus que par la Communauté. Néanmoins, pour les pays à commerce d'Etat, la période transitoire fut prolongée jusqu'au 31 décembre 1972, de telle sorte que les Etats membres purent encore conclure des accords bilatéraux avec ces derniers, sous réserve toutefois d'une autorisation préalable du Conseil des ministres. En outre, le 19 décembre 1969, le Conseil édicta un règlement portant sur l'établissement d'un régime commun applicable aux importations de pays à commerce d'Etat¹⁴.

Lors de la conférence au sommet de Paris, le 20 octobre 1972, les chefs d'Etat et de gouvernement décidèrent d'appliquer une politique commerciale commune envers les pays de l'Est dès le 1^{er} janvier 1973. Seuls les accords bilatéraux déjà en vigueur pouvaient être prolongés avec l'assentiment du Conseil, mais aucune convention bilatérale nouvelle ne devait plus être négociée par les Etats membres. Selon une décision du Conseil, du 9 décembre 1974¹⁵, aucune prorogation n'était plus possible au-delà du 31 décembre 1974 (et du 31 décembre 1975 pour les trois nouveaux Etats membres de la CEE), s'agissant d'accords conclus avec les pays de l'Est.

Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 1975, seule la Communauté était-elle habilitée à conduire des négociations commerciales avec les pays à commerce d'Etat, y compris l'URSS. Face à cette situation nouvelle, le Conseil fit, en novembre 1974, une offre générale de négociation à ces pays et leur

11 *Ibid.* p. 53 ; sur la coexistence du combat idéologique et de la collaboration économique, cf. B. Dutoit, *Coexistence et droit international à la lumière de la doctrine soviétique* (Paris, Pedone, 1966), pp. 143 ss. ; cf. aussi, du même auteur, « La doctrine soviétique du droit international à l'épreuve du dialogue », in : *Mélanges Georges Perrin* (Lausanne, Payot, 1984), pp. 123 ss.

12 Sur cette question, cf. B. Dutoit, « Les relations entre la CEE et le CAEM ou la lente émergence de la coexistence », *Revue Tiers-Monde*, n° spécial « Coexistence pacifique », juillet-décembre 1968, pp. 720 ss.

13 JOCE n° L 326 du 29 décembre 1969, p. 39.

14 JOCE n° L 19 du 26 janvier 1970, p. 1 ; Règlement modifié par le Conseil le 20 décembre 1977 : JOCE n° L 338 du 28 décembre 1977, p. 1.

15 JOCE n° L 352 du 28 décembre 1974, p. 37.

proposa un schéma d'accord commercial non préférentiel, à long terme, sur une base d'avantages et d'obligations réciproques.

Les pays concernés ne réagirent pas à cette offre – refusée par le CAEM – à l'exception de la Chine¹⁶. Toutefois, des accords sectoriels purent être passés par la CEE avec certains pays de l'Est, notamment dans les domaines du textile (avec la Roumanie, la Hongrie, la Pologne, la Bulgarie) et de l'acier (avec la Tchécoslovaquie, la Hongrie, la Roumanie, la Pologne, la Bulgarie). Un accord commercial couvrant tous les produits industriels (à l'exception des textiles et de l'acier), fut même signé avec la Roumanie le 28 juillet 1980.

C'est sur cette toile de fond que des propositions de rapprochement entre la CEE et le CAEM virent le jour¹⁷. En 1973 le CAEM, par la voix de son Secrétaire général, M. Fadeev, fit les premiers pas en direction de la CEE. Pendant sept ans, jusqu'en 1980, une succession de rencontres aboutit à l'existence de quatre projets¹⁸, présentés en général sans référence aux offres antérieures et sans que les parties se soient même mises d'accord sur le texte à discuter.

Les divergences entre les projets de la CEE et ceux du CAEM apparaissaient fondamentales et avaient leur source dans la disparité des structures institutionnelles des deux organisations. D'un côté, la CEE proposait de conclure avec le CAEM un accord cadre dans les domaines dans lesquels la structure institutionnelle de la CEE et de la CAEM permettait une collaboration effective (statistiques, standardisation, prévisions économiques, environnement). En revanche, dans les autres questions, notamment la coopération économique, industrielle et financière et la politique commerciale, seules des relations entre la CEE d'une part et les Etats membres du CAEM d'autre part, pouvaient être envisagées. En effet, le CAEM n'a jamais disposé de facto du pouvoir de négocier et de conclure des accords commerciaux liant les Etats membres, à l'instar de la CEE.

16 Un accord commercial fut passé avec la Chine le 3 avril 1978 (JOCE n° L 123 du 11 mai 1978, p. 2) ; il entra en vigueur le 1^{er} juin 1978 (JOCE n° L 143 du 31 mai 1978, p. 28). Cf. aujourd'hui l'Accord de coopération commerciale et économique entre la CEE et la Chine signé en 1985 (complété par des échanges de lettres en 1994 et 2002) et l'Accord de coopération et d'assistance mutuelle en matière douanière entre la Communauté européenne et la Chine, du 8 décembre 2004 (JOCE n° L 375 du 23 décembre 2004, p. 19).

17 Sur cette question, cf. B. Dutoit, « Les relations entre la CEE et le CAEM ou le jeu de cache-cache entre réalité et idéologie », in : *Festschrift für Rudolf Bindschedler* (Berne, Stämpfli, 1980), pp. 466 ss.

18 Le schéma d'accord de la CEE de novembre 1974 ; le projet d'accord du CAEM de février 1976 ; le projet d'accord de la CEE de novembre 1976 ; le nouveau projet d'accord de la CEE de novembre 1979, sans compter la contre-proposition du CAEM de juin 1979. Sur ces divers projet, cf. B. Dutoit, *op. cit.* (note 17), pp. 469 ss.

De l'autre côté, le CAEM tenta de mettre deux fers au feu dans son projet de 1976 : d'une part, dorer son blason sur la scène internationale en apparaissant – à tort – comme une organisation capable, elle aussi, de conclure comme telle des accords économiques avec des Etats tiers et, d'autre part, ramener les conventions commerciales au niveau des relations bilatérales, en conformité avec le principe fondamental de l'intégration socialiste et en ignorant le transfert des compétences en cours dans la CEE.

La réalité des faits montra très vite que le projet d'accord du CAEM de novembre 1976 tenait du vœu pieux. En effet, entre 1976 et 1980, cinq accords bilatéraux furent conclus entre la CEE et un pays de l'Est (Roumanie, Hongrie, Pologne, Bulgarie, Tchécoslovaquie) dans les domaines du textile et de l'acier, sans compter la conclusion, en mars 1980, d'un accord avec la Roumanie sur le commerce des produits industriels en général et la passation, en février 1980, d'un accord de coopération économique avec la Yougoslavie.

Autant dire que le jeu de cache-cache entre les deux organisations avait montré ses limites. Les négociations entre la CEE et le CAEM sombrèrent dans l'impasse jusqu'à l'avènement de la *perestroïka* sous l'ère Gorbatchev en 1985.

§ 3 *L'effondrement des mythes et la perestroïka*

Le 30 mai 1985, M. Gorbatchev fit part à M. Bettino Craxi, alors président en charge du Conseil de ministres de la CEE, qu' « il était temps d'organiser des relations économiques mutuellement avantageuses entre les deux blocs dans le domaine économique »¹⁹. Le projet du CAEM de 1976 fut abandonné et l'inclusion, dans l'accord projeté, d'une référence au « Traité de Rome qui comprend le territoire de Berlin-Ouest » fut admise, de telle sorte que la voie était libre désormais pour une entente.

Celle-ci prit la forme d'une « Déclaration conjointe sur l'établissement de relations officielles entre la CEE et le CAEM », signée à Luxembourg le 22 juin 1988²⁰. Grâce à cette Déclaration, le cadre d'une future coopération entre les deux organisations, mais aussi entre la CEE et chacun des Etats membres du CAEM, fut enfin créé.

Politiquement importante, cette Déclaration ne déploya aucun effet économique. En effet, l'état de dégénérescence du CAEM²¹ était tel que, lors

19 Sur cette étape des rapports entre la CEE et le CAEM, cf. B. Dutoit, « L'URSS face à la Communauté économique européenne : de la négation à la 'maison commune' », in : *Mélanges Rieben* (Lausanne, 1991), pp. 105 ss.

20 JOCE n° L 157 du 24 juin 1988, pp. 34-35.

21 La Tchécoslovaquie et la Pologne allèrent jusqu'à en demander la dissolution. Finalement, lors

de la troisième réunion exploratoire, tenue les 13 et 14 novembre 1980 à Bruxelles, les délégations de la CEE et du CAEM ne purent dépasser une simple information « sur les activités en matière d'environnement » et une poursuite de « l'échange de vue sur les compétences respectives de leurs organisations ».

En revanche, les effets de la *perestroïka* se firent sentir dans l'Accord commercial entre l'Europe communautaire (CEE et Euratom) et l'URSS, du 18 décembre 1989, entré en vigueur le 1^{er} avril 1990 pour dix ans²².

Cet Accord est bâti sur deux colonnes principales : les échanges commerciaux et la coopération économique et commerciale²³. En ce qui concerne les premiers, les parties contractantes s'accordent mutuellement le traitement de la nation la plus favorisée en matière de droits de douane, mais à l'exception des avantages consentis dans le cadre d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange, dans le cadre du GATT ou d'échanges frontaliers. En outre, les restrictions non tarifaires aux échanges seront assouplies et, à terme, supprimées. En ce qui concerne la coopération commerciale et économique, une commission mixte doit mettre « tout en oeuvre pour promouvoir, développer et diversifier les échanges commerciaux ». Plus précisément, « les parties contractantes conviennent d'entretenir et d'améliorer les réglementations, pratiques et services commerciaux favorables aux entreprises ou sociétés de l'autre partie sur leurs territoires respectifs ».

L'Accord remplace les accords bilatéraux conclus précédemment entre les Etats membres de la Communauté et l'URSS dans la mesure où ses dispositions sont soit compatibles avec les dispositions des accords bilatéraux soit identiques à celles-ci.

On ne saurait passer sous silence, à côté de ses effets économiques, l'impact juridique de la *perestroïka*. En effet, celle-ci permit l'apparition de nouvelles voix en droit international soviétique, osant affirmer le primat du droit international sur la politique et la nécessité de « la révision de quelques-unes de nos conceptions traditionnelles du droit international »²⁴ au nombre desquelles figure le principe de coexistence pacifique.

de la réunion de Sofia (9-10 janvier 1990), il fut décidé de laisser survivre ce « faux marché commun pour pays dépassés technologiquement ». Le CAEM du reste ne résista pas à l'éclatement de l'URSS à la fin de 1991.

22 JOCE n° L 68 du 15 mars 1990 et Règlement (CEE) n° 1434/90 du Conseil du 14 mai 1990 (JOCE n° L 138 du 31 mai 1990, p. 1).

23 Une analyse de l'Accord se trouve in B. Dutoit, *op. cit.* (note 19), pp. 113 ss.

24 V.S. Vereščetin, R.A. Mjullerson, « Novoe myšlenie i meždunarodnoe pravo (La nouvelle pensée et le droit international) », *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo* (L'Etat soviétique et le droit), 1988, n° 3, p. 4 et, des mêmes auteurs, « Primat meždunarodnogo prava v mirovoj politike

Ce dégel aussi bien économique que juridique devait avoir des conséquences imprévues. En effet, les banderilles lancées par M. Eltsine contre l'Etat central finirent par en avoir raison²⁵. A fin décembre 1991, l'URSS implosa de l'intérieur, minée par ses fragilités économiques, son retard technologique et son carcan idéologique²⁶. Les conditions d'application de l'Accord précité s'en trouvèrent fondamentalement modifiées, de telle sorte qu'allait s'ouvrir, face à une Russie devenue non communiste, une nouvelle étape des relations entre l'Union européenne et la Russie.

§ 4 *En route vers le partenariat*

Moins de trois ans après la disparition de l'URSS, était signé, le 24 juin 1994, un Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres d'une part et la Fédération de Russie d'autre part. Cet Accord est finalement entré en vigueur le 1^{er} décembre 1997²⁷ pour une période initiale de 10 ans (art. 106) et il remplace l'Accord du 18 décembre 1989. Fort de cent douze articles, cet Accord de partenariat vise à sceller, de façon dynamique et prospective, un destin commun de l'Union européenne et de la Russie.

Dans le cadre restreint de la présente contribution, on se bornera à décrire les grandes lignes de l'Accord de partenariat. Ainsi qu'il ressort de ses divers considérants, la philosophie de l'Accord réside dans les objectifs suivants : le renforcement des libertés politiques et économiques qui constituent le fondement même du partenariat, compte tenu de « l'importance des liens historiques qui existent entre la Communauté, ses Etats membres et la Russie et les valeurs communes qu'ils partagent », la promotion de la paix et de la sécurité internationales, la poursuite et l'accomplissement par la Russie de ses réformes politiques et économiques ainsi que la fourniture par

(La primauté du droit international dans la politique mondiale)», *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo* (L'Etat soviétique et le droit), 1989, n° 9, pp. 3-11. Pour plus de détails sur ces questions, cf. B. Dutoit, « Dans le sillage de la perestroïka : une nouvelle conception soviétique du droit international ? », in : *Conflits et harmonisation : Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck* (Fribourg, Ed. universitaires, 1990), pp. 245 ss.

- 25 Dès octobre 1995 s'instaure en Russie une « guerre des lois », en ce sens que les lois de l'Union n'y auront de validité qu'une fois ratifiées par la République. En novembre 1991, M. Eltsine, pouvant désormais gouverner par décret, précisa que « les actes légaux et législatifs de l'URSS qui gênent l'application de la réforme économique peuvent être suspendus par le président russe ou par le parlement russe ».
- 26 Cf. Th. Schweisfurth, « Vom Einheitstaat (UdSSR) zum Staatenbund (GUS) », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1992, n°s 3-4, 541 ss.
- 27 JOCE n° L 327 du 28 novembre 1997. Un processus de consultation sur les "arrangements institutionnels" pour la période d'après 2007 a été lancé à fin 2005. cf. "Bulletin quotidien Europe", no. 9084, 8 décembre 2005, p. 4.

la Communauté d'une assistance technique à la mise en œuvre de la réforme économique en Russie, étant admis que « la Russie n'est plus un pays à commerce d'Etat, que c'est maintenant un pays avec une économie de transition et que la poursuite de l'évolution vers une économie de marché sera encouragée par la coopération entre les parties selon les formes définies par le présent Accord » ; la création d'un climat nouveau pour les relations économiques entre les parties à l'Accord, notamment pour le développement du commerce et des investissements, l'établissement des sociétés, l'emploi, la prestation des services et la circulation des capitaux, la coopération étroite dans le domaine de la protection de l'environnement, le développement de la coopération dans le domaine spatial, sans oublier la coopération culturelle et le développement des échanges d'informations. Finalement doivent être créées « les conditions nécessaires à l'instauration future d'une zone de libre-échange entre la Communauté et la Russie » (art. 1^{er} *in fine*).

Après un titre premier (art. 2-5) consacré aux « principes généraux » (notamment le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme), le « dialogue politique » fait l'objet du titre II (art. 6-9). Ce dialogue se déroule au plus haut niveau, en principe deux fois par an, entre le président du Conseil de l'Union européenne et le président de la Commission d'une part et le président de la Russie d'autre part (art. 7, al. 1). Au niveau ministériel, le dialogue politique se déroule au sein du Conseil de coopération institué par l'art. 90 ou, en d'autres occasions, d'un commun accord, avec la troïka de l'Union européenne (art. 7, al. 2). Au niveau parlementaire, le dialogue politique se déroule au sein de la Commission parlementaire et de coopération instituée par l'art. 95 (art. 9). Il est entendu que d'autres procédures et mécanismes de dialogue politique peuvent être mis en place (art. 8).

S'agissant du « commerce de marchandises », le titre III (art. 10-22) consacre notamment le traitement général de la nation la plus favorisée, selon l'art. I : 1 du GATT (art. 10), l'abolition des restrictions quantitatives à l'importation (art. 15). On relèvera avec intérêt que l'art. 19 reprend presque mot pour mot l'art. 30 (ex-art. 36) du Traité concernant les motifs de dérogation aux interdictions des restrictions quantitatives d'importation, d'exportation ou de transit. Quant au commerce des matières nucléaires, il est traité à l'art. 22.

Les « activités des entreprises et les investissements » font l'objet d'un important titre IV (art. 23-51). Il est prévu que les conditions relatives à l'emploi ne feront l'objet d'aucune discrimination fondée sur la nationalité (art. 23).^{27bis} En outre, la coordination de la sécurité sociale fera l'objet d'ac-

^{27bis} Dans un arrêt du 12 avril 2005, en l'affaire C-265/03, Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura, Real Federación Española de Fútbol, la CJCE (en grande chambre) a

cords spécifiques (art. 24-27). De longs développements (art. 28-35) sont consacrés aux conditions relatives à l'établissement et à l'activité des sociétés. Dans ce domaine, les parties « se réservent mutuellement un traitement non moins favorable que celui accordé à des pays tiers » (art. 28). Il en va de même pour les filiales (ou succursales) russes de sociétés communautaires. Ces dispositions s'appliquent aussi aux services bancaires et d'assurances (art. 29) mentionnés à l'annexe 6, mais non pas en revanche aux transports aériens, fluviaux et maritimes (art. 35).

Une importance particulière est accordée à « la prestation transfrontalière de services » (art. 36-51), dominée par le principe du « traitement non moins favorable que celui accordé à un pays tiers » (art. 36). Quant aux « paiements et capitaux » prévus au titre V (art. 52), l'Accord instaure « la libre circulation des capitaux entre des résidents de la Communauté et de la Russie concernant des investissements directs effectués dans des sociétés constituées conformément à la législation du pays hôte et des investissements directs effectués conformément aux dispositions du chapitre II du titre IV (concernant l'établissement et l'activité des sociétés), ainsi que le transfert à l'étranger du produit de ces investissements » (art. 52, al. 2). En outre, après une période transitoire de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord, « les parties s'abstiennent d'introduire de nouvelles restrictions affectant les mouvements de capitaux et les paiements courants y afférents entre les résidents de la Communauté et de la Russie et de rendre les arrangements existants plus restrictifs » (art. 52, al. 5).

Le titre VI concerne la concurrence, la protection de la propriété intellectuelle, industrielle et commerciale, ainsi que la coopération législative (art. 53-55). Non seulement « les parties conviennent de neutraliser ou d'éliminer, par l'application de leurs lois sur la concurrence ou de toute autre manière, les restrictions à la concurrence dues aux entreprises ou à une intervention de l'Etat » (art. 53, al. 1), mais encore elles « confirment l'importance qu'elles attachent à la protection adéquate et effective et à l'application des droits de propriété intellectuelle, industrielle et commerciale » (art. 54, al. 1), telle qu'elle découle notamment d'un certain nombre de conventions énumérées à l'art. 54, al. 2. Du point de vue de la coopération

appliqué l'art. 23, al. 1 en jugeant qu'il doit être interprété "en ce sens qu'il s'oppose à l'application à un sportif professionnel de nationalité russe, régulièrement employé par un club établi dans un Etat membre, d'une règle édictée par une fédération sportive du même Etat, selon laquelle les clubs ne sont autorisés à aligner, dans les compétitions organisées à l'échelle nationale, qu'un nombre limité de joueurs originaires d'Etats tiers qui ne sont pas parties à l'accord sur l'Espace économique européen." (Rec. 2005 I I-2579 ss. cf. aussi les observations aux cet arrêt en Europa-Recht (EuR) 2005, p. 777 ss. et en Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2005, p. 337 ss.)

législative, « la Russie s'efforce d'assurer que sa législation soit progressivement rendue compatible avec la législation communautaire » (art. 55, al. 1), étant précisé que le rapprochement des législations s'étend en particulier aux domaines énumérés à l'art. 55, al. 2 : droit des sociétés, droit bancaire, comptabilité et fiscalité des entreprises, protection des travailleurs, services financiers, règles de concurrence, marchés publics, protection de la vie et de la santé des personnes, animaux et plantes, environnement, protection des consommateurs, fiscalité indirecte, législation douanière, règles et normes techniques, lois et règlements nucléaires, transports.

La coopération économique constitue évidemment une partie substantielle de l'Accord au titre VII (art. 56-83). Cette coopération a pour objectif notamment de contribuer « à l'intégration de la Russie dans une zone plus vaste de coopération avec l'Europe » (art. 56, al. 1) et de promouvoir « les réformes économiques et sociales et la restructuration en Russie » (art. 56, al. 2) ainsi que « la coopération avec les autres pays issus de l'ex-URSS » (art. 56, al. 5).

S'agissant de la coopération industrielle (art. 57), elle vise « à créer un cadre approprié pour les entreprises, à améliorer le savoir-faire en matière de gestion et à promouvoir la transparence des marchés et des conditions d'exploitation des entreprises » (art. 57, al. 2). La promotion et la protection des investissements sont prises en compte (art. 58), sans oublier la nécessité de « promouvoir une concurrence ouverte dans la passation des marchés publics, notamment par le biais d'appels d'offres » (art. 59).

Pour la première fois, à notre connaissance, la protection des consommateurs fait son entrée dans un accord entre l'Union européenne et la Russie, en ce sens que « les parties coopèrent étroitement en vue de rendre compatibles leurs systèmes de protection des consommateurs » (art. 60, al. 2), étant précisé que « cette coopération vise notamment à créer des systèmes permanents d'information mutuelle sur les produits dangereux, à améliorer les informations fournies aux consommateurs, notamment en matière de prix, de caractéristiques des produits et des services offerts, à développer les échanges entre les représentants des intérêts des consommateurs et à améliorer la compatibilité des politiques de protection des consommateurs » (art. 60, al. 2 *in fine*). Sans nul doute s'ouvrent là des perspectives considérables qui prendront du temps à s'inscrire dans la réalité.

Le développement du secteur minier et des matières premières fait l'objet de l'art. 61, alors que la coopération en matière de science et de technologie occupe l'art. 62. Au titre de la coopération en matière d'éducation et de formation (art. 63), il est prévu notamment « la coopération entre les universités et entre les universités et les entreprises », ainsi que « la mobilité des professeurs, des diplômés, des jeunes scientifiques et des chercheurs, des administrateurs et des jeunes ».

Dans le domaine très sensible de l'agriculture, il est prévu une coopération en vue de « moderniser, restructurer et privatiser les secteurs agricoles et agro-industriels en Russie dans des conditions assurant la protection de l'environnement » (art. 64).

« Dans le cadre des principes de l'économie de marché et de la Charte européenne de l'énergie [ainsi que] dans la perspective d'une intégration progressive des marchés de l'énergie en Europe » (art. 65), une coopération doit se développer dans le domaine de l'énergie.

Quant au secteur nucléaire, la coopération « s'effectue entre autres par la mise en oeuvre de deux accords spécifiques concernant la fusion thermonucléaire et la sûreté nucléaire qui doivent être conclus entre les parties » (art. 66).

La coopération à long terme en matière de recherche, de développement et d'application commerciale dans le domaine spatial civil (art. 67) est expressément prévue, de même que la coopération visant à moderniser et à restructurer le secteur de la construction en Russie (art. 68).

L'important article 69 traite de la coopération dans le domaine de l'environnement, notamment sur quinze points expressément énumérés, et cela « dans l'esprit de la Charte européenne de l'énergie et de la déclaration de la Conférence de Lucerne de 1993 ».

S'agissant des transports, la coopération devra porter notamment sur « l'élaboration du cadre juridique et institutionnel pour le développement et la mise en oeuvre d'une politique des transports prévoyant entre autres la privatisation du secteur des transports » (art. 70). Parallèlement, il s'agira pour les parties « d'intégrer graduellement sur le plan technique un réseau respectif de services postaux et de télécommunications » (art. 71).

Quant aux services financiers, « les parties coopèrent en vue d'établir et de développer un cadre approprié pour les services bancaires, d'assurance, et les autres services financiers en Russie, qui soit adapté aux besoins d'une économie de marché » (art. 72).

Le développement régional (art. 73) a trouvé sa place dans l'Accord, de même que, dans le domaine de la santé et de la sécurité, la coopération « dans le but d'améliorer le niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs » (art. 74, al. 1).

Même le tourisme (art. 75) n'est pas passé sous silence ni non plus le développement des PME et la promotion de la coopération entre les PME de la Communauté et la Russie (art. 76). La question hautement actuelle du développement dans le domaine de la gestion et des technologies de l'information et de la communication est traitée à l'art. 77.

Outre la coopération en matière douanière (art. 78) et dans le domaine statistique (art. 79), il est prévu que « les parties facilitent le processus de réforme économique et la coordination des politiques économiques par la

voie d'une coopération visant à améliorer la compréhension des mécanismes fondamentaux de leurs économies respectives et l'élaboration et la mise en oeuvre de la politique économique dans les économies de marché » (art. 80).

La coopération dans la lutte contre le blanchiment des capitaux (art. 81) et contre la drogue (art. 82) complètent cette longue description du contenu de la coopération économique.

Le titre VIII (art. 84) concerne la coopération dans le domaine de la prévention des activités illégales, notamment l'immigration illégale, la corruption, la contrefaçon et le trafic illicite de stupéfiants.

On ne pourra que se réjouir du titre IX (art. 85) consacré à la coopération culturelle, en ce sens que « les parties s'engagent à promouvoir [cette dernière] dans le but de renforcer les liens existants entre leurs populations et encourager l'apprentissage mutuel de leurs langues et leurs cultures respectives, tout en respectant la liberté de création et l'accès réciproque aux valeurs culturelles ».

Selon le titre X (art. 86), la Russie bénéficie d'une assistance financière temporaire accordée par la Communauté au titre de l'assistance technique sous la forme de dons en vue d'accélérer son processus de réforme économique.

L'ultime titre XI (art. 90-112) a trait aux dispositions institutionnelles, générales et finales. Au niveau des organes chargés du fonctionnement du partenariat, il faut citer d'abord le Conseil de coopération²⁸ qui supervise sa mise en oeuvre et qui se réunit une fois par an et chaque fois que les circonstances l'exigent (art. 90). Il est composé d'une part des membres du Conseil de l'Union européenne et des membres de la Commission et d'autre part, des membres du gouvernement de la Fédération de Russie. Sa présidence est assurée à tour de rôle par un représentant de l'Union européenne et par un membre du gouvernement de la Fédération de Russie (art. 91). Le Conseil de coopération est assisté dans l'accomplissement de ses tâches par un Comité de coopération (art. 92) auquel le Conseil de coopération peut déléguer tout ou partie de ses compétences et qui assure la continuité entre les réunions du Conseil de coopération (art. 92, al. 2). En outre, il est institué une Commission parlementaire de coopération (art. 95), composée de membres du Parlement européen et de membres de l'Assemblée fédérale de la Fédération de Russie (art. 96).

On ne saurait passer sous silence l'important article 98 sur le libre-accès à la justice, ainsi libellé : « Dans le cadre du présent Accord, chaque partie

28 Remplacé par un Conseil permanent de partenariat, qui se réunira le plus souvent possible : décision prise lors du sommet Union européenne – Russie tenu à Saint-Petersbourg le 31 mai 2003 (Bull. UE 2003), 5, p. 97.

s'engage à assurer l'accès des personnes physiques et morales de l'autre partie, sans aucune discrimination par rapport à ses propres ressortissants, aux juridictions et aux instances administratives compétentes des parties afin d'y faire valoir leurs droits individuels et réels, y compris ceux relatifs à la propriété intellectuelle, industrielle et commerciale ».

En outre, les parties « encouragent le recours à l'arbitrage pour régler les différends découlant de transactions commerciales et de coopération conclues par les opérateurs économiques de la Communauté et ceux de la Russie » (art. 98, al. 2) et elles « recommandent à leurs opérateurs économiques de choisir d'un commun accord la loi applicable à leur contrat » (art. 98, al. 2). Il leur est même recommandé de recourir « aux règles d'arbitrage élaborées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et à l'arbitrage par tout centre d'un pays signataire de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York le 10 juin 1958 » (art. 98, al. 2).

Ce bref survol du contenu de partenariat témoigne de l'importance et de l'étendue de la coopération envisagée. En réalité, c'est un cadre général pour un rapprochement toujours plus étroit entre l'Union européenne et la Russie qui est dessiné. Il reste maintenant à voir comment ce cadre a commencé à se remplir depuis 1997.

Aujourd'hui, le partenariat se concrétise principalement dans les quatre « espaces communs » définis lors du sommet de Saint-Petersbourg, le 31 mai 2003²⁹. Ainsi les parties entendent créer un espace économique européen commun (EEEC), un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, un espace commun de coopération dans le domaine de la sécurité extérieure et un espace de recherche et d'éducation, incluant les aspects culturels. En outre, l'Union européenne et la Russie entendent travailler à une approche commune en matière de politique européenne de sécurité et de défense (PESD)³⁰. Lors du sommet tenu à Rome le 6 novembre 2003, la mise en oeuvre de ces quatre espaces fut discutée. Un accord de coopération scientifique et technologique ainsi qu'un accord entre la Russie et Europol en matière de lutte contre la criminalité organisée transnationale furent signés. En outre, deux déclarations conjointes respectivement sur l'espace économique européen commun et sur la coopération dans les questions politiques et de sécurité furent adoptées.

Quant au sommet de Moscou, tenu le 21 mai 2004, il a été marqué par l'aval de l'Union européenne à la prochaine adhésion de la Russie à l'OMC.

29 Cf. Bull. UE 2003, 5, pp. 96-97.

30 Cf. JOCE n° L 157 du 26 juin 2003.

En réalité, sur les quatre espaces communs précités, deux espaces (à savoir l'économie ainsi que la recherche et l'éducation) ne soulèvent pas de difficultés particulières et les « feuilles de route » d'une collaboration ont été adoptées. En revanche, le bât blesse pour les deux autres espaces, à savoir la liberté et la justice d'une part et la sécurité extérieure d'autre part, au point que le sommet prévu pour le 11 novembre 2004 à La Haye a dû être reporté³¹ et s'est tenu finalement le 25 novembre 2004³². En matière de liberté et de justice, c'est principalement la question tchétchène qui constitue un motif de discord. Dans le domaine de la sécurité extérieure, le désaccord porte surtout sur les relations des deux parties avec l'Ukraine et la Biélorussie. L'Union européenne propose à ces pays une « politique de voisinage³³ » mal vue par la Russie, notamment en ce qui concerne les actions conjointes à mener en cas de crise. Pour la Russie, il ne peut s'agir que d'opérations à court terme, tandis que l'Union européenne envisage une présence à plus long terme.

On précisera que les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne ont décidé, contre l'avis de la France et de l'Allemagne, que l'accord sur les quatre « espaces communs » ne pouvait être que global. De plus, le 23 février 2004, le Conseil a confirmé que l'Accord de partenariat devait s'appliquer de façon inconditionnelle et sans distinction aux vingt-cinq membres que compte l'Union européenne depuis le 1^{er} mai 2004³⁴, l'Accord de partenariat devant être ratifié aussi par chacun des dix nouveaux Etats membres. Loy de sommet tenu à Moscou, le 10 May 2005, il est effectue que ci la deux volets économique et culturel du partenariat se développaient de façon satisfaisante, en revanche, des blocages existaient toujours, quant au volet "liberté et justice" et au volet "sécurité", les deux dernières sommets tenus le 4 octobre 2005 à Londres et le 25 mai 2006 à Sotchi, ont été dominés par le domaine de l'énergie et l'élaboration des conditions d'une coopération éventuellement avantageuse en ce domaine crucial.

31 Cf. « Droits de l'homme et libertés expliquent le report du sommet UE – Russie », *Le Monde*, 11 novembre 2004, p. 8.

32 Bull. UE 2004, 11, p. 98.

33 Cf. le plan d'action définissant la politique de voisinage de l'Union européenne notamment à l'égard de la Moldavie et de l'Ukraine, adopté par la Commission le 9 décembre 2004 : *Le Monde*, 14 décembre 2004.

34 Bull. UE 2004, 1-2, p. 155.

EN GUISE DE CONCLUSION

Comme tout partenariat, celui qui lie l'Union européenne à la Russie représente une aventure dont le dynamisme apparaît, à notre sens, trop ancré dans l'irréversibilité du rapprochement entre les protagonistes pour pouvoir, sauf catastrophe, être arrêté. Face au déplacement du centre de gravité du monde vers l'Eurasie et à l'isolement corrélatif de l'Amérique, l'Europe et la Russie naviguent dans le même bateau, qu'il s'agit de mener à bon port, dans l'intérêt bien compris des uns et des autres.

L'épisode ukrainien et la façon dont la crise a été surmontée (notamment grâce à la médiation européenne) démontrent à l'évidence que le partenariat constitue la seule voie possible vers une solution positive des problèmes liés à la fin de l'Empire russe. Après avoir dû lâcher la Géorgie, les Etats baltes et maintenant Kiev, « la mère des villes russes »³⁵, la Russie ne pourra abandonner sa vision impériale qu'au bénéfice d'une logique de coopération institutionnalisée, dans le respect réciproque de l'altérité de chacun des partenaires. Cette perspective constitue précisément la philosophie de l'Accord de partenariat, qui devrait aider la Russie à opérer le passage délicat de la dictature à la démocratie³⁶. On voudrait pouvoir s'inscrire en faux contre l'aveu tragique du grand poète Sergueï Essenine qui écrit, dans « La confession d'un voyou » : « J'aime immensément ma Russie bien qu'en elle la rouille de la tristesse se penche en saule ».

35 Cf. A. Fontaine, « L'Ukraine, clé de l'empire russe », *Le Monde*, 14 décembre 2004, pp. 1 et 24.

36 Cf. N. Masolv, *Une jeunesse soviétique* (Paris, éd. Denoël Graphic, 2004), qui illustre par la bande dessinée l'enfer dont sort la Russie.

THE RESPONSIBILITY OF THE POLITICAL ORGANS
OF THE UN FOR PALESTINE IN LIGHT OF THE ICJ'S
WALL OPINION

*Vera Gowlland-Debbas**

1 THE ADVISORY OPINION'S CONTRIBUTION TO CENTRAL ISSUES OF
INTERNATIONAL LAW

The Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory handed down by the ICJ on 9 July 2004, and endorsed by 14 judges with only one dissenting vote, is a milestone in the Court's case-law. The Court in its findings determined that the construction of the Wall was a breach of international law entailing cessation and reparation. It also spelled out the legal consequences for third States and for United Nations organs.

The Advisory Opinion goes well beyond the question of the wall and even beyond the Palestine-Israel conflict, for it touches on major contemporary challenges to international law.

One of these challenges is how to legally constrain responses to global threats following on the events of September 11, 2001. Israel has justified the construction of this wall on grounds of self-defence against terrorist attacks on the basis of its interpretation of Article 51 of the Charter and Security Council resolutions 1368 and 1373 adopted in the aftermath of the attack on the World Trade Center. Israel asserts that these resolutions have clearly recognized the right of States to use force in self-defence against

* Professor of Public International Law, Graduate Institute of International Studies, Geneva. She served as Counsel to the Arab League in the International Court of Justice's Advisory Opinion on *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. This contribution reflects her personal views.

non-State actors and therefore *a fortiori* the right to use non-forcible measures to that end.¹

This raises the broader question of the limits to this so-called “war” on terrorism, which shows an evident slowing down if not reversal of the trend since 1945 to make States accountable for the treatment of individuals on their territory or within their jurisdiction, through measures which have gravely challenged the traditional individual protection régime, as legal “black-holes” have emerged in which it is claimed that neither human rights nor humanitarian law applies.

The Court’s restrictive interpretation of Article 51 of the Charter, thus reaffirming its *Nicaragua* judgement, as well as Security Council resolutions 1368 and 1373 on terrorism, and its refusal to accept Israel’s claims grounded on self-defence,² or even on a state of necessity,³ thus provide essential guidelines in this respect. In short, the judges without exception recognised that while Israel had the right, as well as the duty, to protect the life of its citizens, in the words of Judge Buergenthal, the dissenting judge: “a State which is the victim of terrorism may not defend itself against this scourge by resorting to measures international law prohibits.”⁴

I will not elaborate on this aspect of the ICJ’s Opinion which is beyond the scope of my study, except to say that the criticisms engendered by the Court’s statement in this respect, particularly on grounds of its lack of in-depth reasoning, is unfortunate. For in view of the status of the Territory, it has been convincingly argued that the right of self-defence was irrelevant in view, *inter alia*, of the *lex specialis* of humanitarian law.⁵ But more serious is the fact that whether intentionally or not, the debate which has centered on the issue of self-defence has obfuscated the more crucial contributions of this Opinion.

1 UN Doc. A/ES-10/PV.21, p. 6.

2 While the Court seriously considered Israel’s security claims, it pointed out that Article 51 recognises the existence of this right only in the case of an armed attack by one State against another State. Consequently, it concluded that Article 51 has no relevance in this case. Moreover, the Court noted, “that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory”. See *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 139 (available at <http://www.icj-cij.org>).

3 *Ibid.*, para. 140. In any event, the requirements of necessity, as spelled out in Article 25 of the ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, were not met, as “the construction of the wall along the route chosen” was not “the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction”.

4 Although he departed from the Court’s reading of the right of self-defence. See Declaration of Judge Buergenthal, para. 2.

5 See, e.g., Palestine oral pleadings, CR 2004/1, at p. 44 (available at www.icj-cij.org).

The first is the Court's confirmation of the continued applicability of human rights law in time of armed conflict to the extent of its non-derogable rights,⁶ and as an indivisible whole – i.e. as englobing both civil and political rights, and economic, social and cultural rights – at a time when it is more important than ever to underline the unity of the international protection system for the individual in light of such situations as Guantanamo and Abu Ghraib. The ICJ also confirmed that while the jurisdiction of States is primarily territorial it may sometimes be exercised outside the national territory, wherever States exercise all or some of their public powers.⁷ This confirms the case-law of human rights judicial and quasi-judicial bodies.

The second contribution of the Advisory Opinion is to underline the importance of the role and function of law in international affairs at a time when international law is being highly marginalized and international lawyers made to feel irrelevant. For, while solution of the Palestinian problem is said to be one for political negotiation, it is also evident that its political aspects are tightly intertwined with its legal dimension. Questions of occupation, of self-determination, of respect for human rights and humanitarian law, of use of force, are quintessential problems of international law. The Court has thus rejected claims made by Israel, the United States and the European Union that to give an Advisory Opinion on this question would be politicising the Court and therefore be inappropriate.

The abstention of the EU Member States on General Assembly Resolution A/RES/ES-10/14 of 8 December 2003 requesting the Opinion has been particularly paradoxical and inconsistent in this respect, seeing that the EU had sponsored Resolution A/RES/ES-10/13 adopted on 27 October 2003 at the resumed 10th Emergency Session of the General Assembly determining that the construction of the Wall was illegal and demanding that Israel stop and reverse its construction, thus placing the question squarely in the context of international law.

The Court reiterated that every political issue has its legal aspects and that what the Court was being asked to do was to exercise its essentially judicial task in assessing the legality of the conduct of Israel under international law.⁸ On a previous occasion, it had stated: “the Court has never shied away from a case brought before it merely because it had political implications . . .”⁹ The distinction made by the Court has always been not one between legal and political disputes but between distinct methods of

6 *Wall Opinion*, paras. 105-106.

7 *Ibid.*, para. 109.

8 See *Wall Opinion*, para. 41.

9 See *Nicaragua, ICJ Reports 1984*, p. 435.

settlement, the one judicial, the other political. Moreover, as the principal judicial organ of the United Nations, it has constantly reiterated that it is bound to participate in the activities of the UN, to promote its purposes and to give effect to the decisions of its organs; it also occupies an important place in the Charter's scheme for peace maintenance. A *refusal* to render the Opinion would have run the risk just as much of politicising the Court; one will recall its 1966 judgement in the *Ethiopia/Liberia v. South Africa* case. Indeed, it was the activism of the Court in the 1971 *Namibia* Opinion, not its silence in the contentious *South West Africa* case, that contributed to renewed faith in its role and to the eventual full independence of Namibia.¹⁰

Thirdly, the importance of the Court's Opinion lies in the fact that this is the first time in the history of Palestine that a judicial body has set down a comprehensive legal framework for the Occupied Palestinian Territory, for previous attempts to request an advisory opinion, the first as early as 1947 by the *ad hoc* Special Committee on Palestine, had been unsuccessful.¹¹ In addressing the request, the Court has pronounced on the broader question of the international status of Palestine, and confirmed the Palestinian people's identity and their right to self-determination and statehood.

Finally, and this will be the main focus of the comments which follow, the Advisory Opinion has served to confirm the central responsibility of the political organs of the United Nations for the Territory. There is no need in this context to go into a detailed examination of the arguments of the Court in asserting its own competence to hand down an Advisory Opinion. Suffice it to say that it did this on the basis that the General Assembly had the right to make the request, that the question was a legal question and that there was no compelling reason for the Court to refuse to give a reply on grounds of "judicial propriety".¹² However, in the process of examining its jurisdiction from this perspective, the Court has served to confirm important aspects of United Nations law, reaffirming, in particular, the competence of the General Assembly in matters of international peace and security and the nature of its relationship to the Security Council.

In the light of current discussions on United Nations reform and of the Security Council's assumption of vast and quasi-legislative powers while

10 See V. Gowlland-Debbas, "Strengthening the Role of the Court as the Principal Judicial Organ of the UN. Commentary", in: C. Peck, R.S. Lee (eds.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1997), pp. 254-266, at p. 266.

11 See the Report of the Sub-Committee 2 to the Ad Hoc Committee on the Palestinian Question which considered that an Advisory Opinion on the "difficult and complex legal and constitutional issues" should be obtained (Document A/AC.14/32 and Add. 1, 11 November 1947, paras. 38-40), cited in Separate Opinion of Judge Elaraby, *Wall Opinion*, para. I.1.

12 *Wall Opinion*, para. 65.

under the preponderant influence of a single superpower, this bolstering of the role of the most representative of the UN political organs – the General Assembly – is of major significance. Indeed, the Secretary-General’s High Level Panel Report recommended that Member States “renew efforts to enable the General Assembly to perform its function as the main deliberative organ of the United Nations”, highlighting its legitimacy as a universal body which provides a unique forum within which global consensus must be sought on contemporary challenges facing the international community, including broader, more effective collective security.¹³ The 2005 World Summit Outcome declaration, while reaffirming the Security Council’s primary responsibility in the maintenance of international peace and security, also noted the role of the General Assembly in this field.¹⁴

The Court has thus demonstrated that the solution for the Palestine-Israel conflict does not solely lie in bilateral negotiations between the parties, nor in the so-called Quartet on the basis of a US-devised Roadmap, but that the question of Palestine is the continuing and special responsibility of the United Nations and should be dealt with in the framework of the United Nations “Roadmap” which has been set in place as early as 1947. In short, the United Nations is not just an equal partner in the Quartet – it is central to the process of bringing Palestine to statehood within the framework of international law.

2 THE RESPONSIBILITY OF THE POLITICAL ORGANS OF THE UNITED NATIONS FOR PALESTINE

The Court stated in response to objections that, should it exercise its competence, it would be interfering in a bilateral dispute:¹⁵

49. Furthermore, the Court does not consider that the subject-matter of the General Assembly’s request can be regarded as only a bilateral matter between Israel and Palestine. Given the powers and responsibilities of the United Nations in questions relating to international peace and security, it is the Court’s view that the construction of the wall must be deemed to be directly of concern to the United Nations. The responsibility of the United Nations in this matter also has its origin in the Mandate and the Partition Resolution concerning Palestine.

13 S. XIII, paras. 240, 242.

14 See A/RES/60/1, para. 80.

15 As Judge Owada pointed out in his Separate Opinion (para.14), the fact that the case contains an aspect of a bilateral dispute should not act as a bar to the Court’s exercise of its competence.

This responsibility has been described by the General Assembly as “a permanent responsibility towards the question of Palestine until the question is resolved in all its aspects in a satisfactory manner in accordance with international legitimacy” (General Assembly resolution 57/107 of 3 December 2002). Within the institutional framework of the Organization, this responsibility has been manifested by the adoption of many Security Council and General Assembly resolutions, and by the creation of several subsidiary bodies specifically established to assist in the realization of the inalienable rights of the Palestinian people.

50. The object of the request before the Court is to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions. The opinion is requested on a question which is of particularly acute concern to the United Nations, and one which is located in a much broader frame of reference than a bilateral dispute.¹⁶

This special and continuing responsibility of the UN therefore flows from the international status of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, as a former Mandate and self-determination unit. But it is also a territory of international – and hence United Nations – concern as an occupied territory and as a result of the threat posed by the ongoing conflict to the maintenance of regional and international peace and security, the primary purpose of the Organization. Both the General Assembly and the Security Council are therefore heavily implicated in the question, the latter as the body primarily responsible for the maintenance of international peace and security, the former because of its competence in matters of decolonisation and self-determination, but also as a result of its secondary responsibility in peace maintenance.

In fulfilment of this responsibility, the UN has created a whole edifice of rules that are to serve as the legal foundation for any negotiated settlement leading the territory to statehood.

A. The Responsibility of the General Assembly for the Statehood of Palestine

► *The competence of the General Assembly based on the international status of the Territory as a former Mandate*

The international status of Palestine flows first from the Territory’s former status as a Class A Mandate (the Mandates closest to independence) detached from the Ottoman Empire and placed in 1922 under the League of

¹⁶ *Wall Opinion*, paras. 49-50.

Nations mandate system with Great Britain as the Mandatory Power.¹⁷ The Court refers, in its *Wall* Opinion, to the *International Status of South West Africa* Opinion, in which it had upheld the two fundamental principles of the Mandate system: “the principle of non-annexation and the principle that the well-being and development of . . . peoples [not yet able to govern themselves] form[ed] ‘a sacred trust of civilization’”.¹⁸ The Mandate could not therefore impair or destroy the rights of the original inhabitants and its essence was based on international supervision and accountability.

Following on the demise of the League of Nations and the placing of the Question of Palestine on the agenda of the UN General Assembly, the General Assembly adopted on 29 November 1947, the famous Partition Resolution 181(II) on the basis of the majority report of its Special Committee on Palestine (UNSCOP). Resolution 181 declared that “The Mandate for Palestine shall terminate as soon as possible but in any case not later than 1 August 1948” (Part IA(1)). It also recommended a “Plan of Partition with Economic Union” which provided for the establishment of independent Arab and Jewish States, allocated 42.88% and 56.47%, respectively, of the territory of historic Palestine, and of a special international régime for the City of Jerusalem, hence laying down the concept of a two-State solution.

It is interesting to point out that the Plan of Partition foresaw in its Part IA (4), a transitional period between termination of the Mandate and the independence of the two States. During this transitional period, the Security Council was enlisted in the implementation of Resolution 181(II) and was requested to counter any attempt to alter by force the settlement envisaged in the resolution by the adoption of measures under Articles 39 and 41 of the Charter.¹⁹

The Resolution also requested certain guarantees from the Provisional Governments of the respective entities before independence, laid down in the form of a Declaration (Part IC of the Partition Plan).²⁰ While the competence

17 The concept of the Mandate and its basic objectives were laid down in Article 22 of the Covenant of the League of Nations. With respect to Class A Mandates, paragraph 4 provided that “(c)ertain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations can be provisionally recognized subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone.”

18 *ICJ Reports 1950*, p. 131.

19 See, for the notion of a transition period as a “political reality, not a legal fiction”, Separate Opinion of Judge Elaraby, para. 2.3.

20 These included protection of Holy Sites, religious freedom and minority rights which could not be modified without the assent of the General Assembly (Chapters I and II), and recourse to the ICJ for settlement of any disputes relating to the application or the interpretation of the provisions of the Declaration unless the parties agreed to another form of settlement (Chapter IV).

of the Assembly to adopt Resolution 181 was challenged at the time,²¹ this can no longer be in doubt. The Court was subsequently to recognize in its Advisory Opinions in the *South West Africa* cases that the international responsibilities concerning mandated territories were not dependent on the continued existence of the League of Nations, and, in particular, that the supervisory functions over the administration of the Mandate had devolved upon the United Nations.²² It meant too that the General Assembly had the competence to authorize any change of status for the mandated areas, since the powers of the League also included modification of the terms of the Mandate. This authority was asserted in the Assembly's Partition Plan.²³

Although the *legal effects* of this resolution, as opposed to the *authority* of the Assembly to adopt it, have been controversial and were initially contested by the Arab States and the Arab population of Palestine, Resolution 181(II) has become the foundation of the legitimacy of the establishment both of the State of Israel in 1948 and of the Palestinian State declared by the Palestine National Council at its 19th Extraordinary Session in Algiers on 15 November 1988.²⁴ Res. 181 was also the first recognition

21 See, e.g., H. Cattan, *Palestine and International Law: the Legal Aspects of the Arab-Israeli conflict*, 2nd ed. (Longman, New York, 1976).

22 *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1950*, pp. 128, 133. The Court derived the competence of the General Assembly to exercise such supervisory functions in part from its broad powers under Article 10 of the Charter, as well as from Article 80(1) of the Charter (*ibid.*, p. 137).

23 The competence of the General Assembly to determine the status of Jerusalem may also be drawn in part from the combined effects of Articles 13, 14 and 28 of the Mandate. Art. 28 states: "In the event of the termination of the mandate hereby conferred upon the Mandatory, the Council of the League of Nations shall make such arrangements as may be deemed necessary for safeguarding in perpetuity, under guarantee of the League, the rights secured by Articles 13 and 14" (access to the Holy Places in Jerusalem).

See A. Cassese, "Legal Considerations on the International Status of Jerusalem", III *The Palestine Yearbook of International Law*, 1986, pp.13-39. For a contrary view, see E. Lauterpacht, "Jerusalem and the Holy Places", in: J.N. Moore (ed.), *The Arab-Israeli Conflict*, Vol. I (Princeton, Princeton University Press, 1974), pp. 929-1009.

24 The Israeli Declaration of Independence states that the establishment of a Jewish State was made "by virtue of our natural and historic right and on the strength of the Resolution (181) of the United Nations General Assembly" (see website of the Israeli Foreign Ministry). The Palestinian declaration states: "By virtue of the natural, historical and legal right of the Palestinian Arab people to its homeland, Palestine . . . on the basis of the international legitimacy embodied in the resolutions of the United Nations since 1947", 27 *ILM*, 1998, 1637-1654). See V. Gowlland-Debbas, "Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine: An Application of the Legitimizing Function of the United Nations", 61 *BYIL*, 1990, 135-153. In its Resolution 273(III) admitting Israel into the United Nations on 11 May 1949, the General Assembly took note of the declarations made by the representative of Israel before the *ad hoc* Committee respecting Israel's implementation of Resolutions 181(II) and 194(III) which consecrates the right of return of Palestinian refugees.

by the international community of the right to statehood of the Arab Palestinians and meant that neither the international status of the Territory nor the primary responsibility of the General Assembly for the achievement of statehood came to an end with the termination of the Mandate.

The story of the fate of Resolution 181(II) and the armed conflicts which ensued is well known and need not be recounted here. Following on the 1948-9 Arab-Israeli conflict, the newly proclaimed State of Israel appropriated territories not assigned to it under the Partition Plan, and Egypt and Jordan ended up administering the Gaza Strip and West Bank respectively, both of which territories were occupied by Israel following further hostilities in 1967. The Court – too briefly – summarises this history, making only passing reference to the series of agreements passed between Israel and the PLO since 1993.²⁵ Ultimately the Palestinians recognized Israeli sovereignty over 78% of historic Palestine, the Occupied Palestinian Territory consisting therefore only of the remaining 22%.

Therefore, except where it concerns Jerusalem, the status of which is still not finally determined, when the General Assembly recalls Resolution 181, it is not so much for the Partition Plan, but for the purpose of affirming the right of the Palestinian people to statehood.

► *The competence of the General Assembly flowing from the right to self-determination of the Palestinian peoples*

The General Assembly's responsibility for the Territory beyond the termination of the mandate flowed from the collective recognition by the international community expressed through the General Assembly of the right to self-determination of the Palestinian people.²⁶

This right, expressed most forcefully in Resolution 1514(XV) in the decolonisation context and reaffirmed in Resolution 2625(XXV), was thus extended to circumstances where peoples are subject to “alien subjugation, domination, and exploitation”. From this right flowed the right to representation by the PLO, including the grant of observer status in the General Assembly, the only liberation movement, apart from SWAPO, to be given this privilege.²⁷ It also included the right to use force in self-defence, to be

25 See *Wall Opinion*, paras. 70-78, and the criticisms in that respect of Judge Higgins, Separate Opinion, para. 16. For a more comprehensive treatment see Part II of the Separate Opinion of Judge Elaraby. See generally: O.M. Dajani, “Stalled between Seasons: The International Legal Status of Palestine during the Interim Period”, 26 *Den J Int'l L & Pol'y*, 1997, 27-92.

26 See GA Res. 2535(XXIV), 2628(XXV), 2672 C(XXV), since reaffirmed in countless resolutions, e.g., GA Res. 48/158D and 58/163.

27 See, e.g., GA Res. 3210(XXIX), 3236(XXIX), 3237(XXIX), and 52/250. The PLO was subsequently

assisted by third States (see Resolution 2625(XXV)), and, particularly important in the context of the construction of the wall, the right to permanent sovereignty over natural resources, englobing the Palestinian national wealth and economic activities, including land and water. Thus Resolution 58/229 (2003) calls on Israel “not to exploit, cause loss or depletion of or endanger the natural resources in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan” and recognizes “the right of the Palestinian people to claim restitution as a result of any exploitation, loss or depletion of, or danger to, their natural resources”.²⁸

The right to self-determination can only be exercised over a territory, hence the affirmation of the right to self-determination of the Palestinian people meant the affirmation of a self-determination unit within determined boundaries. This has been recognized by both the General Assembly and Security Council as the Territory beyond the Armistice Lines of 1949 corresponding to the Territory occupied by Israel since 1967, i.e. the West Bank, including East Jerusalem, and Gaza.

The ultimate goal of the application of the principle of self-determination has been the statehood of Palestine. In 1988 the General Assembly asserted its competence to determine whether territorial solutions for Palestine were in conformity with the realization of the right to self-determination when it responded to the decision of the Palestine National Council of 15 November 1988 by adopting GA Res. 43/177. This Resolution, which acknowledges the proclamation of an independent State of Palestine, affirms the intrinsic legality of a situation considered to be in conformity with GA Res. 181, including the right to a State of its own, and the consequent intrinsic illegality, despite its effectiveness, of the Israeli occupation which was preventing the State of Palestine from exercising authority over this territory.

By implicitly acknowledging that the conditions for the establishment of a Palestinian State had now been met, the Assembly may be said to have been asserting its competence, assumed on a number of occasions, to determine the forms and procedures by which the right to self-determination was to be realized on the basis of the free and genuine expression of the will of

invited routinely to participate in the discussions on Palestine in the Security Council under rule 37 which applies to “any member of the UN which is not a member of the Security Council . . .”. In 1988 the appellation of the PLO was changed to “Palestine” in the work of all UN organs. In 1998 the General Assembly granted it additional rights and privileges of participation normally reserved for Member States, including the sponsorship of draft resolutions related to the question of Palestine.

28 See also e.g., GA Res. 3336 (1974), 32/161 (1977), 51/190 (1996), 54/230 (1999) 56/204 (2001).

the peoples concerned, a discretionary right upheld by the Court in the case of *Western Sahara*.²⁹ But GA Res. 43/177 also served to confirm the self-determination boundaries of the new Palestinian State when it “affirms the need to enable the Palestinian people to exercise their sovereignty over their territory occupied since 1967”.

This responsibility over the final determination of the status of the territory and the fate of the Palestinian people has never lapsed, and has been expressed in countless resolutions and institutional mechanisms.³⁰

The Advisory Opinion on the Wall has set the judicial seal on these developments. It was on the basis of Palestine’s special Observer status and co-sponsorship of the General Assembly resolution requesting the advisory opinion that the Court decided that Palestine should also be entitled to file a written submission as well as to participate in the oral hearings.³¹

The Court also confirmed the right to self-determination of the Palestinian people. It recalled its 1971 Namibia Opinion in which it had stated that current developments in international law in regard to non-self-governing territories left little doubt “that the ultimate objective of the sacred trust . . . was the self-determination . . . of the peoples concerned”.³² This right to self-determination entails a right to respect for the territorial integrity and unity of the *whole* Territory under occupation as well as the obligation on States to promote the realization of that right. It also entailed the duty of every State “to refrain from any forcible action which deprives peoples . . . of their right to self-determination.”³³

The Court then observed: “that the existence of a ‘Palestinian people’ is no longer in issue” and pointed out that such existence had been recognized by Israel in its recognition of the PLO as its legitimate representative. It considered that the reference to the “legitimate rights” of the Palestinian people in the Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and Gaza Strip of 28 September 1995 also included the right to self-determination.³⁴ It likewise confirmed the *erga omnes* character of the right to self-determination which it had upheld in the *East Timor Case*.³⁵

29 *Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1975*, p. 36.

30 See M.H. Arsanjani, “U.N. Competence in the West Bank and Gaza Strip”, 31 *ICLQ*, 1982, 426-450, at 444-445.

31 See *Wall Opinion*, Order of 19 December 2003, paras. 2 and 4, and para. 4 of the Advisory Opinion.

32 *Namibia Opinion*, para. 121.

33 *Wall Opinion*, paras. 88.

34 *Ibid.*, para. 118.

35 *Ibid.*, para. 156. See *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, *ICJ Reports 1995*, p. 102.

Basing itself on the report of the Secretary-General, which is itself drawn in part from official Israeli sources, and on other official UN documents,³⁶ the Court recalled that the planned route which is in large part to be built well within the Armistice Line of 1949, would incorporate in the area between the Green Line and the wall more than 16% of the territory of the West Bank. The wall's sinuous route has been traced in such a way as to include within that area around 80% of the Israeli settlers living illegally in the OPT (including East Jerusalem), as well as 237,000 Palestinians. Moreover, around 160,000 other Palestinians would reside in almost completely encircled communities.

By cutting the Palestinian territories into barely contiguous territorial units deprived of international borders, the construction of the wall threatened the potential of any future viable Palestinian State. It created a "fait accompli" which, if it became permanent, "would be tantamount to *de facto* annexation"³⁷

In addition, the creation of a "Closed Area" in that part of the West Bank lying between the Green Line and the wall established a new administrative régime, closing this area off to those, excluding Israeli citizens and Israeli permanent residents, without permits, and with access to and from the area only possible through gates with limited and erratic opening periods. Thus the wall not only prevented freedom of movement for the Palestinian population, but, as the Court stated, could generate another exodus, thus risking further alterations to the demographic composition of the Occupied Palestinian Territory resulting from the departure of Palestinian populations from certain areas.³⁸

Although the Court did not refer to the right to permanent sovereignty over natural resources, it cited a number of UN reports pointing out that the wall has seriously affected agricultural production in the West Bank by destroying the most fertile agricultural land, including olive trees and citrus

36 The most relevant United Nations documents placed before the Court were: Documents relating to the Question on which an Advisory Opinion is requested by General Assembly Resolution ES-10/14 of 8 December 2003, transmitted to the International Court of Justice by the Secretary-General of the United Nations, in accordance with Article 65, paragraph 2, of the Statute of the Court; Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/13 (A/ES-10/248, 24 November 2003); Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, John Dugard, "The situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967", submitted in accordance with Commission resolution 1993/2 A (E/CN.4/2004/6, 8 September 2003); Report by the Special Rapporteur of the United Nations Commission on Human Rights, Jean Ziegler, "The Right to Food", Addendum, Mission to the Occupied Palestinian Territories (E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 October 2003).

37 *Wall Opinion*, paras. 119, 121-122.

38 See *ibid.*, paras. 84, 85, 119, 122 and 133.

groves, as well as effectively annexing most of the western aquifer system providing half of the water resources of the West Bank.³⁹

The Court concluded from the facts above that the construction of the Wall and its associated régime, not only violated important provisions of human rights and humanitarian law, but also “severely impedes the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination, and is therefore a breach of Israel’s obligation to respect that right.”⁴⁰

Two members of the Court parted with the majority opinion on the issue of self-determination, apparently failing to see the Court’s logic. While recognising a Palestinian right to self-determination, Judge Higgins did not agree with the Court that the Wall presented a “serious impediment” to the exercise of this right. “That territory is no more, or less, under occupation because a wall has been built that runs through”.⁴¹ While Judge Kooijmans pointed out that “not every impediment to the exercise of a right is by definition a breach of that right or of the obligation to respect it, as the Court seems to conclude in paragraph 122”⁴²

Yet both fail to see the logic of the Court’s pronouncement. The reasons why the construction of the wall and its associated régime could be said to infringe the right to self-determination of the Palestinian people were very succinctly laid out in Palestine’s written statement. As the Special Rapporteur of the Human Rights Commission, Professor John Dugard also stated: “The right to self-determination is closely linked to the notion of territorial sovereignty. A people can only exercise the right of self-determination within a territory. The amputation of Palestinian territory by the Wall seriously interferes with the right of self-determination of the Palestinian people as it substantially reduces the size of the self-determination unit (already small) within which that right is to be exercised.”⁴³ It will be recalled that the General Assembly had declared a similar process of destroying the unity and territorial integrity of a self-determination unit, namely South Africa’s policy of “bantustanization”, to constitute a violation of the right to self-determination.⁴⁴

Judge El-Araby underlined the permanent character of the wall in his Separate Opinion, by pointing to Israel’s proposed unilateral Disengagement Plan from Gaza⁴⁵ which states in relation to the West Bank:

39 *Ibid.*, paras. 133. See reports cited in footnote 36.

40 *Ibid.*, para. 122.

41 Separate Opinion, para. 31.

42 Separate Opinion, para. 32.

43 Report to the Human Rights Commission, *op. cit.*

44 See GA Res.31/6A. See also SC Res. 402(1976), 407, 417(1977) endorsing the General Assembly position and calling for an end to the policy of bantustanization.

45 See Letter addressed by the Prime Minister of Israel to the President of the United States on 14 April 2004.

... it is clear that there will be areas in Judea and Samaria that will be part of the State of Israel, and there will be civilian communities, security zones and other places in which Israel has further interest inside those areas.

This was authoritative evidence of the intention of Israel to annex parts of the Palestinian Territory and hence to affect the future State of Palestine.⁴⁶

B. The Responsibility of the Security Council for Palestine in the Framework of the Maintenance of International Peace and Security

Security Council resolutions support the General Assembly's findings concerning the international status of the Territory.

It will be recalled that the Security Council had been exercising responsibility over Palestine as early as 1948 when, acting under Chapter VII of the Charter, it adopted Resolution 54 (1948) which determined that the situation in Palestine constituted a threat to the peace under Article 39. Acting on the basis of Article 40, it called for a cease-fire, declaring that failure to comply with the resolution by the parties concerned "would demonstrate the existence of a breach of the peace within the meaning of Article 39 of the Charter, requiring immediate consideration by the Security Council with a view to such further action under Chapter VII" as it may decide. The resolution indicated that these conditions would remain in force "until a peaceful adjustment of the future situation of Palestine is reached".

In its Advisory Opinion, the ICJ confirmed the series of pronouncements embedded in countless Security Council resolutions since then.⁴⁷

The first have upheld the illegality under international law and UN resolutions of Israel's occupation of Palestinian territories since 1967, including Jerusalem, considered to be contrary to the well-established principle of the inadmissibility of the acquisition of territory by force, and calling for the withdrawal of Israeli armed forces, such as Resolutions 242(1967) and 338(1973).⁴⁸

The Court likewise confirmed the Security Council's determination of the status of the Territory as Occupied Territory.⁴⁹ From this flows a num-

46 Separate Opinion of Judge Elaraby, para. 2.5.

47 See *Wall Opinion*, notably paras. 75 and 99.

48 For the drafting history of SC Res. 242 which indicates that the Security Council had no intention of endorsing Israeli annexation of any part of the West Bank or Gaza Strip, see J.McHugo, "Resolution 242: A Legal Reappraisal of the Right-Wing Israeli Interpretation of the Withdrawal Phrase with Reference to the Conflict between Israel and the Palestinians", 51 *ICLQ*, 2002, 851-882.

49 The Court cites Resolution 237(1967), 271(1969), 681(1990), 799(1992) and 904(1994) regard-

ber of consequences, *inter alia*, the application of the Fourth Geneva Convention and the obligation on the high contracting parties to the Geneva Conventions to ensure respect by Israel for its obligations in accordance with common Article 1 (Resolution 681(1990)).

The Court also upheld those Security Council resolutions which have declared that all legislative and administrative measures taken by Israel which purported to alter the character and status of the Occupied Palestinian Territory, including Jerusalem, such as its 1980 Basic Law establishing Jerusalem as the “complete and united” capital of Israel, expropriation of land and properties, transfer of populations and legislation aimed at the incorporation of the occupied territory, are null and void.⁵⁰

In a very important passage, the Court concluded on the grounds of Security Council resolutions that “the Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory (including East Jerusalem) have been established in breach of international law”, in particular Article 49, para. 6, of the IVth Geneva Convention.⁵¹ It must be emphasised that this crucial pronouncement of the Court was concurred in by the dissenting Judge Buergenthal.⁵²

From all the above, it is clear that in the absence of a mutually agreed peace settlement establishing the permanent status of the Palestinian Territory, any unilateral change in the international status and composition of the Territory constitutes a material breach of Security Council resolutions, the UN Charter and international law.

Moreover, it should also be pointed out that both the Security Council and the General Assembly have exercised their responsibility towards Palestine through an intimate involvement in the peace negotiations, including the Quartet, towards a two-State solution.⁵³ This indicates that all future negotiations must be based firmly on these core UN Resolutions and on the international legal principles on which they rest. At any rate, the operation

ing the applicability to the OPT of the Geneva Conventions and in which the Security Council considered that the Israeli settlements had “no legal validity”. For one of the latest, see Resolution 1544(2004) in relation to the demolition of houses in the OPT by Israel, in which the Council calls once again on Israel as occupying Power “to abide scrupulously by its legal obligations and responsibilities under the Fourth Geneva Convention”.

50 See also, *inter alia*, Res. 298(1971), 446(1979), 476 and 478(1980). These resolutions were reaffirmed as late as 2000 in Resolution 1322(2000).

51 *Wall Opinion*, para. 120. The Court cites Resolutions 452(1979) and 465(1980), the latter describing “Israel’s policy and practices of settling parts of its population and new immigrants in [the occupied] territories” as a “flagrant violation” of the Fourth Geneva Convention.

52 *Ibid.*, Declaration of Judge Buergenthal, para. 9.

53 See for example GA Res. 55/55 and the unanimously adopted Security Council Resolution 1515(2003).

of Article 103 as well as the peremptory nature of the right to self-determination would ensure that any settlement which is not in conformity with the right to self-determination would be invalid under international law. The fundamental character of the right concerned has been recognised by the General Assembly, for example in Resolution 34/70, in which it states that “there can be no partial agreement or separate treaty which purports to determine the future of the Palestinian territories occupied by Israel since 1967 in violation of their right to self-determination”, while in Resolution 35/169B it declares the partial invalidation of all such instruments.

C. *The Competence of the General Assembly in the Field of International Peace and Security*

In its written Statement, Israel put forward a number of arguments relating to the *ultra vires* nature of the Assembly’s request for an Advisory Opinion adopted at its 10th Emergency Special Session. These related to non-respect of the Uniting for Peace Resolution (GA Res. 377A), and to the Assembly’s encroachment on the division of competence between it and the Security Council. It will be noted that Israel does not question the validity of the Uniting for Peace resolution, which it considers to be “part of the fabric of the United Nations”,⁵⁴ but only its application on this particular occasion. Nor does it question the General Assembly’s secondary responsibility and competence for the maintenance of international peace and security which it considers to have been “so well established, including by the jurisprudence of the Court in the *Expenses* case – as not even to warrant comment”.⁵⁵ It does however raise the restrictions of Articles 11(2) and 12 of the Charter and therefore the question of the “balance of responsibilities and competence between the principal executive organ and the principal deliberative organ of the UN”. Continuing to consider the question brought before the ICJ as a dispute – rather than as a vital matter concerning a territory with an international status – it considered that the Assembly had infringed on Chapter VI of the Charter, the exclusive domain of the Security Council.

The Court addressed these objections and those of other States in the process of ascertaining its own jurisdiction. The Court did not need to demonstrate that the question requested fell within the scope of activities of the General Assembly, since like the Security Council, the General Assembly may request an opinion on any legal question under Article 96(1). Never-

54 *Wall Opinion*, Written statement of Israel, p. 64.

55 *Ibid.*, p. 78. See *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Reports 1962, p. 151, 163.

theless it considered that it should, as it had done in the past, give “certain indications as to the relationship between the question the subject of a request for an advisory opinion and the activities of the General Assembly”.⁵⁶ The Court addressed the question of the *ultra vires* character of the request by reviewing the sequence of events which were important to an analysis of the legality of the resolution.⁵⁷

The Court began by indicating that the subject of the request for an advisory opinion fell within the competence of the General Assembly, on the basis of Articles 10, 11(2) and 14 of the Charter. The Court thus reaffirmed its dicta in the *Expenses* case that the General Assembly had a secondary competence in matters concerning international peace and security.

Although the Court did not consider that the request for an advisory opinion constituted a “recommendation” by the General Assembly “with regard to a dispute or situation”, it nevertheless addressed the objections that Resolution ES-10/14 was *ultra vires* because contrary to article 12 of the Charter, by pointing to the abundant practice of the UN which demonstrates “that there has been an increasing tendency over time for the General Assembly and the Security Council to deal in parallel with the same matter concerning the maintenance of international peace and security”.⁵⁸ The Court also pointed out that while the Security Council’s focus was narrower, the General Assembly was able to take a broader view, considering also their humanitarian, social and economic aspects.

The Court then addressed the objection that the request for an advisory opinion did not fulfil the essential conditions set by resolution 377 A (V), under which the 10th Emergency Special Session was convened. This Special Session was first convened on 24 April 1997 following the rejection of two draft resolutions concerning Israeli settlements in the OPT due to the negative votes by the United States. It was then adjourned temporarily, to be subsequently reconvened 11 times. Its resumption on 20 October 2003 followed on the rejection by the Security Council on 14 October 2003 of a draft resolution condemning the construction of the wall owing to the negative vote of the United States.

The Court addressed the alleged procedural irregularities of the Assembly’s resolution. The first condition for the invocation of Res. 377A is that the Council has failed to exercise its primary responsibility for the maintenance

56 *Wall Opinion*, para. 16.

57 *Ibid.*, paras. 15-35.

58 *Ibid.*, paras. 27-28.

of international peace and security as a result of a negative vote of one or more permanent members, and that the situation is one in which there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression. Israel's contention was that the request for an advisory opinion from the Court was never placed before the Council and hence was not subjected to a negative vote. Israel further contended that the Security Council had indeed continued to exercise its responsibility by adopting Resolution 1515 endorsing the roadmap on 19 November 2003, i.e. in between the two Assembly resolutions.

The Court however noted that the Security Council had indeed failed to act in the sense of resolution 377A (V) since on 14 October 2003, it had rejected a draft resolution concerning the construction of the wall. The Court did not consider that between October 14 and 8 December the Council had reconsidered its negative vote, since it had neither discussed the construction of the wall nor adopted any resolution in that connection. Hence the Tenth Emergency Special Session had been duly reconvened.

Although Israel contended that resolution 377A(V) required the Assembly to address a specific issue of immediate concern,⁵⁹ the Court stated that the General Assembly could adopt any resolution during the course of its Emergency Session so long as it fell within the subject-matter for which the Session had been convened. It was irrelevant therefore that the resolution requesting an advisory opinion had not been placed before the Council.⁶⁰

The Court also rejected Israel's objections regarding the "rolling character" of the Special Session which had been reconvened 11 times since April 1997, as well as the fact that its Special Session met at the same time as the General Assembly's regular session, pointing to the precedent of the 7th and 10th Emergency Special Sessions in which the validity of resolutions adopted at the time had not been disputed. Nor did any rule of the Organization prohibit the holding of simultaneous emergency and regular sessions, despite certain objections which had been voiced in 1956.⁶¹

It will be noted that the United States, a vociferous opponent of the request for an advisory opinion who had questioned the propriety of the Court's assumption of jurisdiction in its written statement, neither raised the *ultra vires* nature of the Assembly's request, nor challenged the rolling nature of the Special Session. Judge Kooijmans also underlined the fact that none of the Council's members, including the permanent members, consid-

59 Written statement of Israel, p. 72.

60 *Wall Opinion*, para. 32.

61 *Ibid.*, paras. 33-34.

ered that the reconvening of the Assembly in Emergency Special Session on 20 October 2003 was unconstitutional.

These few paragraphs of the Advisory Opinion go a long way in confirming a number of issues that were in the past subject to controversy.

First, the Court confirmed, as it had done in the past,⁶² that while it has no powers of judicial review *per se* as a matter of automatic process with compulsory effect, it does not consider itself precluded from reviewing the validity of either Security Council or General Assembly resolutions as an incidental matter in the process of addressing the case at hand—whether advisory or contentious. At the same time, however, it acted once again on a presumption of legality of the acts of UN Organs. Citing its statement in the *Namibia Opinion* that a “resolution of a properly constituted organ of the United Nations which is passed in accordance with that organ’s rules of procedure, and is declared by its President to have been so passed, must be presumed to have been validly adopted”, it concluded that it saw no “reason why that presumption is to be rebutted in the present case.”⁶³

Secondly, the Court set the seal on the Uniting for Peace resolution, thus putting an end once and for all to old controversies, and in so doing upholding the General Assembly’s role in the field of maintenance of international peace and security. Far from upsetting the Charter’s delicate balance between the General Assembly and the Security Council, the ICJ Opinion has served to right it. In contrast to the League Covenant, the Charter had bestowed on the Security Council a narrow and focussed area of competence, while the General Assembly had been given sweeping competences ranging over the whole of the Charter. In recent years, however, the Security Council, by widening the notion of threat to the peace and its linkages, has considerably encroached on fields which lie either expressly or by implication, within the exclusive competence of the General Assembly: decolonization, human rights, including self-determination, humanitarian law, international criminal law, etc. It has also begun to adopt what have been seen as legislative standard-setting resolutions, as for example, those on children in armed conflicts, disarmament, weapons of mass destruction or terrorism. The ICJ has stressed that not only does the Assembly’s competence extend to matters of peace and security – undeniably the situation of Palestine which has exacerbated the tensions in the Middle East – but that it has the unique vantage-point of being able to address such matters also from a broader humanitarian, social and economic perspective.⁶⁴

62 *Expenses case*, p. 168, *Namibia Opinion*, p. 45.

63 See *Namibia*, p. 22, *Wall Opinion*, para. 35.

64 *Ibid.*, para. 27.

D. The Legal Effects of Security Council and General Assembly Resolutions on Palestine

It has sometimes been objected that the Council's resolutions on Palestine are mere recommendations since adopted outside of Chapter VII of the Charter, while General Assembly resolutions are non-mandatory by nature. The situation, however, is not so simple in either respect.

It will be recalled that the Security Council did act under Chapter VII in one of its initial resolutions 54(1948) on the basis of Article 40, after having determined that the situation in Palestine constituted a threat to the peace under Article 39. This, arguably, was a mandatory resolution, particularly since the Council declared that failure to comply with its resolutions would result in a breach of the peace opening the way to further (presumably enforcement) action under Chapter VII. This resolution was reaffirmed well into the 1970s, i.e. beyond the time when the 1948 hostilities ended, which shows the determination of the Council expressed in Res.54 that its terms would remain in force "until a peaceful adjustment of the future situation of Palestine is reached".

UN practice has also shown that the Security Council can adopt binding decisions outside Chapter VII, and which are not Chapter VI (non-binding) resolutions, on the basis of its broad powers under Article 24(2). The Court had stated in the *Namibia* opinion that the binding nature of such resolutions can be deduced from "the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council."⁶⁵ The binding nature of such resolutions can thus be deduced from an interpretation of their language and intent. On this basis, Security Council resolutions regarding Palestine can therefore be said to be binding for several reasons.

Firstly, when the Council reaffirms Israel's obligations under international law, its resolutions are declaratory of the existing legal situation and the legal consequences of Israel's actions. In that sense they are mandatory. Examples are Council resolutions calling on Israel to abide by its obligations under the Fourth Geneva Convention, or those reaffirming the inadmissibility of the acquisition of territory by force. The Council has on many occasions, called on Israel to "abide scrupulously by its legal obligations and responsibilities" (e.g. SC Res. 1322(2000)), including its obligations

65 *Namibia*, pp. 51-52.

under the UN Charter. One cannot therefore state that these resolutions have no legal consequences.

Secondly, they may contain quasi-judicial determinations of law, for example those Council resolutions determining that all legislative and administrative measures and actions taken by Israel altering the status of Jerusalem or the occupied territories, are null and void. The International Court of Justice in its advisory opinion on *Namibia* has underlined the mandatory nature of such determinations by the Council, considering that this entailed legal consequences, including a duty of non-recognition.

Thirdly, the language of such resolutions may be evidence of their mandatory nature. When the Council “insists” that Israel comply, “expresses its grave concern” over the rejection by Israel of its resolutions, reaffirms “its determination to examine practical ways and means to secure the full implementation of its resolutions in the event of non-compliance”, “decides”, and “demands” immediate cessation of all acts of violence, then it is difficult to maintain that these resolutions do not have a binding character.

As for the General Assembly, the Court has held that, apart from the role that they play in the customary law process, they may have “dispositive force and effect” in certain circumstances.⁶⁶

The Assembly’s resolutions on the self-determination of other territories have entailed a host of legal consequences. In the *Northern Cameroons*, *Namibia*, and *Nauru* cases, the Court upheld the competence of the General Assembly to decide when conditions for termination of mandates, trust territories or non-self-governing territories had been met, since it considered that these Assembly resolutions had definitive legal effects.⁶⁷

Thus the Court, replying to South Africa’s objections concerning the Assembly’s competence in resolution 2145 (XXI) to terminate the Mandate over South West Africa, stated: “To deny to a political organ of the United Nations . . . the right to act, on the argument that it lacks competence to render what is described as a judicial decision, would not only be inconsistent but would amount to a complete denial of the remedies available against fundamental breaches of an international undertaking”. The Court continued: “(I)t would not be correct to assume that because the General Assembly is in principle vested with recommendatory powers, it is debarred from adopting, in specific cases within the framework of its competence, resolutions

66 See *Expenses case*, p. 163.

67 *Northern Cameroons* (Preliminary Objections), *ICJ Reports 1963*, p. 32; *Namibia*, *ICJ Reports 1971*, pp. 45-49, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* (Preliminary Objections), *ICJ Reports 1992*, p. 251.

which make determinations or have operative design”.⁶⁸ This is of course not to say that the UN General Assembly can make a disposal or alienation of territory, and any settlement reached by the future government of Palestine continues to be a matter for the people of Palestine in accordance with their freely expressed wishes.

In conclusion, it may be said that the relevant resolutions of the General Assembly and Security Council have undoubted important legal effects and consequences.

3 THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF THE WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY AND THE POLITICAL ORGANS OF THE UNITED NATIONS

In its conclusions, the Court declared that the construction of the wall in the OPT, including in and around East Jerusalem, was in breach of international law and that Israel was under an obligation to terminate its breaches of international law by ceasing construction of the wall, dismantling the existing structures and repealing all legislative and regulatory acts relating thereto, as well as to make reparation for all damage caused by its construction.

It then declared that all States were under an obligation “not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall and not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction”, including the obligation of the States Parties to the Fourth Geneva Convention to ensure compliance by Israel with international humanitarian law.

But the Court also underlined the responsibility of the United Nations in the follow-up to the Advisory Opinion. In dispositive paragraph E the Court stated: “The United Nations, and especially the General Assembly and the Security Council, should consider what further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated régime, taking due account of the present Advisory Opinion.”

The Opinion cannot simply be dismissed as non-binding. While it is true that it has no technical force, States cannot ignore the existence of the fundamental rules that the Court has underlined which bind them and neither

68 *Namibia* Opinion, pp. 49-50. See however Judge Higgins’ Separate Opinion denying the analogy between the *Wall* and the *Namibia* Opinions, paras. 2-5.

can they ignore the automatic legal consequences of their violation. Moreover, it provides an authoritative platform for the General Assembly and all other organs of the United Nations to act upon. Most important, the Advisory Opinion that the Court addressed to the General Assembly has been formally accepted and endorsed by the organ which requested it. In this case, just as the principal judicial organ of the United Nations is bound to cooperate with and to give effect to the decisions of the other organs, so the Assembly, having requested and then endorsed the Advisory Opinion, is also bound not to let it remain a dead letter.

On 20 July 2004, the General Assembly, in resolution A/RES/ES-10/15 reaffirmed “the permanent responsibility of the United Nations towards the question of Palestine until it is resolved in all aspects in a satisfactory manner on the basis of international legitimacy”. The Resolution, which was adopted by an overwhelming majority (150-6, with 10 abstentions), “acknowledges” the Advisory Opinion and demands that Israel comply with its legal obligations as mentioned by the Court. In an important innovation, the General Assembly requests the Secretary-General to establish a register of damage caused to all natural or legal persons concerned from the seizure and destruction of homes, land and property. Finally, it calls on all Member States, including the parties to the Fourth Geneva Convention, to also comply with their obligations and specially refers to Switzerland as the depositary of the Geneva Conventions to conduct consultations, including with regard to the possibility of resuming the Conference of High Contracting Parties.

A further resolution adopted on 31 January 2005, reaffirms its call to Israel “to comply with its legal obligations, as mentioned in the advisory opinion”. These obligations include, *inter alia*, those relating to Israeli settlement activities in the OPT, implementation of relevant Security Council resolutions, withdrawal from the Palestinian territory, realization of the Palestinian right to self-determination and resolution of the Palestinian refugee problem in accordance with Resolution 194(III).

That the General Assembly has the competence to recommend, and thus *to authorize*, enforcement action in the exercise of its responsibility for Palestine is undoubted. It has in the past adopted several resolutions recommending to Member States the adoption of economic sanctions, notably, in the cases of South Africa and Portuguese territories. Moreover, it had called for financial, trade, diplomatic and other sanctions against Israel in 1982 in Resolution A/RES/ES-9/1 relating to the Golan heights.

Judge Kooijmans contrasts the *Wall Opinion* with that on *Namibia*, on the basis that concerning the latter “(t)he legal consequences for States was at the heart of the request and logically so since it was premised on a decision of the Security Council”. This is to forget that a duty of non-recognition

on the part of States in relation to the wall results also from Security Council resolutions relating to the nullity of all Israeli acts purporting to change the status of the OPT. As stated by the Court in the *Namibia Opinion* “It would be an untenable interpretation to maintain that, once such a declaration (of illegality) had been made by the Security Council under Article 24 of the Charter, on behalf of all Member States, those Members would be free to act in disregard of such illegality or even to recognize violations of law resulting from it”.⁶⁹ But in both the *Namibia* and the *Wall* opinions, the Court has also underlined a duty of non-recognition flowing from customary international law to react to breaches of certain obligations, which is in keeping with Article 41 of the ILC’s Articles on State responsibility.⁷⁰ In the commentary to the Articles, it is stated that this can also be done through institutional mechanisms.

Judge Kooijmans also had great difficulty in envisaging what States were expected to do or not to do in terms of non-recognition and non-assistance.⁷¹ In the *Namibia* opinion, the Court had elaborated on the content of the duty of non-recognition which consisted in the severance of treaty, diplomatic and economic relations, although it had considered that the precise determination of the acts permitted was to be left to the competent political organs of the United Nations.⁷² At the very least it means the exclusion of any act or settlement implying the legality of the construction of the wall and the *de facto* situation created by it. In the case of Yugoslavia, the Security Council had extended this doctrine of invalidity and non-recognition to include even private acts of individuals, such as all land and property transactions made under duress in Bosnia (Res.820 (1993)).

It is evident that the international community as a whole bears an obligation towards Palestine as a former mandated territory on whose behalf the international community held a “sacred trust” for the realization of the self-determination of the Palestinian people.

But the General Assembly in particular has the obligation to pursue the establishment of an independent State of Palestine within the 1967 borders, as its special legal responsibility for the OPT does not lapse until the

69 *ICJ Reports 1971*, p. 52.

70 This reads:

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of Article 40 [which deals with serious breaches of obligations arising under a peremptory norm of general international law].

2. No State shall recognise as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of Article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.

71 Separate Opinion, para. 1.

72 *ICJ Reports 1971*, pp. 55-56.

achievement of this objective. This also means the responsibility of the United Nations as a whole, including the Security Council and the Secretary-General,⁷³ to ensure that further action be taken in order to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and its associated régime.

The double standards in the case of Palestine stand out in stark contrast to the enforcement action taken by the Security Council under Chapter VII in other similar types of occupation of territory. Such double standards in collective responses to breaches of fundamental norms of international law which are of concern to the international community as a whole, and in respect of a territory for which the United Nations continues to have a special responsibility, endanger the principle of the rule of law in international affairs on which the legitimacy and authority of the Organisation depend. They also raise the question of the accountability of the United Nations as a whole – one should remember Srebrenica and Rwanda, which as two Secretary-General reports have underlined, were both dramatic illustrations of the grave consequences of the UN's failure to take proper action in their respect.

73 Who has been notably silent on the Advisory Opinion in his recent statements.

VOICI VENU LE TEMPS DES TRAITÉS !
(QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT
DES CONTRATS D'ETAT)

*Jean-Michel Jacquet**

1

L'évolution des relations entre investisseurs privés étrangers est telle qu'il est légitime de se demander quelle peut être l'influence de cette évolution sur les contrats d'Etat¹. Telle est la question que nous voudrions nous poser en hommage amical à notre collègue, le Professeur Lucius Caflisch.

A priori, cette influence devrait être de faible portée, car l'on ne voit guère en quoi l'utilité des contrats d'Etat devrait être moindre sous prétexte que les relations entre Etat et investisseurs privés étrangers se modifient sous l'emprise du droit des traités. Les investissements internationaux peuvent certes se réaliser sans création d'un lien contractuel entre l'investisseur et l'Etat hôte. Cette première situation ne signifie pas qu'aucun lien de droit n'existe

* Professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève.

1 P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », 128 *RCADI*, 1969, pp. 94 et s., J.F. Lalive ; « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », 181 *RCADI*, 1983, pp. 9 et s. ; Ch. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », 402 *RCADI*, 2003, pp. 201 et s. ; « Les Etats dans le contentieux économique international », *Rev. Arb.*, 2003, 617 et s. ; E. Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI* (Paris, Pedone, 2004) ; Ph. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères* (Paris Economica, 1985) ; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats* (Paris, Litec, 2004) ; P.H. Ganem, *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux* (Bruxelles, Bruylant, 1998) ; D. Berlin, « Contrat d'Etat », *Rep. Dalloz dr. int.* ; J.M. Jacquet, « Contrat d'Etat », *J.Cl. dr. int.*, 1998, fasc. 565.

entre l'Etat et l'investisseur étranger. C'est ainsi que l'investisseur a pu devoir requérir une autorisation, ou devoir déclarer son investissement à des fins statistiques. Il a même pu obtenir certains avantages ou certaines garanties de la part de l'Etat étranger qui souhaite favoriser son investissement. Mais il n'y a pas contrat lorsque l'Etat n'attend aucune prestation de l'investisseur dont il serait créancier pour lui-même².

Le contrat d'Etat, distingué ici du rapport d'investissement non contractuel, correspond donc à une situation dans laquelle un Etat, désirant obtenir de la part d'une société étrangère ou désirant faire réaliser par une société étrangère, une prestation, ou un ensemble de prestations, à la réalisation de laquelle ou desquelles il apporte le concours défini contractuellement ; paiera sous une forme ou sous une autre le prix convenu au contrat.

L'utilité du contrat d'Etat devrait être plus souvent soulignée. A priori, le rapport contractuel qui s'établit entre un Etat et un investisseur étranger est beaucoup plus précis que celui qui s'établit entre un Etat et un investisseur étranger en l'absence d'un tel contrat. Chacun des protagonistes devrait voir sa position clairement définie par le contrat.

Mais deux séries de difficultés se présentent bien vite. La première tient à la matière même du contrat. Il est sans doute plus visible avec un contrat portant sur un investissement qu'avec un contrat commercial ordinaire que, du côté de l'Etat, l'intérêt public est en jeu. Or, l'intérêt public est générateur, du côté de celui qui en est le dépositaire, d'une faculté d'action dont son partenaire privé n'est pas semblablement pourvu. Nous entendons désigner, par cette faculté d'action, aussi bien la variabilité de l'intérêt public, dont l'Etat est le seul interprète, et qui peut le pousser à des agissements de cocontractant insoupçonnés, que les moyens dont l'Etat dispose, et dont ne dispose pas semblablement son cocontractant privé.

La seconde série de difficultés tient aux réticences que le droit international public semble avoir de longue date éprouvées face à un lien contractuel qui ne correspond pas à celui d'un traité entre Etats.

Reprenons en détail ces deux difficultés.

La première a été, de longue date, identifiée et parfaitement analysée. L'accent a en effet été mis sur les aléas que la présence de l'Etat contractant fait planer sur le contrat³. Il est permis d'hésiter sur le point de savoir

2 P. Juillard, « Contrats d'Etat et investissement », in : H. Cassan (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement* (Paris, Economica, 1989), pp. 159 et s. ; D. Berlin ; « Les contrats d'Etat (State contracts) et la protection des investissements internationaux », 13 *DPCI*, 1987, 197 et s.

3 P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in : *Mélanges Rousseau* (Paris, Pedone, 1974), pp. 301 et s. ; N. Peter,

si le risque qui semble inhérent aux contrats d'Etat tient au contenu du contrat ou à la personne de l'Etat. L'analyse n'est pas sans conséquences. Si la personne de l'Etat est en jeu, il en résultera qu'il serait possible que l'Etat soit tenté d'abuser de ses prérogatives même pour un contrat commercial. A l'inverse, toujours si la personne de l'Etat est en jeu, un contrat conclu avec un organisme public distinct de l'Etat ne serait théoriquement pas exposé aux mêmes risques, sauf si l'Etat lui-même s'immisce dans le contrat ou refuse d'intervenir, ce qui pourrait aussi lui être reproché, mais dans un cadre nécessairement non contractuel⁴.

Il est tentant d'évoquer ici la personne de l'Etat, plus que la matière, comme y convie la contemplation des questions connexes susceptibles de provoquer bien des difficultés dans le cadre des rapports contractuels de l'Etat, que sont les immunités et la capacité ou l'aptitude de l'Etat à se lier par une clause d'arbitrage avec un particulier étranger. Mais la considération de la matière est bien installée au cœur des immunités et la capacité de compromettre est de moins en moins souvent refusée à l'Etat . . .

Quant à la seconde difficulté, celle qu'éprouve le droit international public à reconnaître pleinement un lien contractuel entre l'Etat et un particulier étranger, elle est assez clairement illustrée par les solutions classiques qui, refusant à la personne privée la qualité de sujet du droit international, ne lui permettent pas de faire valoir directement ce lien contractuel dans l'ordre juridique international⁵. Certes, la solution classique ne conduit pas à la négation pure et simple de ce lien contractuel mais, refusant de lui appliquer le « *pacta sunt servanda* » qui préside au droit des traités, elle fait de ce lien un lien de fait, dont la violation par l'Etat n'équivaut pas *ipso facto* à la violation d'une obligation internationale.

Sur le plan technique, cette situation se traduit par deux conséquences qui sont d'ailleurs liées. La première tient à la nécessité pour la partie privée qui s'estimerait lésée de recourir au mécanisme de la protection diplomatique si elle entend mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'Etat en raison de la méconnaissance du lien contractuel. Elle aboutit à la négation d'une responsabilité contractuelle directe, car la responsabilité internationale de l'Etat n'a pas la nature d'une responsabilité contractuelle.

La seconde conséquence a été énoncée par la Cour permanente de justice internationale lorsque celle-ci a affirmé que tout contrat qui n'est pas un

« Les clauses de stabilisation dans le Contrat d'Etat », *Rev. dr. aff. int.*, 2002 231 et s. ; B. Montebault, « La stabilisation des contrats d'Etat à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux sur l'Olympe », *Rev. dr. aff. int.*, 2003 593 et s.

4 Cf. P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, 1986, 5 et s.

5 Cf. P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats . . . » *op. cit.* (note 1), p. 94 et s.

contrat entre Etats trouve son fondement dans une loi nationale⁶. Le célèbre dictum de la CPJI traduit très précisément ce refus, ou cette impossibilité de concevoir un lien contractuel direct entre l'Etat et la personne privée étrangère puisque le fondement juridique du lien est rejeté hors de l'orbite du droit international pour être repoussé au niveau d'un ordre juridique étatique.

2

Tout le mouvement qui s'est produit depuis une bonne quarantaine d'années en matière de pratique des contrats d'Etat et de droit des contrats d'Etat (formule qui aurait sans doute paru inconcevable auparavant) manifeste une profonde modification de la situation qui vient d'être décrite à grands traits.

L'ère des contrats d'Etat qui s'est alors ouverte sous la pression des nécessités économiques repose pour l'essentiel sur trois éléments qui doivent être brièvement rappelés.

Le premier élément, qui pourrait, sans doute, être présenté comme un simple élément préalable, repose sur le cadre égalitaire dans lequel ont eu lieu les négociations qui ont présidé à la naissance de cette catégorie de contrats (le plus souvent des contrats pétroliers et miniers). Il est évidemment permis de contester ce caractère égalitaire. Il a été maintes fois souligné que les « multinationales » qui ont contracté dans de telles conditions avec des Etats nouvellement indépendants, souvent en voie de développement, étaient technologiquement et financièrement plus « fortes », plus puissantes à bien des égards, que les Etats avec lesquels elles entraient en relations. Nous voulons simplement souligner ici qu'il a sans doute fallu que cette inégalité de fait soit en mesure de se réaliser pour qu'une égalité de contractant en vienne à s'établir, sans quoi la situation ancienne aurait perduré.

Le second élément, conséquence directe du premier, tient aux innovations qui sont alors apparues dans les rapports contractuels.

Sur le plan de la substance même du contrat, l'élément le plus notable réside dans le recours à des clauses et à des stipulations ayant pour objectif de fournir aux investisseurs, cocontractants de l'Etat, la stabilité et la sécurité juridiques dont ils ont besoin.

Au premier rang de ces clauses, viennent celles par lesquelles les parties conviennent de garantir à la société étrangère un certain nombre d'avant-

6 CPJI, série A, No. 20, 1929, arrêt No. 14, p. 41, *Affaires concernant le paiement en France de divers emprunts serbes émis en France*.

tages au niveau fiscal, douanier, de réglementation de changes et des mouvements de capitaux, ainsi qu'une certaine pérennité dans le temps de ceux-ci. Tel est l'objet des fameuses clauses de stabilisation qui permettent aux investisseurs étrangers d'influer sur l'environnement socio-économique de leur contrat⁷.

Les clauses d'intangibilité peuvent venir les renforcer et même avoir un domaine propre puisque, par leur emploi, l'Etat s'engage vis-à-vis de son cocontractant à ne pas faire usage de certaines de ses prérogatives de souverain, qui pourraient le conduire, soit à modifier ce qu'il a été convenu de stabiliser, soit à porter atteinte aux intérêts essentiels de l'entreprise ou à la substance de l'investissement, notamment par des menaces d'expropriation, voire de nationalisation.

Ces clauses trouvent une sorte de prolongement naturel dans les clauses sur la détermination du droit applicable qui, désormais, tendent à desserrer l'emprise de la loi de l'Etat sur le contrat d'Etat. A quoi servirait-il en effet de se faire reconnaître des garanties dans un contrat soumis à une loi dont l'une des deux parties au contrat a la maîtrise ?

Ces clauses n'ont que rarement tendu vers une franche soumission du contrat d'Etat au droit international et l'on ne s'étonnera guère de ce manque d'audace. Mais elles ont progressivement manifesté la volonté des parties de « délocaliser » le contrat et de le soumettre à des règles ou principes qui pourraient relever du droit international⁸.

Enfin, mention doit être faite des clauses sur le règlement des différends. Avec l'insertion dans leurs contrats de clauses d'arbitrage, les parties manifestaient leur accord sur un mécanisme de règlement des différends détaché de tout appareil institutionnel d'Etat ou interétatique et dont l'objectivité, l'indépendance et l'impartialité ne devaient pas pouvoir être mises en doute.

Ainsi apparaît le troisième élément de l'ère du contrat d'Etat, et qui réside dans la consécration par la Jurisprudence arbitrale d'un véritable droit international des contrats d'Etat, en formation, que la pratique contractuelle précédemment évoquée appelait implicitement de ses vœux et dont elle posait les premiers jalons.

7 Cf. P. Weil, « Les clauses... » *op. cit.* (note 3) ; A. Giardina, « Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire », *Rev. arb.*, 2003, 647 et s.

8 Cf. Ch. Leben, « Retour sur le contrat d'Etat et le droit applicable à celui-ci », in : *Mélanges offerts à H. Thierry. L'évolution du droit international* (Paris, Pedone, 1998), pp. 247 et s. ; P. Weil, « Droit international et contrats d'Etat », in : *Mélanges offerts à Paul Reuter* (Paris, Pedone, 1981), pp. 549 et s. ; J.M. Jacquet, « L'Etat, opérateur du commerce international », *JDI*, 1989, 621 et s. *Contra*, P. Mayer, *op. cit.* (note 4) ; M. Kamto, « La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat », *Rev. arb.*, 2003, 719 et s.

Ce droit des contrats d'Etat, auquel tant de pages ont déjà été consacrées, ne peut être ici qu'évoqué brièvement en raison de la perspective évolutive qui est ici esquissée⁹.

Il lui est d'abord revenu de prendre position sur la validité et la force obligatoire des conventions d'arbitrage et des clauses de désignation du droit applicable au contrat d'Etat, qui constituaient à la fois l'armature des contrats d'Etat, et les conditions d'émergence du droit des contrats d'Etat que les tribunaux arbitraux allaient devoir appliquer, en même temps qu'avec l'aide de la doctrine, ils le créaient¹⁰.

Ce contenu non-obligationnel, mais obligatoire du contrat (selon la forte analyse donnée par Pascal Ancel, qui distingue, à l'intérieur du contrat les règles qui fixent des relations de créancier à débiteur et les règles qui vont servir de référence pour organiser les relations des parties¹¹) fut nettement consacré par la Jurisprudence arbitrale. Celle-ci donna effet aux clauses d'arbitrage, proclamant les principes qui les mettraient à l'abri des mesures unilatérales de l'Etat ou de sa volonté de ne pas les respecter¹². Mais elle s'efforça aussi de donner une analyse utile des clauses de droit applicable reconnaissant, même avec d'infinies nuances, la part qui revenait au droit international, que ce soit dans le cadre des grands arbitrages pétroliers *ad hoc*, ou de l'arbitrage CIRDI¹³.

Sur cette base, et notamment celle du droit applicable, fut reconnue la pleine opposabilité de la force obligatoire du lien contractuel à l'Etat. La formule qui se réfère à l'opposabilité est utilisée à dessein, car l'opposabilité, notion habituellement réservée aux tiers, convient bien à un Etat qui, partie au lien contractuel, se comporte parfois comme un tiers, lorsqu'il agit en souverain. L'opposabilité a le mérite de rappeler à l'Etat souverain qu'il ne peut ignorer ce qu'a fait l'Etat contractant. Naturellement, une fois

9 Cf. l'ensemble des écrits de P. Weil précités ; Ch. Leben, « La théorie du contrat d'Etat... » *op. cit.* (note 1), pp. 299 et s.

10 Cf. J.M. Jacquet, « Contrat d'Etat », *op. cit.* (note 1), n° 29 et s., 112 et s. Notons bien que la création du CIRDI en 1965 ne s'est pas accompagnée de la création d'un corps de règles que les arbitres eussent dû appliquer. Ils n'ont eu que le recours de l'article 42 de la Convention de Washington, qui était de nature à stimuler la liberté et l'imagination des parties, ainsi que celle des arbitres.

11 Cf. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Rev. trim.dr. civ.*, 1999, 771 et s.

12 Cf. Résolution de l'Institut du Droit international, session de St-Jacques-de-Compostelle, art. 5.

13 Cf. Ph. Kahn, « Contrats d'Etat et nationalisation : les apports de la sentence du 24 mars 1982 », *JDI*, 1982, 844 et s. ; « Les principes généraux du droit devant l'arbitrage du commerce international », *JDI*, 1989, 305 et s. ; B. Stern, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international ». *Rev. arb.*, 1980, 3 et s.

reconnue, la force obligatoire du contrat ne saurait empêcher complètement que l'Etat porte atteinte à ses propres engagements. Mais il reste alors la possibilité, essentielle, de lui imputer les conséquences de la rupture en fonction des règles du droit applicable et des circonstances de celle-ci.

L'évolution qui vient d'être rappelée à grands traits ne fut ni linéaire, ni univoque, et a suscité d'âpres controverses aussi bien politiques que doctrinales¹⁴. Elle a tout de même conduit à la reconnaissance d'une catégorie particulière de contrats dont l'élément le plus significatif fut leur soustraction, au moins partielle, à l'ordre juridique de l'Etat contractant, cette soustraction étant inséparable du recours à l'arbitrage convenu entre les parties.

Mais il est permis de se demander si l'essor du contrat d'Etat et du droit qui l'a accompagné ne serait pas remis en cause en raison de la multiplication à l'époque récente de traités multilatéraux régionaux, et surtout des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements.

3

Alors même qu'il serait extrêmement éclairant de consacrer quelques développements aux circonstances économiques qui ont provoqué la véritable flambée des traités bilatéraux en matière d'investissements (TBI), nous devons nous borner, en constatant le phénomène, à en dégager les principales conséquences sur le plan juridique.

La première grande conséquence du recours généralisé à la formule du TBI entre Etats consiste dans l'acceptation, essentiellement dans le cadre du CIRDI, de l'arbitrage sans clause d'arbitrage. On sait en effet que s'est progressivement développée une jurisprudence qui considère satisfaite la condition posée par l'article 25 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 dès l'instant que la compétence arbitrale CIRDI a été expressément prévue dans le TBI et qu'une demande d'arbitrage a été effectuée ultérieurement par un investisseur privé ayant la nationalité de l'autre Etat partie au TBI. Ainsi est considérée comme satisfaite la condition de « consentement par écrit » exigée pour que la compétence d'un tribunal arbitral puisse être reconnue dans le cadre de la Convention de Washington, quoique les

14 Cf. P. Mayer, *op. cit.* (note 4) ; F. Rigaux, « Des dieux et des héros – Réflexions sur une sentence arbitrale », *RCDIP*, 1978, 435 et s. ; L. Lankarani El Zein, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international* (Bruxelles, Bruylant/Université de Bruxelles, 2001) ; J. Verhoeven, « Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères : des règles spécifiques ? », *Rev. arb.*, 1985, 609 et s.

consentements de chacune des parties à l'arbitrage aient été donnés dans des actes juridiques de nature distincts et à des dates différentes¹⁵.

La conséquence essentielle de cette saisine élargie du CIRDI au niveau des contrats d'Etat semble de prime abord plutôt limitée. Certes, un arbitrage CIRDI pourrait être déclenché sur cette base, en fonction d'un TBI, vis-à-vis d'un contrat d'Etat qui ne contiendrait pas de clause d'arbitrage. Mais cette situation ne semble pas devoir se présenter fréquemment. D'un autre côté s'observe un important développement de l'arbitrage CIRDI dans des hypothèses de relation Etat – investisseur sans aucun lien contractuel : le lien entre l'investisseur étranger et l'Etat sur le territoire duquel il a investi mais avec lequel il n'a pas contracté s'établit par le seul TBI. En soi, cette situation est sans influence sur les contrats d'Etat, puisque fait défaut précisément tout contrat!

Il faut cependant se tourner vers la seconde conséquence de l'usage généralisé du TBI, qui repose sur l'invocation des règles du TBI par les parties en litige, qu'il y ait contrat d'Etat ou non. Dans un litige entre un Etat et un investisseur privé étranger, les dispositions du traité occupent désormais la première place au niveau du droit applicable. Que le traité soit désigné ou non comme droit applicable (et il ne peut l'être puisqu'il n'y a pas de clause d'*electio juris* lorsqu'il n'y a pas de rapport contractuel) ses dispositions substantielles peuvent toujours être invoquées par l'une ou l'autre des parties et les engagements que l'un des Etats a souscrits dans le traité vis-à-vis de l'autre Etat sont directement invocables par l'investisseur privé étranger.

Ce phénomène n'est pas en soi nouveau et il n'avait pas échappé à la perspicacité de certains auteurs qui voyaient là une hypothèse peu contestable – et pour certains, la seule ! d'internationalisation du contrat d'Etat¹⁶.

Nous hésiterions cependant à en conclure aujourd'hui que l'existence de traité suffit à « internationaliser » le contrat conclu par des parties auxquelles le traité est applicable. En effet, une Jurisprudence déjà abondante rendue

15 Cf. *AAPL c. Sri Lanka*, sentence du 27 juin 1990, in : E. Gaillard, *op. cit.* (note 1), p. 323 ; adde sur cette question E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des Traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, 853 et s. ; J. Paulsson, "Arbitration without privity", 10 *ICSID Review*, 1995, 232; W. Ben Hamida, « L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique (Thèse, Paris II, 2003) ; "Investment Treaties and Arbitration", *ASA Special series*, No. 19, 2002 ; G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.*, 1995, 3 et s.

16 Cf. F. Rigaux, « Cours général de droit international privé », 213 *RCADI*, 1993, pp. 8 et s., spéc. pp. 227 et s. ; P. Weil, « Droit international et contrats d'Etat », *op. cit.* (note 8), pp. 573 et s. ; P. Juillard, *op. cit.* (note 2), pp. 164 et s.

dans le cadre du CIRDI, dont la fameuse décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire Vivendi/Argentine, impose, non sans raison, de distinguer nettement le plan des atteintes éventuelles au contrat et le plan des atteintes éventuelles au traité¹⁷.

Il en résulte que, même en présence d'un contrat d'Etat *stricto sensu*, c'est-à-dire conclu avec l'Etat et non une entité publique dépendant de l'Etat, les violations du contrat devraient être soigneusement distinguées des violations du traité. Si le contrat est soumis au droit international, seul le droit international des contrats devra être appliqué aux violations du contrat, tandis que le traité, matérialisant entre les Etats signataires le droit de l'investissement, fixera ses propres normes relatives au traitement et à la protection de l'investissement. Si le contrat n'est pas soumis au droit international – mais l'article 42 de la Convention de Washington dans les dernières interprétations qui en ont été données rend de plus en plus improbable l'hypothèse d'un litige dans lequel le droit international serait totalement exclu¹⁸ – il sera encore plus net, en raison de la différence de nature entre le droit applicable au contrat et le traité que les deux plans sont séparés. L'applicabilité d'un TBI à un contrat d'Etat n'internationalise donc pas, à proprement parler, le contrat d'Etat mais donne à l'investisseur étranger la possibilité d'invoquer devant le for approprié prévu par le traité les règles du traité qui visent la conduite de l'Etat en tant que récepteur d'un investissement. Or les règles de conduite imposées à un Etat dans un TBI ne tendent pas à définir à son égard un comportement de cocontractant mais plutôt un comportement de puissance publique¹⁹. Le droit international des contrats comporte certes un volet sur le comportement de l'Etat puissance publique et contractant et c'est là son principal intérêt, mais ce grand écart pourrait lui être désormais rendu en partie inutile en raison du domaine couvert par le ITBI.

L'internationalisation du contrat d'Etat par l'intermédiaire d'un TBI et sur le fondement de celui-ci aurait, en revanche, davantage de chance d'être atteint, si le traité comporte une clause renvoyant au droit international²⁰. L'applicabilité du droit international des contrats pourra alors être acquise sur la base de cette référence effectuée par le traité. On pourrait toutefois

17 Cf. décision d'annulation du 3 juillet 2002 ; Comité *ad hoc* *Companià de Agencas Del Aconquisa S.A. el Vivendi c/République argentine*, *JDI*, 2003, 195, obs. E. Gaillard ; E. Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, *op. cit.* (note 1), pp. 719 et s.

18 Cf. déjà l'analyse de Ch. Leben, « La théorie du contrat d'Etat . . . », *op. cit.* (note 1), p. 283.

19 Sur cette distinction, cf. P.Y Tschanz, « Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international ». *RCDIP*, 1985, 47 et s.

20 Cf. l'exemple cité par Ch. Leben, « La théorie du contrat d'Etat . . . », *op. cit.* (note 1), p. 280 et s.

opposer à ce raisonnement la matière du traité, car celui-ci, ayant pour objet les investissements d'origine étrangère et non les contrats, ne se réfère au droit international que dans le domaine de l'investissement et ne provoque pas automatiquement l'application du droit international des contrats. Cette distinction, que l'on trouvera peut-être exagérément subtile, est pourtant une conséquence de la Jurisprudence récente du CIRDI.

La situation de l'investisseur pourrait, s'il en est besoin, être améliorée, lorsque le traité contient une clause de respect des engagements (« umbrella clause »)²¹. Dans ce cas, l'on peut soutenir, non sans quelque vraisemblance, que le plan du traité et le plan du contrat se rejoignent puisque le traité ferait obligation à l'Etat de respecter l'ensemble des obligations qu'il a assumées vis-à-vis de l'investisseur étranger. Les engagements contractuels de l'Etat avec une personne privée étrangère sont enfin contemplés directement dans un instrument du droit international !

Néanmoins, les sentences CIRDI dont nous avons connaissance et qui ont été confrontées à cette question se sont refusées à assimiler mécaniquement violation du contrat et violation du traité, comme la clause de respect des engagements pourrait inviter à le faire²². Ici encore la logique du traité se fait sentir : l'Etat récepteur d'investissements, même lorsqu'il a conclu un contrat avec l'investisseur étranger, n'est pas l'Etat contractant. En sa personne, les deux qualités coexistent mais ne se fondent pas l'une dans l'autre. Le traité ne considère que l'Etat récepteur d'investissement, soit l'Etat puissance publique ou l'Etat souverain. Les engagements de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger dont le traité entend imposer le respect pourraient bien n'être que les engagements que l'Etat souverain a pu prendre et non l'ensemble des engagements assumés par l'Etat contractant.

Ainsi, les engagements substantiels ordinaires que le contrat comporte relèvent du droit applicable au contrat et du juge du contrat s'il est différent du juge du rapport d'investissement Etat/personne privée étrangère²³. Cependant, leur examen devrait pouvoir être effectué aussi, le cas échéant,

21 Cf. Y. Sinclair, "The origins of the Umbrella clause in the International Law of Investment protection", 4 *Arb. Int'l*, 2004 ; Thomas W. Wälde, "The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration. A comment on Original Intentions and Recent Cases", 6 *Journal of World Investment and Trade*, 2005, 183 et s.

22 Cf. SGS c/ Pakistan, sentence CIRDI du 6 août 2003, E. Gaillard, *op. cit.* (note 1), pp. 815 et s ; SGS c/ Philippines, sentence CIRDI du 9 janvier 2004, E. Gaillard, *op. cit.*, pp. 865 et s. ; Joy Mining Machinery Ltd c/ République arabe d'Egypte, sentence CIRDI du 6 août 2004, *JDI*, 2005 163, obs. E. Gaillard ; Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c/ Royaume hachémite de Jordanie, sentence CIRDI du 29 novembre 2004, *JDI*, 2005, 182, obs. E. Gaillard.

23 Sur ce point, cf. la décision du Comité ad hoc ayant annulé la sentence rendue dans l'affaire Vivendi c/ République argentine, précitée sous note 17.

par le juge de l'investissement, car la méconnaissance d'un engagement contractuel ordinaire peut constituer en même temps la méconnaissance d'un engagement relatif au pouvoir normatif de l'Etat, et qui relève, lui, du traité sur l'investissement.

Ainsi, la présence d'un traité contenant pareille disposition est de nature à assurer à l'investisseur étranger cocontractant de l'Etat un niveau de protection assez semblable à celui d'un contrat d'Etat internationalisé.

Toutefois, cela ne diminue en rien l'utilité des clauses du contrat d'Etat. En effet, si l'Etat n'a pris aucun engagement relatif à son pouvoir de souverain dans le contrat, la clause de respect des engagements contenue dans le traité risque, dans la lecture que nous suggère la Jurisprudence, de rester partiellement lettre morte faute d'objet auquel s'appliquer. La distinction de l'Etat souverain et de l'Etat contractant, quoique conceptuellement valable, peut alors s'évanouir sur le plan empirique. Il revient aux parties de la faire vivre si nécessaire.

L'Etat peut d'ailleurs trouver lui aussi bien des avantages à être partie à un contrat avec un investisseur étranger. Le contrat lui permet de mieux définir ses droits de créancier. Virtuellement porteur d'une clause d'arbitrage, il replace les parties sur un pied d'égalité pour le déclenchement éventuel de l'arbitrage. Par la clause d'arbitrage, il restitue à l'arbitre une vision de l'unité du litige car, si l'on veut bien admettre que le juge du contrat peut n'être pas le juge de l'investissement, l'inverse n'est exact qu'en l'absence de clause d'arbitrage. L'arbitre investi par le contrat et qui met en œuvre un TBI est, sauf concurrence éventuelle avec un juge ou un autre arbitre, tenu de juger en fonction du contrat comme en fonction du traité. Cela n'était-il pas la vocation première de l'arbitrage CIRDI ?

Décembre 2005

LE PROJET D'ARTICLES DE LA C.D.I. SUR LA
PROTECTION DIPLOMATIQUE :
UNE CODIFICATION POUR (PRESQUE) RIEN

*Alain Pellet**

1. Conformément à la résolution 51/160 de l'Assemblée générale, la Commission du droit international a inscrit à son ordre du jour le sujet intitulé « Protection diplomatique » en 1997. Le 3 août 2004, elle a adopté en première lecture un projet de 19 articles¹ qui clarifie quelques questions et consolide quelques avancées mais qui laisse dans l'ombre des pans entiers du sujet et manque l'occasion d'un *aggiornamento* définitif qui, pourtant, s'imposait.

2. L'idée selon laquelle, « [q]uiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen » remonte à Vattel². Après avoir été mise en œuvre avec constance par les tribunaux arbitraux de la fin du 19^e siècle et du début du 20^e³, elle a été coulée dans

* Professeur à l'Université Paris X-Nanterre ; membre et ancien président de la CDI.

1 Le projet et les commentaires de la Commission sont intégralement reproduits dans le *Rapport de la CDI*, 56^e session, 2004, Assemblée générale, documents officiels, 59^e session, Supp. n^o 10 (A/59/10), pp. 17-93.

2 E. de Vattel, *Le droit des gens* (1758), chap. VI, p. 136.

3 V., p. ex., Commission mixte Espagne/États-Unis d'Amérique, 18 avril 1881, *William S. Lynn c. Espagne*, in : J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Have Been a Party* (Government Printing Office, Washington, 1898), vol. III, p. 2570 ; Commission mixte États-Unis d'Amérique/Venezuela, 2 septembre 1890, *Albino Abbiatti* (n^o 34), *ibid.*, pp. 2347-2348 ; S.A., 30 décembre 1896, *Antoine Fabiani (France/Venezuela)*, *Pariscrisie internationale*, p. 355 ; Commission mixte de réclamations Royaume-Uni/Venezuela, 1903, *Aroa Mines, Ltd.*, *RSA*, vol. IX, p. 437 ; *Davy*, *ibid.*, pp. 468-469 ; Commission mixte de réclamations Italie/Venezuela, 1903, *Matilde Miliani*, *RSA*, vol. X, p. 591 ; *ibid.*, *Martini & Co.*, *ibid.*, pp. 663-664 ; Commission mixte de réclamations France/Venezuela, 31 juillet 1905, *Antoine Fabiani*, *RSA*, vol. X, pp. 127 et s.

le bronze des Tables de la loi internationale par la C.P.J.I. dans une de ces formules bien frappées dont elle avait le secret :

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international⁴.

3. Audacieuse construction intellectuelle, l'institution de la protection diplomatique se décompose donc en deux propositions :

1° l'État peut protéger ses nationaux lésés par un fait internationalement illicite lorsque ceux-ci ne peuvent obtenir réparation par d'autres moyens ;

2° ce faisant l'État n'agit pas au nom du particulier lésé mais exerce un droit qui lui appartient en propre.

Mais autant la première demeure nécessaire en permettant à l'État d'intervenir au profit de ses ressortissants lorsqu'ils ne peuvent faire valoir les droits qu'ils tiennent du droit international, autant la seconde, relève d'un intérêtisme rigide, que l'on voudrait croire dépassé.

4. C'est pourtant cette fiction que la C.D.I. a choisi de perpétuer dans un projet d'articles à la fois frileux et incomplet.

1 UNE APPROCHE FRILEUSE

5. Dans sa version traditionnelle, maintenue contre vents et marées par la jurisprudence de la seconde moitié du 20^e siècle⁵, la protection diplomatique repose sur le postulat selon lequel le droit international est, et est seulement,

4 CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 12. La formule a été reprise par la même Cour dans une jurisprudence constante : cf. les arrêts du 12 juillet 1929, *Emprunts serbes*, série A, n° 20-21, p. 17 et du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B, n° 76, p. 16.

5 CIJ, arrêts du 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Recueil 1955*, p. 24 ; du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *Recueil 1970*, pp. 32-33, par. 35-36 ; 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains*, *Recueil 2004*, pp. 35-36, par. 40. V. aussi le concept très voisin de protection fonctionnelle développé par la Cour dans son avis consultatif du 11 avril 1949 relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Recueil 1949*, pp. 181-184.

le droit de la société des États. L'individu (non plus que les personnes morales de droit privé) n'y bénéficient d'aucune personnalité juridique⁶; ce sont « de simples faits »⁷, dont le droit international tient compte, mais qui n'affleurent pas à la sphère juridique internationale. En outre, selon l'exacte formule de Jessup, le droit de la responsabilité internationale, dont la protection diplomatique n'est qu'un moyen de mise en œuvre⁸, est un sous-produit de la « diplomatie du dollar »⁹.

6. La fiction sur laquelle repose la protection diplomatique remplissait une double fonction : réaffirmer le caractère purement interétatique du droit international tout en permettant aux particuliers (lire : « les investisseurs étrangers – principalement européens et nord-américains – dans les pays d'accueil ») d'obtenir cependant réparation pour les dommages résultant des violations du droit international (et tout spécialement du « standard minimum de civilisation ») dont ils étaient victimes de la part d'États étrangers (en particulier en Amérique latine).

7. On peut raisonnablement penser que cette fiction n'a plus lieu d'être au début du 21^e siècle¹⁰ : malgré les réticences de la doctrine dominante, il est tout à fait évident que la société à laquelle s'applique le droit international

6 V.A. Pellet, « Le droit international à l'aube du XXI^{ème} siècle – La société internationale contemporaine – Permanence et tendances nouvelles », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, p. 83.

7 Cf. CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19. V. aussi, p. ex., les arrêts du 17 août 1923, *Vapeur « Wimbledon »*, série A, n° 1, pp. 29-30 ; 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 24 ; l'ordonnance du 6 décembre 1930, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, série A, n° 24, p. 12 et, dans la même affaire, l'arrêt du 7 juin 1932, série A/B, n° 46, p. 167 ; CIJ, arrêts du 18 décembre 1951, *Pêcheries norvégiennes*, *Recueil 1951*, p. 132 ; du 6 avril 1953, *Nottebohm (exceptions préliminaires)*, *Recueil 1953*, p. 123 ; du 28 novembre 1958, *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, *Recueil 1958*, p. 67 ; avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, *Recueil 1988*, pp. 34-35, par. 57 ; S.A., 14 septembre 1872, *Alabama*, J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, pp. 4156-4157 ; C.P.A., S.A., 13 octobre 1922, *Armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, *RSA*, vol. I, p. 331 ; S.A., 24 juillet 1930, *Shufeldt*, *ibid.*, vol. II, p. 1098.

8 V. *infra*, par. 52.

9 *A Modern Law of Nations* (New York, MacMillan, 1946), p. 96. V. aussi l'opinion individuelle du juge Padilla-Nervo jointe à l'arrêt de la CIJ du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Cy. Ltd. (2^{ème} phase)*, *Recueil 1970*, p. 246.

10 Dans son rapport préliminaire, demeuré unique, le premier Rapporteur spécial de la CDI sur le sujet, Mohamed Bennouna, posait clairement et brutalement la question : « est-ce qu'en engageant une réclamation internationale, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé? » (1998, A/CN.4/484, par. 54). Pour une ultime et vigoureuse défense de la fiction traditionnelle par le second Rapporteur spécial, John Dugard, v. le résumé des débats de la Commission sur le sujet lors de sa 57^e session, *Rapport de la CDI*, 2005, Assemblée générale, documents officiels, 60^e session, Supp. n° 10 (A/60/10), p. 114, par. 241.

n'est plus limitée aux seuls États et que les personnes privées (parmi d'autres : les organisations internationales, les peuples) y ont acquis une personnalité juridique internationale, différente, certes, de celle des États, mais dont l'existence et les conséquences s'imposent à ceux-ci, souvent parce qu'ils ont eux-mêmes reconnu des droits et imposé des obligations aux particuliers dans la sphère internationale, et parfois même sans ou contre leur volonté¹¹. En matière de protection des droits de l'homme ou des investissements étrangers surtout, des mécanismes efficaces ont été mis en place, qui leur permettent de faire valoir leurs droits directement au plan international, sans passer par l'intermédiation étatique.

8. Ce n'est pas à dire que la protection diplomatique doive être rangée au magasin des antiquités. Comme l'a écrit le dedicataire de ces lignes, « [I]a nouvelle de la mort de cette institution est [...] grandement exagérée »¹² : l'intervention de l'État aux droits de ses ressortissants lésés par une violation du droit international demeure un utile filet de sécurité lorsqu'un tel mécanisme n'existe pas¹³. En revanche, la fiction sur laquelle repose la conception traditionnelle n'a plus lieu d'être : en niant la personnalité juridique internationale des personnes privées, elle relève d'une vision révolue du droit international. La « formule *Mavrommatis* » n'en est pas moins consacrée dans le projet de la C.D.I., dont l'article 1^{er} reprend le texte sinon mot pour mot, du moins dans son esprit¹⁴.

9. Cet endossement de la fiction traditionnelle ne tient pas au fait que la protection diplomatique est un droit de l'État – ce que rappelle clairement l'article 2 du projet, mais au fait que l'État qui exerce la protection agit « en son nom propre », ce qui est une autre façon de dire que « cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »¹⁵. Une chose est,

11 V.A. Pellet, *op. cit.* (note 6), pp. 86-98.

12 « La pratique suisse de la protection diplomatique », in : J.-F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique, Mutations contemporaines et pratiques nationales* (Bruylant, Bruxelles, 2003), p. 73.

13 Il peut en aller ainsi même dans les domaines des droits de l'homme (cf. l'absence de tout mécanisme de protection régionale en Asie ou dans le monde arabe) et des investissements en particulier lorsque, faute de ratification de la Convention de 1965 par l'État auteur de la violation ou de convention bilatérale entre les deux États concernés, l'investisseur étranger ne peut saisir le CIRDI (cf. la requête de la Guinée contre la R.D.C. du 28 décembre 1998 dans l'affaire *Diallo*, http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/Cgc/cgc_orders/cgc_application_19981228.pdf).

14 « La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour une personne ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État ».

15 V. *supra* (note 4).

en effet, de dire que l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non sa protection et déterminer les moyens par lesquels il l'exerce, une autre est de considérer que les droits qu'il fait ainsi valoir sont ses *propres* droits.

10. Rien ne montre mieux le caractère artificiel de la fiction traditionnelle que ce passage, souvent cité¹⁶, de l'arrêt de la C.I.J. de 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

En l'espèce il est donc capital de rechercher si les pertes qu'auraient subi [*sic*] des actionnaires belges de la Barcelona Traction ont eu pour cause la violation d'obligations dont ils étaient bénéficiaires. Autrement dit, un droit de la Belgique a-t-il été violé du fait que des droits appartenant à des ressortissants belges, actionnaires d'une société n'ayant pas la nationalité belge, auraient été enfreints¹⁷.

Pour qu'un dommage soit réputé subi par l'État, il faut rechercher si des droits appartenant à *ses* ressortissants ont été violés et s'il en est résulté des pertes dans *leur* chef.

11. Davantage même : « c'est le dommage infligé au ressortissant étranger qui sert à apprécier la responsabilité de l'État hôte et à évaluer la réparation due à l'État national »¹⁸. On peut toujours avancer que « [l]e dommage subi par le particulier n'est [...] jamais identique en substance à celui que l'État subira »¹⁹, il n'en reste pas moins que c'est ce dommage qui fournit la « mesure convenable de la réparation due à l'État »²⁰. Il n'y a là rien de « plus que l'habile escamotage d'un talentueux illusionniste »²¹.

12. La C.D.I. n'en a pas moins couvert de son autorité cet exercice de prestidigitation – au moins indirectement, par la reconnaissance d'un « droit propre » à l'État exerçant sa protection diplomatique car la question, si importante concrètement, de la mesure de la réparation en cas de dommage « médiat » a, avec d'autres, été laissée de côté par la Commission²². Plus explicitement, elle refuse de tirer la conséquence logique de la fiction

16 V. p. ex. le rapport préliminaire de Mohamed Bennouna sur la protection diplomatique, *op. cit.* (note 10), par. 21.

17 *CIJ Recueil 1970*, pp. 32-33.

18 M. Bennouna, *op. cit.* (note 10), par. 22.

19 CPJI, arrêt, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów*, série A, n° 17, p. 28.

20 *Ibid.*

21 L. Dubouis, « La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique – À propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977 », *RCDIP*, 1978, 624.

22 V. *infra*, par. 54.

« fondamentale » qu'elle consacre en ce qui concerne l'exigence d'une « continuité de la nationalité ».

13. Les articles 5 (personnes physiques) et 10 (sociétés) perpétuent en effet le principe traditionnel selon lequel « [u]n État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une [personne] [société] qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation ». Pour classique qu'elle soit²³, cette règle n'est pas cohérente avec l'idée que l'État protecteur exerce son droit propre – dont la personne protégée peut ainsi le priver en changeant de nationalité. La logique aurait voulu que l'État puisse exercer celui-ci dès lors que la personne privée qui a subi un dommage en conséquence d'un fait internationalement illicite avait sa nationalité au moment de sa survenance.

14. Curieusement, le professeur John Dugard, second Rapporteur spécial sur le sujet, avait proposé la solution inverse²⁴. Mais, finalement, pour de mauvaises raisons pratiques – la crainte illusoire d'un *nationality shopping*²⁵, la Commission, ici encore, a préféré s'en tenir à la règle traditionnelle alors qu'elle eût pu proposer soit de rationaliser le système dans la ligne de la formule *Mavrommatis*, soit de le réformer en admettant que la fiction que traduit (magnifiquement) cette formule avait perdu sa raison d'être – auquel cas, c'est l'État de nationalité au moment de la réclamation qui aurait dû se voir reconnaître le droit d'exercer sa protection au profit de

23 Cf. la position catégorique de la CPJI, arrêt du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, série A/B, n° 76*, p. 16. V. aussi S.A., 1850, Morrison c. Mexique, in J.B. Moore, *op. cit.* (note 3), vol. III, p. 2325 ; Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Mexique, 9 août 1876, *L.S. Hargous c. Mexique* (n° 784), *ibid.*, pp. 2328-2329 ; Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela, 2 septembre 1890, *Albino Abbiatti* (n° 34), *ibid.*, pp. 2347-2348 ; Commission mixte de réclamations Italie/Venezuela, 1903, *Matilde Miliani, RSA*, vol. X, p. 591 ; Commission mixte de réclamations France/Venezuela, 31 juillet 1905, *Héritiers de Jean Maninat, RSA*, vol. X, pp. 76-77 ; Commission mixte de réclamations Allemagne/États-Unis d'Amérique, *Décision administrative n° 1*, 1^{er} novembre 1923, *RSA*, vol. VII, p. 26 et *Décision administrative n° 5*, 31 octobre 1924, *ibid.*, pp. 140 et s. ; S.A. (Max Huber), 29 décembre 1924, *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne/Royaume Uni), RSA*, vol. II, p. 706 ; Commission de réclamations Mexique/Royaume-Uni, 24 juin 1931, *Minnie Stevens Eschauzier v. United Mexican States, RSA*, vol. V, pp. 209-211. Pour un exemple récent v. CIRDI, S.A., 26 juin 2003, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (Case No. ARB(AF)/98/3)* (fond), 42 *ILM*, 2003, 848, par. 229-230.

24 V. le projet d'article 9 proposé par le rapporteur spécial dans son Premier rapport (2000, A/CN.4/506/Add.1) : « 1. Si une personne lésée a changé de nationalité de bonne foi après avoir subi un dommage, le nouvel État de nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne pour ce dommage, à condition que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à la date du changement de nationalité ».

25 V. *Rapport préc.* (note 1), par. 1 du commentaire de l'article 14.

la personne privée lésée : c'est avec cet État que celle-ci a les liens les plus forts; c'est lui dont elle peut espérer la protection la plus efficace.

15. Au lieu de cela, la Commission, conformément à une tentation à laquelle elle succombe de plus en plus fréquemment, s'en tient à une demi-mesure : tout en maintenant le principe traditionnel, elle lui apporte une atténuation, d'ailleurs bienvenue du fait qu'elle limite les risques de déni de justice, mais qui ne repose sur aucune base logiquement discernable :

- au paragraphe 2 de l'article 4, elle admet, *de lege ferenda*, que le nouvel État de nationalité peut exercer sa protection « pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international »²⁶; et
- le paragraphe 3 ajoute à l'exigence du respect du droit international « une autre garantie contre les abus de la suspension de la règle de la continuité de la nationalité. La protection diplomatique ne peut être exercée par le nouvel État de nationalité contre un ancien État de nationalité de la personne lésée à raison d'un préjudice subi alors que cette personne avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouveau »²⁷.

16. Dans son esprit, cette règle est conforme au principe selon lequel « [u]n État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité . . . » reprise à l'article 7 du projet. La Commission, se fondant sur plusieurs précédents²⁸, lui a cependant apporté un heureux tempérament en prévoyant une exception lorsque la nationalité prépondérante (continue) est celle de l'État qui exerce sa protection, rompant ainsi avec la règle absolue énoncée à l'article 4 de la Convention de La Haye sur la nationalité. On ne s'en demande pas moins pourquoi, dès lors, la C.D.I. retient, à l'article 4 de son projet le principe selon lequel un lien de nationalité purement formel suffit à permettre à un État d'exercer sa protection en l'absence même d'un « lien effectif », absence qui avait conduit la C.I.J. à écarter, à juste titre, la recevabilité de la requête du Liechtenstein contre le Guatemala dans l'affaire *Nottebohm*²⁹ : si la C.D.I. entendait rompre avec le formalisme qui,

26 *Mutatis mutandis*, cette faculté est étendue par l'art. 10, par. 2, en faveur d'une société « qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État ».

27 *Rapport* préc. (note 1), par. 7 du commentaire.

28 Not. Commission de conciliation États-Unis-Italie, S.A., 10 juin 1955, *Florence Mergé, RSA*, vol. XIV, pp. 238-248 et Tribunal Iran-États-Unis des réclamations, S.A., 6 avril 1984, affaire *A/18, C.T.R.*, 1984, p. 251.

29 Arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil 1955*, p. 23.

souvent, caractérise la matière, elle eût été mieux inspirée de s'attacher plus fermement aux notions de « lien effectif » et de « nationalité prépondérante »³⁰ que de saupoudrer son projet d'innovations partielles qui en diminuent la cohérence sans pour autant adapter suffisamment le droit de la protection diplomatique aux réalités contemporaines.

17. Au nombre de ces heureuses mais prudentes audaces, figure aussi l'article 8 du projet qui admet la possibilité pour l'État de résidence d'exercer sa protection en faveur d'un apatride ou d'un réfugié – tout en leur imposant, logiquement, la règle de la continuité de la « résidence légale et habituelle » qui correspond, *mutatis mutandis*, à celle de la continuité de nationalité. Ce faisant, la Commission rompt utilement avec la pratique traditionnelle³¹ au profit de personnes souvent particulièrement vulnérables même si le réalisme imposait d'exclure la possibilité de toute protection de la part de l'État de résidence à l'égard de celui dont un réfugié a la nationalité³². Il reste que, ici encore, la règle retenue par la C.D.I. au titre du développement progressif n'est guère compatible avec la fiction maintenue par ailleurs : on voit mal à quel titre en exerçant sa protection diplomatique en faveur d'un apatride ou d'un réfugié résidant sur son territoire un État exercerait « son propre droit » . . .

18. Le caractère artificiel et inadapté de la fiction traditionnelle apparaît avec la même clarté avec l'exigence de l'épuisement des recours internes – que maintient fermement, et à juste titre, l'article 14 du projet. Comment peut-on expliquer rationnellement que le droit propre qu'est supposé avoir l'État de « faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » puisse être tenu en échec par la négligence des ressortissants en question à utiliser les voies de recours qui leur sont ouvertes par le droit interne de l'État auteur du fait internationalement illicite?

19. Cette règle traditionnelle³³, déjà rappelée à l'article 44 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁴, s'impose sûrement : il est légitime et sain de donner à un État souverain la possibilité de s'acquitter de ses obligations internationales à l'égard d'un particu-

30 Auxquelles l'article 6 relatif aux nationalités multiples se montre également fermé. V. cependant les critiques adressées à cette disposition par L. Cafilisch en tant que représentant de la Suisse (« Pratique suisse 2000 » in *RSDIE*, 2001, 642, également reproduites in *op. cit.* (note 12), p. 80).

31 Cf. en ce qui concerne les apatrides, S.A., Commission des réclamations États-Unis-Mexique, juillet 1931, *Dickson Car Wheel Company, RSA*, vol. IV, p. 678.

32 Ce qu'exclut expressément le par. 3 de l'article 8.

33 Cf. CIJ, arrêts, 22 juillet 1952, *Anglo-Iranian Oil Cy.*, *Recueil 1952*, p. 93 ; 19 mai 1953, *Ambatielos*, *Recueil 1953*, pp. 22-23 ; 21 novembre 1959, *Interhandel*, *Recueil 1959*, p. 27 ; Chambre, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

34 Annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

lier d'abord dans le cadre de son droit interne; de même qu'il est naturel d'apporter au principe de l'épuisement des recours internes les éléments de souplesse et de réalisme qui lui sont habituellement associés, reflétés dans l'article 16 du projet. Toutefois, à cet égard aussi, la Commission manque sans doute l'occasion de tirer toutes les conséquences d'un balbutiement bienvenu de développement progressif du droit.

20. Aux termes des alinéas a), b) et d) de cette disposition, les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'ils « n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace » ou en cas de « retard abusif attribuable à l'État réputé responsable », ou encore si celui-ci « a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés ». On pourra contester telle ou telle formulation retenue par la Commission de préférence à telle autre mais, dans leur principe, ces normes de codification ne prêtent pas le flanc à la critique. Plus intéressante et potentiellement féconde est, à vrai dire, la précision donnée à l'alinéa c) qui exclut également l'obligation d'épuisement préalable des recours internes lorsque :

Il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes.

21. Il s'agit là, sans aucun doute, d'une clarification importante, dont on ne sait trop si elle relève de la codification ou de développement progressif du droit³⁵. On peut cependant regretter la rédaction floue de cette disposition, qui ne fixe aucun critère clair aux exceptions qu'elle énonce, alors qu'il eût été approprié de consacrer le principe du « lien volontaire » souvent invoqué par la doctrine anglo-saxonne³⁶ et qu'avait très remarquablement exposé (mais mollement défendu) le Rapporteur spécial dans son 3^e rapport³⁷ : contrairement à la directive très générale adoptée par la Commission, ce principe en vertu duquel « [c]e n'est que lorsque l'étranger s'est volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il peut être tenu

35 V. le commentaire de cette disposition qui relève les incertitudes de la jurisprudence, *Rapport préc.* (note 1), par. 9 du commentaire de l'article 16).

36 D.P. O'Connell, *International Law*, 2^e éd. (London, Stevens, 1970), vol. 2, p. 1057 ; T. Meron, « The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies », 35 *BYBIL*, 1959, 83 ; C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *RCADI*, 1956-II, p. 688 ; Ch. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Grotius, Cambridge, 1990), p. 138 ; D.R. Mummery, "The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies", 58 *AJIL*, 1964, 394 ; I.L. Head, "A Fresh Look at the Local Remedies Rule", 5 *CYL*, 1967, 143-153. V. aussi, d'une façon plus nuancée, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd. (Oxford University Press, 2003), pp. 474-475.

37 A/CN.4/523, pp. 28-37, par. 65-89.

d'épuiser les recours internes »³⁸, est susceptible de fournir à l'interprète et au juge un critère raisonnablement opérationnel.

22. Quant à l'article 15, il répond à une question difficile que plusieurs affaires soumises à la C.I.J. ont posée³⁹ : celle de savoir si le principe de l'épuisement des recours internes s'applique dans les hypothèses dans lesquelles la réclamation concerne à la fois un préjudice « immédiat » (directement subi par l'État) et un dommage « médiat » (subi par l'État protecteur « en la personne de ses ressortissants »⁴⁰). Pour y répondre, la C.D.I. retient un critère empirique en suggérant que les recours internes doivent être épuisés si la réclamation (ou, précision importante, « la demande de jugement déclaratif lié à la réclamation ») « repose principalement sur un préjudice » médiat⁴¹. Ceci semble relever du simple bon sens mais on peut regretter que les facteurs permettant d'apprécier cette prépondérance ne soient pas évoqués dans le texte de l'article 15 et ne fassent l'objet que de mentions cursives dans le commentaire⁴².

23. Les dispositions relatives à la protection diplomatique des personnes morales (chapitre III de la deuxième partie du projet – articles 9 à 13) pèchent, elles aussi, à la fois par une certaine superficialité et par un attachement à des principes largement dépassés. La Commission et son Rapporteur spécial se sont en effet essentiellement fondés sur les principes dégagés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴³ et, dans une mesure moindre, dans celle de l'*Elettronica Sicula*

38 *Ibid.*, p. 29, par. 69.

39 V. not. CIJ, arrêts du 21 mars 1959, *Interhandel (Exceptions préliminaires)*, *Recueil 1959*, pp. 26-29 ; du 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula, S.p.A.*, *Recueil 1989*, pp. 42-48, par. 49-63 ou du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains*, *Recueil 2004*, pp. 34-36, par. 38-40.

40 Malgré l'insistance de plusieurs membres de la Commission, celle-ci s'est refusée à consacrer cette terminologie bien établie dans la littérature juridique francophone ; le recours à ce vocabulaire aurait pourtant permis d'éviter la fâcheuse confusion qu'entraîne l'utilisation (impropre) des expressions « préjudice direct » ou « indirect » ou des laborieuses périphrases nécessaires pour la dissiper. Malheureusement, nos collègues anglophones sont peu réceptifs à ce type d'acculturation . . .

41 La phrase complète se lit ainsi : « . . . repose principalement sur un préjudice causé à une des personnes ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans l'article 8 » ; il y a là un bel exemple des acrobaties terminologiques auxquelles conduit le refus de la distinction, sans doute trop cartésienne, entre dommages médiats et immédiats.

42 *Rapport préc.* (note 1), par. 4 du commentaire de l'article 15.

43 L'arrêt rendu par la CIJ le 5 février 1970 est cité cinq fois dans le commentaire de l'article 9 du projet (« État de nationalité d'une société »), qui ne comporte que deux autres références – l'une à l'avis consultatif de la CPIJ de 1923 dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, l'autre à l'arrêt de la CIJ de 1955 dans l'affaire *Nottebohm*. Dans le commentaire de l'article 11 (« Protection des actionnaires »), l'arrêt de 1970 est cité vingt-sept fois . . . Ces commentaires sont fondés sur le 4^e rapport du professeur Dugard (A/CN.4/530) qui se limite largement à commenter l'affaire de la *Barcelona Traction*.

S.p.A. (ELSI), soit à des arrêts qui datent respectivement de 1970 et 1989, rendus dans des contextes qui sont à des années-lumière de l'environnement économique et politique international actuel marqué par la globalisation et un libéralisme économique pleinement assumés – qu'on l'approuve ou qu'on le regrette; mais là n'est pas la question. On ne peut dès lors que regretter que la Commission n'ait pas répondu favorablement à l'appel de son Rapporteur spécial qui, bien qu'il s'appuyât lui-même trop exclusivement sur la décision de la C.I.J., reconnaissait que « [l']arrêt Barcelona Traction n'est pas sacro-saint ni intangible »⁴⁴ et que la C.D.I. « pourrait donc se sentir tenue de s'en écarter et de formuler une règle correspondant mieux aux réalités des investissements étrangers et encourageant les investisseurs étrangers à préférer, s'agissant d'obtenir réparation, la protection diplomatique à la protection des traités bilatéraux relatifs aux investissements »⁴⁵.

24. La présente contribution ne se prête pas à une critique approfondie des règles retenues par la C.D.I. en la matière. On peut cependant en relever les principales faiblesses, qui tiennent surtout à son caractère passablement « passéiste » et à la timidité des rares avancées qu'elles réalisent.

25. La moindre de ces gaucheries n'est pas le refus de la majorité des membres de la Commission⁴⁶ d'envisager la possibilité pour une société d'avoir (ou d'être considérée comme ayant) deux ou plusieurs nationalités : on se prive ainsi à coup sûr de la possibilité d'appréhender la réalité transnationale des pouvoirs économiques privés. Dans le même esprit, on peut avoir plus que des doutes sur le bien-fondé de la transposition aux sociétés de la règle de la continuité de la nationalité par l'article 10 du projet⁴⁷ même si l'on ne peut qu'approuver, dans son principe, l'exception prévue au paragraphe 2, aux termes duquel « un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une société qui avait sa nationalité au moment du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de cet État ».

26. On peut s'interroger sur la logique qu'il y a à laisser un État exercer sa protection au profit d'une société qui a cessé d'exister : en réalité, dans un cas de ce genre, ce sont les actionnaires de la société qui, inévitablement, sont les bénéficiaires de la protection. Il est curieux que la C.D.I. n'ait pas affronté la difficulté et prévu une protection qui, dans ce cas précis risque, en fait, d'être illusoire. Au demeurant, sur le papier au moins, la

44 4^e rapport préc. (note 43), p. 10, par. 22.

45 *Ibid.*, p. 12, par. 27.

46 Il est fait une très brève allusion à la position contraire de la minorité au paragraphe 7 du commentaire de l'article 9, *Rapport* préc. (note 1).

47 *V. supra*, par. 13-15.

combinaison des dispositions des articles 10 et 11 (« Protection des actionnaires ») sur ce point ne laisse place à aucun vide juridique :

- au titre de l'article 10, l'État de nationalité de la société peut exercer sa protection en faveur d'une société dissoute si celle-ci a cessé d'exister *du fait du préjudice* subi;
- en vertu de l'article 11, l'État de nationalité des actionnaires peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ceux-ci si la société a cessé d'exister *sans rapport avec le préjudice*.

Ceux-ci sont donc, en apparence⁴⁸, assurés, indirectement ou directement, de pouvoir être protégés quelle que soit la cause de la disparition de la société même si les motifs du traitement distinct réservé à chacune des deux hypothèses n'apparaissent pas clairement⁴⁹.

27. Plus préoccupantes sont les positions très conservatrices prises par la C.D.I. en ce qui concerne les conditions mises à la protection des actionnaires par l'État ou les États dont ils ont la nationalité⁵⁰.

28. Il n'est pas douteux que les considérations dominantes qui ont inspiré la C.I.J. pour dénier, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, tout droit de protection de la Belgique en faveur des actionnaires de la société ne sont pas dénuées de force :

- il est légitime de considérer qu'en constituant une société dans un État donné, autre que celui dont ils ont la nationalité, les actionnaires acceptent, en contrepartie des avantages (en général fiscaux) qu'ils en attendent, « les risques créés par le fait que la protection de la société et donc de ses actionnaires est ainsi confiée à un État autre que l'État national de ces derniers »⁵¹; et
- il est certainement exact que « les actions des sociétés ayant une activité internationale sont très dispersées et changent souvent de mains »⁵², si bien

48 Mais la réalité est différente : v. *infra*, par. 30.

49 Les précisions relatives au lien avec le préjudice ne figuraient pas dans le projet d'article 18, alinéa *a*), proposé par le Rapporteur spécial, v. rapport préc. (note 43), p. 26. En raison de la difficulté de déterminer le moment exact où la société disparaît et ses actionnaires prennent le relais, le Rapporteur spécial avait d'ailleurs, dans son 4^e rapport, préconisé la co-existence de deux protections, celle de l'État national de la société « disparue » et celle exercée pour le compte des actionnaires par leur États nationaux respectifs (*ibid.*, pp. 45-46, par. 104).

50 L'article 12 du projet, relatif à l'« Atteinte directe aux droits des actionnaires », se borne à entériner le principe posé à cet égard dans l'arrêt de la CIJ de 1970 (*Recueil 1970*, p. 36, par. 46-47) et n'appelle pas de remarques particulières, sauf à relever que son laconisme n'éclaire guère le principe qu'il proclame. Le Rapporteur spécial a d'ailleurs qualifié cette disposition comme étant une « clause de sauvegarde » (Rapp. préc. note 43, p. 39, par. 88).

51 *Recueil 1970*, p. 50, par. 99 ; v. aussi p. 35, par. 43.

52 *Ibid.*, p. 49, par. 96.

que le droit peut difficilement s'évertuer à rechercher la réalité du contrôle exercé sur la société et qu'il ne saurait être question de percer le voile social systématiquement.

29. La C.D.I. s'est montrée sensible à ces considérations⁵³ mais celles-ci ne constituent pas la fin de la question. Il n'est, en particulier, pas acceptable de laisser sans protection les actionnaires étrangers d'une société ayant la nationalité de l'État qui est à l'origine du préjudice. La Commission en a été consciente, mais la solution, très frileuse, qu'elle retient dans l'alinéa b) de l'article 11⁵⁴, n'est justifiée ni en droit ni en équité. Il est d'ailleurs tout à fait significatif que les commentaires dont la Commission assortit cette disposition aient presque exclusivement pour effet de justifier une solution beaucoup plus favorable « au droit de l'État des actionnaires d'une société d'intervenir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société »⁵⁵, sans s'encombrer des restrictions paralysantes retenues par le projet.

30. Dans le même esprit, l'exigence, à l'alinéa a) de l'article 11 (dont il n'est pas clair qu'il soit applicable aux sociétés ayant la nationalité de l'État d'accueil), de la disparition pure et simple de la société dans l'État de nationalité, n'est pas défendable : ici encore la Commission s'en est tenue à l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, qui constitue son horizon apparemment indépassable, et qu'elle interprète d'ailleurs de manière sans doute abusivement restrictive⁵⁶. Mais on se demande pourquoi les actionnaires se trouvent privés de protection lorsque l'État d'accueil paralyse en fait le fonctionnement de la société⁵⁷ et, plus encore, pourquoi leur protection est limitée aux cas dans lesquels la disparition de la société est « sans rapport avec le préjudice »⁵⁸ – c'est, précisément lorsque l'existence (en droit ou en fait) de la société (quelle que soit sa nationalité) cesse du fait du comportement de l'État d'accueil que les actionnaires ont le plus besoin de protection.

53 V. *Rapport préc.* (note 1), par. 2 du commentaire.

54 « L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique au bénéfice desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que : [...] »

b) Si la société a, au moment du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution en vertu de la loi de cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État ».

55 *Rapport préc.* (note 1), par. 10 du commentaire de l'article 11 – d'une façon plus générale, v. les par. 7 à 11.

56 *Ibid.*, par. 4 et 5.

57 Du reste, la Commission relève que la jurisprudence *Barcelona Traction* est plus rigoureuse que la jurisprudence traditionnelle (v. *ibid.*, par. 4 du commentaire de l'art. 11).

58 V. aussi *supra* (note 49).

31. Du reste, les positions très restrictives de la Commission, inspirées sans doute par des considérations idéologiques respectables mais détachées de la réalité actuelle du monde des affaires, sont en complet déphasage par rapport aux principes juridiques dominants que reflètent par exemple les conventions bilatérales d'investissements et la jurisprudence constante des tribunaux CIRDI. Il en résulte que la protection de l'actionnaire est devenue le principe même, et non plus seulement une exception à la règle de base. Dans une sentence de 1999, un tribunal a ainsi conclu que « la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs »⁵⁹, et ceci indépendamment de leur participation majoritaire ou minoritaire⁶⁰.

32. Sans doute, les tribunaux CIRDI ont-ils précisé que “the issues before this Tribunal concern not diplomatic protection under customary international law but the rights of shareholders, as determined by the treaty, namely, under the BIT”⁶¹. Il n'en reste pas moins que la Commission ne renforce sûrement pas la crédibilité de son projet en allant à contre-courant d'une tendance « lourde » du droit international contemporain⁶² et en

59 Sentence du 10 février 1999, *Antoine Goetz et autres c. République du Burundi* (ARB/95/3), 15 *ICSID Review*, 496-497, par. 89. Dans le même sens, CIRDI, décision sur la compétence, 3 août 2004, *Siemens A.G. c. Argentine*, par. 142 (publié sur le site <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>).

60 V. CIRDI, décision préliminaire sur la compétence, 8 décembre 1998, *Lanco International, Inc. c. Argentine* (ARB/97/6), 40 *ILM*, 2001, 461, par. 10.

61 CIRDI, décision sur la compétence, 8 décembre 2003, *Azurix Corp. c. Argentine* (ARB/01/12), 43 *ILM*, 2004, 276, par. 72 ; décision sur la compétence, 3 août 2004, *Siemens A.G. c. Argentine*, préc. (note 59), par. 140. D'une façon comparable, le Tribunal irano-américain de réclamations a pu accueillir des réclamations introduites par des actionnaires, en application cependant non du droit international général, mais des dispositions spécifiques de la Déclaration du Gouvernement de la République algérienne, démocratique et populaire sur le règlement du contentieux entre le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran du 19 janvier 1981 (*Iran-US CTR*, vol. 1, pp. 9 et s.), et notamment son article VII, par. 2. V.P. Daillier (dir.), « Tribunal irano-américain de réclamations », *AFDI*, 2000, 358-363.

62 Et il ne suffit certainement pas, pour régler le problème, de reléguer cette tendance aux « dispositions conventionnelles spéciales » – dont la Commission réserve l'applicabilité à l'article 18 de son projet : lorsque ces dispositions se comptent par milliers, il convient au moins de se demander si la règle générale traditionnelle ne s'en trouve pas ébranlée. Comme le président Schwebel l'a relevé : “[c]ustomary international law governing the treatment of foreign investment has been reshaped to embody the principles of law found in more than two thousand concordant bilateral investment treaties. With the conclusion of such a cascade of parallel treaties, the international community has vaulted over the traditional divide between capital-exporting and capital-importing states and fashioned an essentially unified law of foreign investment” (“The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law”, *ASIL Proceedings*, vol. 98, 2004, p. 27). V. aussi CIRDI, sentence du 11 octobre 2002, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), 42 *ILM*, 2003, 107-108, par. 117.

excluant de la protection diplomatique une partie importante de différends intéressant les particuliers.

33. En restreignant ainsi le champ d'application de la protection diplomatique, le projet de la C.D.I. rate l'occasion de créer un régime attractif et adapté aux nouvelles données de la vie économique internationale. Le grand nombre de recours portés devant des mécanismes de règlement de différends comme le CIRDI témoignent du peu de confiance que prêtent les investisseurs internationaux à la protection diplomatique « classique » qui, aujourd'hui, ne semble plus à même de « sauvegard[er] les investissements à l'étranger placés dans des sociétés d'une manière complète et relativement efficace » comme Lucius Cafilisch pouvait le constater en 1969⁶³. Dans son état actuel, le projet adopté par la Commission ne répond assurément pas à l'appel lancé par le Professeur Dugard dans son premier rapport : « Au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction dépassée dont on n'a plus l'usage, il faudra au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique »⁶⁴.

2 UN PROJET INCOMPLET

34. Non seulement le projet sur la Protection diplomatique adopté par la C.D.I. en première lecture en 2004 semble inadapté aux nouvelles données de la vie internationale et rate le dépoussiérage vigoureux d'une institution fondée sur des postulats dépassés, dont il aurait pu et dû être l'occasion, mais encore, il ne tient pas, loin s'en faut, les promesses de son titre même. En réalité, il ne codifie pas (ni ne développe progressivement) tout le droit de la protection diplomatique, mais il s'en tient au seul énoncé des règles relatives aux conditions de recevabilité des réclamations formées dans ce cadre. Ceci ne couvre pas tout le sujet, ni même, peut-être, la partie la plus intéressante et utile de celui-ci.

35. La Commission croit s'en expliquer en indiquant en préambule de son projet⁶⁵ qu'elle n'a pas jugé opportun de traiter :

- des questions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite – qui font l'objet de plusieurs dispositions des Articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ;
- des règles primaires applicables au traitement des étrangers – qui relèvent, en effet, d'une autre problématique et interviennent en amont de la protection,

63 *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1969), p. 267.

64 2000, A/CN.4/506, p. 9, par. 32. V. aussi *supra* (note 45).

65 V. les par. 1 à 3 de l'introduction au commentaire du projet, *Rapport préc.* (note 1).

et dont la violation constitue la condition substantielle préalable à son exercice; ni

- de la protection fonctionnelle que peuvent accorder les organisations internationales à leurs agents lorsque ceux-ci sont victimes dans l'exercice de leurs fonctions, de dommages résultant d'un manquement au droit international.

36. Tout ceci est parfaitement acceptable même si, s'agissant du dernier point, il est pour le moins discutable de ne pas avoir tenté de rationaliser l'articulation existant entre les deux formes de protection (qui peuvent bénéficier à une même personne) et si l'on peut s'étonner de la légèreté avec laquelle la Commission s'en remet, pour leur combinaison, aux « solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens » que la C.I.J. appelait de ses vœux dans son avis consultatif de 1949 dans l'affaire du *Comte Bernadotte*⁶⁶.

37. D'autres lacunes sont autrement plus critiquables. Contrairement à ce que laisse entendre la seule mention qui est faite dans le commentaire des regrets exprimés par certains membres de la Commission à cet égard, le problème n'est pas que le projet insiste sur la recevabilité des réclamations⁶⁷ – un point important qu'il n'aurait évidemment pas été acceptable de négliger (même s'il fait l'objet de l'article 44 des Articles sur la responsabilité) – mais à son silence assourdissant sur d'autres aspects essentiels du sujet dont les « conséquences juridiques de la protection diplomatique »⁶⁸ ne sont que l'un des exemples les plus marquants.

38. L'article 2 du projet reconnaît aux États « le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles ». Ce principe, central, mérite certainement bien davantage que la simple mention dont il est l'objet dans cette disposition laconique.

39. Bien que le commentaire de la Commission opère la confusion⁶⁹ entre, d'une part, le droit appartenant à l'État d'exercer (ou non) sa protection diplomatique et, d'autre part, la fiction qui la fonderait (mais qui n'en est nullement le support nécessaire⁷⁰), ces deux éléments ne se confondent pas. Or si le caractère discrétionnaire de l'exercice de ce droit par l'État (aux conditions prévues par le projet) n'est pas douteux⁷¹, cette constatation, à laquelle se borne l'article 2 du projet n'épuise pas la question.

66 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Recueil 1949, p. 186. Ce passage est cité *ibid.*, par. 3.

67 *Rapport préc.* (note 1), par. 1 du commentaire général.

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*, par. 1 du commentaire de l'art. 2.

70 *V. supra*, par. 5-7.

71 « L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin », CIJ, arrêt préc. (note 5), du 5 février 1970, Recueil 1970, p. 44, par. 79.

40. En premier lieu, on a pu se demander si, à l'orée du 21^e siècle, le pouvoir d'appréciation dont dispose l'État de nationalité en ce domaine devait demeurer sans limites. Dans son premier rapport, le professeur Dugard avait fait valoir que la question mérite d'être examinée de plus près par la Commission notamment en raison des divergences entre la position traditionnelle en droit international, d'une part, et la pratique étatique de nombre d'États et certaines positions doctrinales, d'autre part⁷². La Commission n'a pas cru devoir suivre sur ce point son Rapporteur spécial qui lui avait proposé d'admettre une obligation de protection à la charge de l'État de nationalité « si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre État »⁷³. Bien que certains droits internes consacrent, à certaines conditions, une obligation de protection à la charge de l'État de nationalité⁷⁴, sa transposition au plan international eût constitué une innovation considérable et la référence au *jus cogens* risquait d'être source de grandes difficultés dans la mise en œuvre du principe⁷⁵.

41. Toutefois, une fois admis le pouvoir discrétionnaire de l'État en ce domaine, ce principe soulevait de nombreuses questions; la Commission n'en aborde – à plus forte raison n'en tranche – aucun. L'un des plus délicats est, évidemment, la question de savoir si une personne privée peut renoncer à une protection qui constitue un droit pour l'État de nationalité et non pour lui.

42. C'est toute la question posée par les très fameuses « clauses Calvo » auxquelles le professeur Dugard avait consacré d'assez longs développements dans son troisième rapport⁷⁶, développements dont les commentaires du projet ne conservent qu'un écho très assourdi⁷⁷. Il est vrai que, curieusement, le Rapporteur spécial avait lié son examen à la question de l'épuisement des recours internes alors que la validité ou les effets de la clause posent des problèmes beaucoup plus généraux et d'abord celui de savoir si un particulier peut disposer, par contrat, d'un droit qui appartient à l'État.

72 Rapport préc. (note 64), par. 76-89.

73 Projet d'art. 4, par. 1, *ibid.*

74 *Ibid.*, par. 80-87.

75 Autant l'auteur de la présente contribution est favorable à ce que des conséquences concrètes soient tirées de ce concept – y compris en dehors du droit des traités – autant il éprouve quelque doute sur l'opportunité de créer, dans l'état actuel des choses, des occasions de contentieux *interne* (entre un particulier et un État refusant de lui accorder sa protection) dans ce domaine : les tribunaux nationaux risquent d'être fort mal à l'aise pour se prononcer à cet égard.

76 A/CN.4/523/Add. 1 (2002). Pour une étude nuancée de la jurisprudence internationale, v. Ch. Rousseau, *Droit international public*, tome V, *Les rapports conflictuels* (Paris, Sirey, 1983), pp. 203-208.

77 Dans le par. 13 du commentaire de l'article 16d) – v. *Rapport préc.* (note 1).

Si l'on pose la question de cette manière, la réponse doit certainement être négative : on ne peut renoncer à un droit que l'on n'a pas. Mais on peut aussi considérer que le particulier peut s'engager à ne pas rechercher la protection de l'État de nationalité et que, s'il le fait au mépris de son engagement contractuel⁷⁸, il y a rupture du contrat – ceci est une manifestation de la question des *clean hands* que la C.D.I. a tardivement examinée pour, finalement, décider qu'elle ne relevait pas du projet à l'examen⁷⁹. Quoiqu'il en soit, malgré la recommandation de son Rapporteur spécial, la Commission, qui était extrêmement divisée sur ce sujet, a décidé de ne pas inclure dans son projet de disposition relative à la clause Calvo, sans donner aucune explication claire à ce « refus d'obstacle »⁸⁰.

43. Une autre question, similaire à certains égards, est de savoir si le fait pour un particulier d'utiliser les voies de recours directes qui peuvent lui être offertes au plan international empêche son État de nationalité de le faire bénéficier de sa protection ou, inversement, si une fois une réclamation formée par l'État au titre de la protection diplomatique, la personne protégée demeure libre d'agir au plan international si des voies lui sont ouvertes à cette fin.

44. Sans doute, comme l'a souligné Lucius Caflisch, en tant que représentant de la Suisse à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, « les deux mécanismes [la protection diplomatique, d'une part, et les procédures de protection des droits de l'homme, d'autre part] doivent demeurer séparés, même si leurs objets se recouvrent partiellement » et il était légitime que la C.D.I. axe « ses travaux sur l'étude de la protection diplomatique [sans] préjuger les questions relevant de la protection internationale des droits de l'homme »⁸¹. Mais ceci ne lui interdisait certainement pas de s'interroger sur les relations existant entre ces deux catégories de mécanismes.

45. Le problème ne se pose évidemment pas lorsque, à l'image de l'article 27, paragraphe 1, de la Convention de Washington créant le CIRDI, l'État de nationalité renonce expressément à exercer la protection diploma-

78 Ce qui, il est vrai, peut poser de difficiles problèmes de preuve.

79 V. *infra*, par. 55-56.

80 V. le *Rapport de la CDI*, 54^e session (2002), Assemblée générale, documents officiels, 57^e session, Supp. n° 10 (A/57/10), p. 184, par. 273. C'est, à vrai dire, la conjonction des extrêmes qui explique cette décision peu glorieuse : entre les membres qui, pour des raisons purement idéologiques, voulaient faire consacrer la validité de la clause et ceux qui lui déniaient, dogmatiquement, tout effet, il n'y avait guère de place pour une position médiane telle que celle défendue par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 16 qu'il avait soumis à la Commission, Rapport préc. (note 66), dont la rédaction laissait probablement à désirer mais qui, dans son principe, était recommandable.

81 Communiqué de presse, AG/J/253, 26 octobre 1998, p. 6.

tique de ses ressortissants lorsque ceux-ci disposent de moyens de recours directs et effectifs. Mais *quid* lorsqu'il n'existe aucune disposition expresse?

46. À vrai dire, le projet d'articles de 2004 n'ignore pas complètement ce problème. Mais au lieu de l'affronter et d'indiquer les règles applicables dans une hypothèse de ce genre⁸², il en traite par prétérition, sous forme de « clauses sans préjudice » figurant dans les articles 17 et 18 – qui eussent du reste gagné à être fusionnés – qui n'abordent pas les problèmes de front et se bornent bien plutôt à en signaler l'existence. Ce faisant, la Commission ne s'acquitte pas complètement de sa mission de développement progressif et de codification du droit international. Ce n'eût cependant pas été superflu et les commentaires dont ces dispositions sont assorties démontrent à l'envi que nombre de questions demeurent en suspens – ne fût-ce que du fait de positions fort catégoriques qu'ils endossent sur des points rien moins qu'évidents.

47. D'une façon plus générale, on ne peut que s'étonner que la Commission ne se soit pas interrogée sur la nécessité d'étendre à l'ensemble des recours disponibles – et pas aux seules voies de recours *internes* – l'obligation d'épuisement. Assurément, les recours régionaux ouverts par les Conventions européenne et interaméricaine des Droits de l'homme et par la Charte africaine ne sont pas couverts par la règle traditionnelle, instituée lorsque le droit international ne voulait connaître que les États et maintenait l'individu dans la situation de simple « objet » de ses normes. Mais ces restrictions n'ont plus lieu d'être et l'on voit mal pourquoi l'on n'exigerait pas des particuliers qu'ils utilisent les voies de recours régionales instituées par des traités au même titre que celles que les États leur ouvrent unilatéralement dans leurs droits internes. La question – que la C.D.I. ne s'est pas posée – vaut d'ailleurs aussi bien en matière de protection des investissements que dans le domaine des droits de l'homme et revient à se demander si, dès lors que des voies de recours directes sont disponibles au plan international, il ne convient pas d'en tirer la conséquence que l'État de nationalité est empêché d'exercer sa protection aussi longtemps que les personnes privées qui en disposent ne les ont pas actionnées ou qu'elles n'ont pas échoué à faire respecter le droit international (ce qui est possible notamment si l'État déclaré responsable ne s'acquitte pas de ses obligations en conséquence).

82 Dans le projet d'article 4 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, préc. (note 64), p. 22, critiquable pour d'autres raisons (v. *supra*, par. 40), l'existence même de recours individuels était considérée comme déchargeant l'État national de son obligation d'accorder sa protection diplomatique à un de ses nationaux victime d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* (v. aussi le commentaire de ce projet, *ibid.*, p. 27, par. 91).

48. Le problème peut sembler sans mystère et un simple raisonnement par analogie pourrait sans doute permettre de le résoudre. Toutefois, le projet ne l'aborde pas et certains commentaires amorcent une réponse qui n'est guère compatible avec l'extension de l'exigence d'épuisement à l'ensemble des recours disponibles. Ainsi, la Commission affirme qu'un État dont un ressortissant a saisi la Cour européenne des Droits de l'homme peut, indifféremment, intervenir pour appuyer sa plainte devant la Cour ou exercer parallèlement sa protection diplomatique⁸³. Ceci est peut-être exact mais ne relève certainement pas de l'évidence. De telles questions eussent gagné à recevoir des réponses aussi claires et précises que possible. Le projet d'articles ne les donne pas.

49. Au surplus, si la Commission avait daigné s'interroger sur ce point, elle aurait dû répondre à la difficile question de savoir ce que « recours disponible » signifie : les mécanismes juridictionnels ouverts par les conventions régionales de droits de l'homme ou par la Convention CIRDI de 1965 répondent certainement à une définition, même exigeante, de la notion. Mais qu'en est-il des procédures qui, comme les communications adressées au Comité des Droits de l'homme, n'aboutissent pas à des décisions juridiquement obligatoires?

50. De même, le projet de la C.D.I. est pour le moins discret en ce qui concerne les modalités d'exercice de la protection diplomatique. Sans doute, l'article 1^{er} indique-t-il en passant, dans la ligne de la « formule *Mavrommatis* »⁸⁴, que celle-ci « consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique . . . », mais ceci ne fournit pas aux États les précisions qu'ils sont en droit d'attendre sur la procédure à suivre et les moyens concrets qu'ils peuvent mettre en œuvre.

51. Dans son premier rapport, John Dugard avait abordé la question sous l'angle particulier de l'interdiction du recours à la force, ce qui l'avait conduit à proposer un projet d'article 2 qui n'excluait pas le recours à la force armée par un État « pour sauver des nationaux » dans certaines circonstances⁸⁵. Il n'était guère acceptable de tenter de faire trancher ainsi, presque subrepticement, la si délicate question de l'« intervention d'humanité » ou du « devoir d'ingérence humanitaire » et c'est à juste titre que, sur ce point, la Commission n'a pas suivi son Rapporteur spécial⁸⁶ et s'est bornée à rap-

83 V. la note n° 223 qui accompagne le commentaire de l'article 17, *Rapport préc.* (note 1), par. 6 du commentaire.

84 V. *supra*, par. 2.

85 *Rapport préc.* (note 64).

86 V. le *Rapport de la CDI* sur sa 52^e session (2000), Assemblée générale, documents officiels, 55^e session, Supp. n° 10 (A/55/10), pp. 133-136, par. 430-439.

peler dans le commentaire de l'article 1^{er} de son projet que « la protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques » et que « [l']emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique »⁸⁷.

52. Mais une telle prise de position ne résout pas la question des procédures à suivre par l'État de nationalité dans la mise en œuvre de la protection diplomatique. Implicitement, la Commission a estimé qu'il était inutile d'entrer dans ces considérations puisque les articles 43 à 47 des Articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite indiquent la « marche à suivre » en cas d'« invocation de la responsabilité internationale de l'État »⁸⁸. Outre qu'il n'était sans doute pas entièrement superflu de renvoyer formellement à ces dispositions ou de les reprendre, il aurait certainement été opportun de réfléchir à leur adaptation au cas particulier des réclamations en réparation de dommages « médiats ».

53. Par la même occasion, la Commission aurait certainement dû s'interroger sur les relations qui peuvent exister entre la protection diplomatique au sens strict, qu'un État exerce en faveur de ses nationaux⁸⁹, parce qu'il est considéré comme « lésé », et celle que peut exercer « un État autre qu'un État lésé » « dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée » si celle-ci « est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe » dont fait partie cet État ou « est due à la communauté internationale dans son ensemble »⁹⁰. Elle se désintéresse totalement de la question.

54. Mais la lacune la plus inexplicable du projet adopté par la C.D.I. en 2004 tient sans doute au silence total de celui-ci au sujet des conséquences de la protection diplomatique⁹¹ : une fois la protection exercée, elle peut

87 *Rapport préc.* (note 1), par. 5 du commentaire de l'article 1^{er}.

88 La CDI précise dans l'introduction aux commentaires du projet d'articles de 2004 : « Beaucoup des principes énoncés dans les articles sur la responsabilité des États valent pour la protection diplomatique et ne sont donc pas répétés ici. C'est le cas en particulier des dispositions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. L'État responsable d'un préjudice causé à un étranger est obligé de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Cette réparation peut prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction, séparément ou conjointement. Toutes ces questions sont traitées dans les articles sur la responsabilité des États. Certains membres de la Commission estimaient qu'il aurait fallu traiter des conséquences juridiques de la protection diplomatique dans les présents projets d'articles au lieu d'insister sur la recevabilité des réclamations », *Rapport préc.* (note 1), pp. 22-23, par. 1.

89 Qu'elle a cependant le mérite d'étendre aux apatrides et aux réfugiés (v. *supra*, par. 17).

90 Art. 48 des Articles préc. (note 33). V. aussi l'art. 54.

91 Pour une défense de ce mutisme, v. les explications du Rapporteur spécial, J. Dugard, résumées dans le rapport de la CDI préc. (note 10), p. 113, par. 240, dont il ressort que mieux valait laisser la question ouverte car il s'agirait d'un principe contestable – il eût certainement été préférable d'en discuter que de le postuler . . .

aboutir – c’est son objet – à la réparation du dommage. Dans la ligne de la fiction qu’elle endosse⁹², la Commission aurait pu consacrer la règle traditionnelle selon laquelle, puisque l’État « exerce son propre droit », il est seul juge de l’opportunité de « répercuter » (ou non) sur le ou les particuliers lésés la réparation obtenue par le moyen de la protection diplomatique. Bien que certaines jurisprudences internes soient attachées à cette conséquence logique de la formule *Mavrommatis*⁹³, elle paraît abusivement rigoureuse et l’on ne peut que regretter que la C.D.I. ne l’ait pas répudiée définitivement – ce qui n’eût nécessité qu’un effort modeste de développement progressif, dans l’esprit des nombreux précédents internationaux qui vont dans le sens d’une « juridictionnalisation » de la procédure de distribution des indemnités⁹⁴ et eût, assurément, été plus conforme et à l’équité et à la reconnaissance progressive des personnes privées comme sujets du droit international.

55. On peut noter enfin qu’en 2005, après l’adoption de son projet en première lecture, la Commission s’est interrogée, à la suite d’un rapport complémentaire de son Rapporteur spécial⁹⁵ sur l’applicabilité de la théorie des mains propres dans le contexte de la protection diplomatique⁹⁶, sujet qui n’avait jamais été effleuré auparavant alors qu’il n’est, à l’évidence, pas dépourvu de tout lien avec le sujet. Suivant les conclusions très fermes de M. Dugard, le consensus s’est fait entre les membres de la C.D.I. pour considérer que l’absence de mains propres d’un particulier protégé pouvait avoir une incidence en ce qui concerne l’évaluation de l’indemnité éventuellement due en cas de réparation mais ne constituait pas une condition de recevabilité des réclamations formées au titre de la protection diplomatique⁹⁷.

92 V. *supra*, par. 5-8.

93 V. p. ex. l’arrêt du 17 juin 1926 du Tribunal fédéral suisse dans l’affaire des *Héritiers d’Oswald* (*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-1926, p. 245, n° 245 – cité par Ch. Rousseau, *op. cit.* (note 76), p. 193). Pour sa part, le Conseil d’État français considère que la répartition de l’indemnité entre les particuliers lésés constitue un acte de gouvernement, mais il examine au fond les refus d’une indemnité lorsqu’une seule personne peut y prétendre (v. Ch. Rousseau, *ibid.*, pp. 192-193).

94 Cf. Ch. Rousseau, *ibid.*, pp. 197-202 ou G. Berlia, « Contribution à l’étude de la nature de la protection diplomatique », *AFDI*, 1957, 63-72. Bien que, techniquement, ces mécanismes soient différents, on peut considérer que les procédures de réclamations instituées devant le Tribunal États-Unis/Iran des réclamations ou la Commission d’indemnisation des Nations Unies témoignent de la même tendance.

95 Rédigé à la suite de suggestions pressantes du signataire de ces lignes – qui regrette vivement que John Dugard n’ait pas prêté la même attention aux autres lacunes du projet adopté en 2004.

96 Sixième rapport sur la protection diplomatique, A/CN.4/546.

97 Pour un résumé des débats de la Commission sur ce point, v. le rapport préc. (note 10), pp. 108-112, par. 226-236.

56. Cette conclusion doit sans doute être approuvée⁹⁸. Mais elle pose la question plus générale du bien-fondé de l'approche très étroite du sujet retenue par la Commission et son second Rapporteur spécial sur le sujet : était-il légitime de limiter l'étude de celui-ci aux seules conditions de recevabilité des réclamations formées au titre de la protection diplomatique ? L'auteur de ces lignes a la ferme conviction que la réponse à cette question est négative⁹⁹.

57. En s'y tenant, la Commission n'a livré qu'un produit « demi fini ». En le concevant dans la stricte perspective de la fiction *Mavrommatis*, elle a regardé résolument vers le passé. Il est malheureusement peu probable que la seconde lecture du projet, qui doit intervenir en 2006, permette une réorientation fondamentale.

98 Sous réserve cependant de la question de savoir si la recherche de la protection diplomatique de son État national par un particulier qui y a renoncé contractuellement ne devrait pas faire obstacle à l'exercice de celle-ci – v. *supra*, par. 42.

99 Dans son ultime défense de cette approche (v. le rapport de la CDI préc. (note 10), p. 113, par. 239), John Dugard a fait valoir deux arguments à cet égard : telle serait la conception acceptée « par la plupart des auteurs » et l'article 44 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite justifierait cette conception restrictive. Ni l'un ni l'autre de ces arguments ne sont convaincants : « la plupart des auteurs » invoqués appartiennent exclusivement à la doctrine anglo-saxonne – encore n'est-elle pas unanime ; quant à l'article 44 du projet de 2001, il n'invite nullement à s'en tenir à cette conception étriquée et l'on pourrait soutenir à l'inverse que ce sont justement les autres aspects, laissés dans l'ombre dans le « projet mère » qui auraient dû retenir en priorité l'attention de la Commission.

LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES ENTRE ÉTATS
MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE :
ET SI C'ÉTAIT POSSIBLE ?

Jean-Pierre Puissechet et Stéphane Gervasoni***

« Unie dans la diversité » : la devise de l'Union européenne, solennellement inscrite pour la première fois dans le traité, à l'article I-8 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, trouve une résonance nouvelle dans une Union élargie à 25 États membres, probablement à 27 dès 2007. À la diversité des histoires nationales, des niveaux de développement économique ou des modèles d'organisation sociale répondent sans doute aujourd'hui des objectifs et des priorités politiques eux-mêmes divers selon les États membres : tel État membre peut souhaiter privilégier l'adoption de règles plus souples d'activité pour les entreprises, dans l'espoir d'un dynamisme plus fort, tel autre préférer mettre l'accent sur le maintien d'un système de protection sociale correspondant aux efforts des générations passées, tel autre répondre aux aspirations de ses citoyens en fixant des exigences nouvelles de protection de l'environnement, tel autre retrouver ou conserver grâce à l'Union une certaine influence internationale.

La dynamique européenne n'est cependant pas bridée dans cette Europe réunie. Au contraire, la réussite de l'élargissement et la mise en œuvre des engagements communautaires déjà souscrits par l'ensemble des États membres devraient représenter, pendant plusieurs années encore, des projets mobilisateurs ou fédérateurs : que l'on songe, par exemple, aux retards de nombreux États membres dans la transposition des directives, ou aux efforts qui devront encore être consentis pour que les nouveaux États membres

* Conseiller d'État honoraire et juge à la Cour de justice des Communautés européennes.

** Maître des requêtes au Conseil d'État et référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes.

participent pleinement à l'Union économique et monétaire. De même, la politique régionale de la Communauté européenne a actuellement une ampleur jamais atteinte, si l'on en juge par le niveau des fonds structurels engagés dans les régions bénéficiaires.

Il n'en demeure pas moins que lorsque l'élan donné par le récent élargissement aura épuisé ses effets, les progrès de l'intégration, si l'on considère qu'ils sont encore nécessaires pour forger une authentique solidarité européenne, risquent fort de rencontrer de sérieux obstacles, la prise de décision à l'unanimité de 27 États membres, lorsqu'elle est imposée par les traités, n'étant pas le moindre.

À supposer que cette menace de paralysie ou d'atonie européenne se profile, quelques esprits optimistes – dont on ne peut se séparer, à tout le moins pour les besoins de la présente contribution – placent leurs espoirs dans l'outil, d'apparence modeste, des coopérations renforcées.

Le concept de coopération renforcée est né dans les années 1990¹, le constat s'étant peu à peu imposé que les États membres soit n'avaient pas tous la même ambition européenne, soit avaient des visions différentes des étapes nécessaires de l'intégration, soit ne pouvaient tous progresser au même rythme. Dans un premier temps, les États membres se sont résignés à ce que ceux qui ne voulaient pas suivre le mouvement majoritaire restent à l'écart de celui-ci, en vertu de stipulations spéciales des traités (par exemple : monnaie unique et protocole social, lors du traité de Maastricht, ou reprise de l'acquis de la convention de Schengen, au moment de la signature du traité d'Amsterdam). Dans un second temps, les États membres ont considéré que le besoin de diversité dans les démarches d'intégration était non seulement nécessaire mais aussi légitime, et que la variété des formes de coopération pouvait conduire à des progrès de la construction communautaire. L'intégration dans les traités de l'acquis de la convention de Schengen, initiative lancée en dehors du cadre communautaire, de même que l'adhésion du Royaume-Uni au protocole social constituaient alors des signes encourageants, démontrant que l'Europe n'était pas vouée à avancer, comme en procession, « au rythme du chanoine le plus lent »². Il a ainsi été jugé opportun d'instituer dans le droit primaire, lors de l'adoption du traité d'Amsterdam, un outil nouveau de coopération entre États membres et de l'inscrire dans le traité : les coopérations renforcées ont ainsi vu le jour dans

1 La notion d'intégration différenciée avait néanmoins fait l'objet dès 1984 d'une importante étude pluridisciplinaire publiée en Allemagne sous la direction de E. Grabitz, *Abgestufte Integration : eine Alternative zum Herkömmlichen Integrationskonzept* (Kehl, Engel, 1984).

2 Pour reprendre la formule utilisée par Hervé de Charrette, lorsqu'il était ministre français des affaires étrangères.

leur principe, permettant à plusieurs États membres de coopérer plus étroitement, à condition d'y être autorisés au niveau communautaire et de respecter les règles du droit de l'Union.

C'est à cette date qu'ont fait florès les théories élégantes des « cercles concentriques », de l'« Europe à géométrie variable », de l'« Europe à la carte », de l'« Europe à plusieurs vitesses », de l'« avant-garde » ou encore du « noyau dur »³. Nous nous garderons d'en suggérer une de plus.

Depuis lors, rien ou presque. Les commentaires ont abondé, soit dans un sens franchement défavorable à cette innovation⁴, considérée comme attentatoire à l'uniformité du droit communautaire, à la solidarité entre États membres et aux règles du marché intérieur, soit dans un sens ouvertement sceptique au nouvel instrument⁵, les coopérations renforcées étant dans le meilleur des cas jugées utiles dans leur résonance politique mais impossibles à mettre en œuvre. Aucune coopération renforcée n'a été autorisée ni même sollicitée depuis le traité d'Amsterdam, de sorte que l'ensemble des auteurs qui se sont exprimés sur la question ont été confortés dans leurs vues.

Sans attendre que le risque d'atonie européenne se profile, il est apparu utile, quelques mois après la signature du Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁶, de livrer quelques réflexions sur les coopérations renforcées, susceptibles d'attirer l'attention du dédicataire de ces Mélanges et, peut-être, celle de ceux qui s'intéressent à la « gouvernance », inédite en droit international, d'une entité aussi complexe que l'Union européenne. Cette dernière, pour n'être pas une fédération d'États, doit malgré tout démontrer aux États membres qui lui ont délégué certaines attributions qu'elle est en mesure d'exercer effectivement ces dernières.

Il est évident, à la simple lecture du traité d'Amsterdam, que les auteurs de ce traité ont enserré l'établissement des coopérations renforcées dans une « véritable toile d'araignée » de conditions et de verrous, pour reprendre

3 Pour les meilleures définitions ainsi que des références bibliographiques très complètes, voir l'article de F. Fines, « La réforme des coopérations renforcées », 4 *Revue des Affaires européennes*, 2000, 359-373, et la thèse de U. Derpa, *Die verstärkte Zusammenarbeit im Recht der Europäischen Union* (Boorberg Verlag, 2003) et A. Stubb, *Negotiating Flexibility in the European Union, Amsterdam, Nice and Beyond* (Palgrave, 2000).

4 Par exemple, J. M. de Areilza, "Enhanced Cooperation in the Treaty of Amsterdam, Some Critical Remarks", *Harvard Jean Monnet*, working paper series, 13/98.

5 Voir not. H. Labayle, « Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées », *Europe*, n° 3, 1998, 4-7, et n° 4, 4-7 ; F. de la Serre, H. Wallace, « Les coopérations renforcées, une fausse bonne idée ? », *Groupement d'études et recherches, Notre Europe, Etudes et recherches*, n° 2, 1997.

6 Cette contribution a été rédigée avant le vote défavorable à la ratification de ce traité, exprimé par les peuples français et néerlandais lors des référendums des 29 mai et 1^{er} juin 2005.

l'expression du professeur Labayle⁷. Chacun convainc ou s'est laissé convaincre, à partir de ce constat initial, que l'instrument des coopérations renforcées était en quelque sorte mort-né et que sa principale vertu était d'exister en tant que concept politique, non en tant qu'outil véritablement utilisable.

Si cette thèse s'appuie sur de solides arguments et est confortée par l'inertie qui a suivi le traité d'Amsterdam, il semble encore possible de ne pas céder à la résignation qu'elle impose. La résignation peut d'autant moins être de mise que le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'a pas fait progresser de façon décisive les domaines d'adoption de décisions communautaires à la majorité qualifiée (à l'exception notable du domaine « justice et affaires intérieures »). Et il est peu probable, à l'avenir, que les États membres seront enclins à reconnaître de nouvelles compétences à une Europe qui deviendrait languissante, voire même à coopérer dans le système institutionnel de l'Union. Un ancien premier ministre français vient de le reconnaître, en appelant de ses vœux la mise en œuvre de coopérations qu'il a appelées « spécialisées », qui seraient développées en dehors des institutions de l'Union, dans le cadre des relations diplomatiques classiques entre pays, sur le modèle de la convention de Schengen⁸. D'autres auteurs défendent la même analyse depuis le traité d'Amsterdam⁹.

Quelles sont donc les raisons qui permettraient de croire encore aux vertus des coopérations renforcées comme outil d'intégration ?

Il paraît possible, dans l'ordre des choses juridiques, d'en identifier deux.

La première procède de l'analyse des trois traités qui ont façonné l'outil : il ressort de cette analyse que les conditions d'utilisation des coopérations renforcées ont été progressivement assouplies et n'apparaissent plus comme enfermées dans une gangue institutionnelle.

La seconde repose sur un postulat qui, s'il était plus généralement admis, pourrait ouvrir de nouveaux champs à la coopération entre États membres dans un cadre communautaire. Ce postulat pourrait être énoncé comme suit : ce que les règles du traité, en particulier celles relatives au marché intérieur, n'interdisent pas à un État membre de faire, elles ne l'interdisent pas davantage à plusieurs États membres.

7 *Op. cit.* (note 5).

8 E. Balladur, « Une nouvelle méthode pour l'Europe », *Le Monde*, 9 décembre 2004, pp. 1 et 21.

9 C. Deubner, "Enhanced Cooperation of EU Member States after Amsterdam: A New Tool to Be Applied or to Be Avoided?", *Stiftung Wissenschaft und Politik*, KA 3108, (juillet) 1999.

1 L'ASSOUPLISSEMENT PROGRESSIF DES CONDITIONS D'UTILISATION DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

A. *Le traité d'Amsterdam : de multiples verrous*

L'acceptation de différenciations dans les conditions d'intégration est tempérée par un grand nombre de conditions ou garde-fou.

► *En ce qui concerne le champ d'application des coopérations renforcées*

Ces coopérations sont interdites dans les domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté (art. 11, par. 1, sous a, du traité CE), ce qui est évidemment logique, les États membres n'étant pas compétents.

Ces coopérations ne sont possibles que dans le champ de compétences de l'Union (art. 11, par. 1, sous d), du traité CE). Cette disposition fait obstacle d'emblée à ce qu'une avant-garde explore d'autres domaines, y compris avec l'assentiment des institutions et sous leur contrôle. Il en résulte une séparation nette entre, d'une part, les coopérations renforcées institutionnalisées, dans le champ communautaire, et, d'autre part, les démarches de coopération « libres ».

Les coopérations renforcées sont exclues dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC, ou « deuxième pilier »). Nombre d'observateurs considéraient pourtant qu'elles trouveraient là un terrain d'élection, compte tenu de la règle dominante de vote à l'unanimité, des divergences d'objectifs entre États membres et de la volonté affirmée par quelques États membres d'aller plus loin, par exemple en matière de défense.

Aucune possibilité de coopération renforcée n'est prévue dans le traité Euratom.

Des clauses spéciales permettant la mise en œuvre de coopérations renforcées sont insérées dans le traité sur l'Union européenne (art. 40), dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (« troisième pilier »).

► *En ce qui concerne les conditions de fond applicables*

Il est essentiellement indiqué, au titre des conditions « positives », que les coopérations renforcées doivent « tendre à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union et à préserver et à servir ses intérêts » (art. 43, par. 1, sous a), du traité UE). La clause spéciale à la coopération policière et judiciaire en matière pénale figurant à l'article 40 du traité UE ajoute que les coopérations renforcées en ce domaine doivent avoir « pour but de permettre à

l'Union de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice ».

Les conditions « négatives » sont multiples et figurent tant dans le traité UE que dans le traité CE. Elles sont toutes applicables dans le pilier communautaire et donnent ainsi l'impression de verrouiller le dispositif, afin de laisser à l'écart de la démarche les questions relatives au marché intérieur. Il ne faut pas affecter l'acquis communautaire (art. 43, par. 1, sous e), du traité UE) ni les « politiques, actions ou programmes de la Communauté » (art. 11, par. 1, sous b), du traité CE). Les coopérations ne peuvent porter sur la citoyenneté de l'Union, introduire de discrimination entre les ressortissants des États membres, constituer une discrimination ou une entrave aux échanges entre les États membres ou encore provoquer de distorsion de concurrence entre ceux-ci (art. 11, par. 1, sous c) et e) du traité CE). Il ne saurait, en outre, être question d'affecter « les compétences, les droits, les obligations » et même « les intérêts des États membres qui n'y participent pas » (art. 43, par. 1, sous f), du traité UE).

Enfin, dans tous les cas, la coopération envisagée ne doit être « utilisée qu'en dernier ressort, lorsque les objectifs desdits traités ne pourraient être atteints en appliquant les procédures pertinentes qui y sont prévues » (art. 43, par. 1, sous c), du traité UE. Il est permis de se demander si, en pratique, une telle clause ne porte pas à elle seule le coup de grâce à la démarche.

► *En ce qui concerne les règles de procédure*

La règle de base est que la coopération visée « concerne au moins une majorité d'États membres ». Les règles de procédure sont, pour le reste, fixées différemment selon que l'objet de la coopération relève du premier ou du troisième pilier.

i) *Dans le pilier communautaire*

La Commission ne dispose pas en la matière d'un droit d'initiative comparable à celui qui lui est conféré habituellement. Elle ne peut prendre d'elle-même l'initiative d'une coopération qui serait limitée à des États qu'elle estimerait potentiellement intéressés. Ce sont les États membres qui se proposent d'instaurer entre eux la coopération renforcée qui adressent à la Commission une demande en ce sens. La Commission peut alors saisir le Conseil d'une proposition. Il est loisible à la Commission de ne pas donner suite à la demande des États membres mais elle doit alors en communiquer les raisons aux États membres concernés (art. 11, par. 2, du traité CE).

L'autorisation d'engager la coopération renforcée est donnée par le Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.

Le Parlement européen est consulté. La règle de vote à la majorité qualifiée est cependant contrebalancée par l'institution d'un droit de veto. Chaque État membre se voit en effet reconnaître le droit de déclarer qu'il s'opposera à l'adoption d'une décision prise à la majorité qualifiée, pour des raisons de politique nationale importantes et qu'il expose. Le Conseil peut dans un tel cas demander, à la majorité qualifiée, qu'une décision soit prise à l'unanimité, rien moins qu'au niveau des chefs d'État et de gouvernement.

ii) *Dans le troisième pilier*

Le caractère intergouvernemental de la prise de décision est ici beaucoup plus marqué.

Le Conseil statue directement, à la majorité qualifiée de ses membres, sur la demande des États membres concernés. La Commission émet un simple avis, tandis que le Parlement européen se voit transmettre la demande, pour seule information. Le même droit de veto est institué que dans le premier pilier.

► *En ce qui concerne la mise en œuvre de la coopération renforcée*

La mise en œuvre s'opère par le recours aux « institutions, procédures et mécanismes prévus par le traité » (traité UE et CE). Tous les membres du Conseil peuvent prendre part aux délibérations mais seuls ceux qui représentent les États membres participant à la coopération ont le droit de vote. Il est précisé que les États membres non participants « n'entravent pas la mise en œuvre de la coopération » (art. 43, par. 2, du traité UE).

La coopération est ouverte aux États membres non participants à tout moment, sous réserve du respect de la décision initiale et des décisions prises dans ce cadre. L'État membre désireux de se joindre à la coopération doit notifier cette intention au Conseil et à la Commission. Curieusement, le traité d'Amsterdam prévoit que la Commission doit alors transmettre un avis au Conseil, alors que c'est elle qui, dans le premier pilier, statue sur la demande de l'État membre, prérogative qui souligne la position centrale qu'occupe la Commission dans le dispositif (art. 11, par. 3, du traité CE). Dans le troisième pilier, c'est le Conseil qui statue sur la demande d'un État membre non participant de rejoindre les coopérants, la Commission émettant un avis sur celle-ci, éventuellement assorti d'une recommandation relative aux dispositions particulières qu'elle peut juger nécessaires pour que l'État membre concerné participe à la coopération (art. 40, par. 3, du traité UE).

B. Le traité de Nice : d'importants assouplissements

► *S'agissant du champ d'application des coopérations renforcées*

L'avancée la plus remarquable opérée par le traité de Nice est l'ouverture des possibilités de coopérations renforcées dans le deuxième pilier, celui de la PESC. Tel est l'objet des nouveaux articles 27 A à 27 E du traité UE.

Cette ouverture est néanmoins prudente puisque l'article 27 B stipule que ces coopérations portent seulement sur la mise en œuvre d'une action commune (art. 14 du traité UE) ou d'une position commune du Conseil (art. 15 du même traité). Il n'est donc pas encore admis que les coopérations renforcées puissent constituer l'amorce d'actions ou de positions engageant l'ensemble de l'Union. Elles ne peuvent être le vecteur d'initiatives diplomatiques d'envergure, l'intention des auteurs du traité de Nice étant de les limiter à la mise en œuvre au niveau plus opérationnel de décisions politiques du Conseil. En outre, il est clairement stipulé, au même article 27 B, que lesdites coopérations « ne peuvent porter sur des questions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense ». Il est par là même exclu qu'un « noyau dur » formant éventuellement le cœur d'une Europe de la défense voie le jour par ce biais, même à travers des projets relativement limités tels la création d'une agence de l'armement.

► *S'agissant des conditions de fond*

Hormis la précision supplémentaire selon laquelle les coopérations renforcées doivent « renforcer le processus d'intégration » de la Communauté et de l'Union, qui allait presque de soi dès 1997, les conditions de fond requises ne sont pas profondément modifiées par le traité de Nice qui, pour l'essentiel, donne plus de simplicité et de cohérence à leur énoncé en substituant une seule liste de conditions, figurant à l'article 43 du traité UE, aux deux listes jusqu'alors en vigueur, dont la lecture combinée n'était pas des plus claires (art. 43 du traité UE et art. 11 du traité CE).

On relèvera cependant, parmi les amendements significatifs sur le fond, la suppression de l'exigence en vertu de laquelle la coopération ne devait pas « affecter les intérêts des États membres qui n'y participent pas ». Cette exigence était de celles qui, dans la version antérieure des traités, faisaient à juste titre douter les commentateurs de la possibilité même d'avoir recours aux coopérations renforcées.

Autre suppression qui doit retenir l'attention, celle de la clause interdisant les coopérations renforcées ayant pour trait la citoyenneté de l'Union. L'abrogation de cette restriction est des plus importantes : elle signifie que ce type de coopération peut s'appliquer au premier pilier et s'attacher à faire progresser les droits reconnus aux ressortissants des États membres sur

le territoire des États coopérants. C'est une façon d'admettre que l'établissement du marché intérieur n'implique pas l'uniformisation du droit au point de faire échec à ce genre d'initiative.

► *S'agissant des règles de procédure*

Quatre modifications importantes sont ici introduites, qui toutes sont de nature à faciliter le recours à l'instrument des coopérations renforcées.

En premier lieu, une coopération renforcée peut être engagée si elle réunit au minimum huit États membres (art. 43, sous g), du traité UE). Dans une Union à 25 États membres, cette stipulation a pour effet de diminuer nettement le nombre d'États membres requis : le seuil est désormais fixé non plus à la majorité des États membres mais abaissé au tiers environ d'entre eux. Il s'agit probablement de l'assouplissement le plus notable adopté après le traité d'Amsterdam.

En deuxième lieu, le droit de veto qui était reconnu à chaque État membre dans le premier comme dans le troisième pilier disparaît¹⁰. Il est dorénavant seulement prévu que « un membre du Conseil peut demander que le Conseil européen soit saisi » (art. 11, par. 2, du traité CE et art. 40, par. 2, du traité UE). En outre, aux termes des mêmes stipulations, « Après cette évocation, le Conseil peut statuer conformément au premier alinéa du présent paragraphe », c'est-à-dire en appliquant encore la règle de vote à la majorité qualifiée. Un tel droit d'évocation n'aboutit donc pas à modifier fondamentalement les règles du jeu.

En troisième lieu, l'exigence de ne recourir aux coopérations renforcées qu'en dernier ressort est reformulée à deux égards, dans un article séparé (art. 43 A). D'une part, il n'est plus requis que les objectifs des traités ne puissent être atteints par les voies habituelles : ce sont désormais les objectifs assignés aux coopérations renforcées qui sont pris en considération et dont il faut examiner s'ils ne peuvent être atteints en appliquant les dispositions pertinentes des traités. D'autre part, un « délai raisonnable » est mentionné, à l'expiration duquel l'obstacle représenté par la clause de dernier ressort devrait être aplani. On peut ainsi imaginer qu'un projet législatif communautaire qui tarde à voir le jour en raison d'oppositions persistantes pourrait, au-delà d'un délai raisonnable, devenir l'objet même d'une coopération renforcée entre les États désireux de le voir aboutir. Cet instrument législatif nouveau ne serait bien sûr applicable, le cas échéant même « directement » (cf. art. 44, par. 2, du traité UE), que dans les États coopérants.

10 Le droit de veto est maintenu dans le domaine de la PESC, tempérant ainsi la règle de vote à la majorité qualifiée (art. 27 C du traité UE, qui renvoie à l'art. 23, par. 2, deuxième et troisième al., dudit traité).

En dernier lieu, l'article 44, paragraphe 1, du traité UE stipule pour la première fois, à son deuxième alinéa, que les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre d'une coopération renforcée « ne font pas partie de l'acquis de l'Union ». Cette clause, qui peut apparaître en première analyse comme restrictive, est en réalité de nature, dans le contexte de préparatifs d'adhésion de nouveaux États membres, à atténuer les méfiances que pourraient inspirer les coopérations et à faciliter leur développement : les coopérants peuvent se constituer en avant-garde sur des sujets précis mais ne sauraient de ce fait en tirer argument pour une généralisation de leurs initiatives.

En revanche, il est plus délicat d'apprécier quel pourrait être l'effet – restrictif ou incitatif – de la règle nouvelle, figurant à l'article 11, paragraphe 2, du traité CE, selon laquelle le Parlement européen rend un avis « conforme » sur la demande d'autorisation d'engagement de la coopération, « lorsque [celle-ci] vise un domaine qui relève de la procédure [de codécision législative] ».

► *En ce qui concerne la mise en œuvre des coopérations renforcées*
Aucune innovation notable n'est apportée sur ce point par le traité de Nice. Signalons seulement que, dans le deuxième pilier, les conditions auxquelles les États non participants doivent satisfaire pour se joindre aux coopérants sont celles qui, dans le traité d'Amsterdam, s'appliquaient aux coopérations relevant du troisième pilier (art. 27 E) : c'est donc le Conseil qui statue sur la demande, la Commission pouvant émettre un avis dans un certain délai.

C. *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : quelques pas supplémentaires*

Si on laisse de côté le travail de clarification et de simplification formelles qu'il opère, résultat de la fusion des règles des différents piliers dans un seul texte, force est d'admettre que, en matière de coopérations renforcées, ce traité introduit moins de changements que le traité de Nice.

► *En ce qui concerne le champ d'application des coopérations renforcées*

Le seul pas vraiment important accompli par les auteurs du dernier traité consiste à admettre sans restriction la possibilité d'avoir recours aux coopérations renforcées dans le cadre de la PESC (art. III-419, par. 2). Les coopérations renforcées en la matière ne se limitent plus à la mise en œuvre des positions communes ou actions communes du Conseil. Elles peuvent dorénavant être le support d'actions diplomatiques de premier plan, à condition d'être cohérentes avec la PESC de l'Union, cohérence sur laquelle le

ministre des affaires étrangères de l'Union, institution créée par le même traité, est appelé à émettre un avis. Les coopérations renforcées sont envisageables en principe dans ce domaine, y compris si elles portent sur des questions ayant des implications militaires ou le domaine de la défense.

Conséquence logique d'une telle ouverture, les coopérations renforcées dans le domaine de la PESC seront autorisées par le Conseil non plus à la majorité qualifiée mais à l'unanimité. On peut à cet égard regretter l'abandon concomitant des stipulations du traité de Nice permettant au Conseil d'autoriser, à la majorité qualifiée de ses membres, des coopérations renforcées simplement destinées à mettre en œuvre des positions communes ou des actions communes. Une certaine souplesse paraît ainsi avoir été perdue.

► *En ce qui concerne les conditions de fond*

Le traité supprime en apparence la longue liste de conditions qui figure à l'article 43 du traité UE mais les rétablit pour l'essentiel dans d'autres stipulations (art. I-44, III-416 et III-417). Seule véritable abrogation : il n'est plus interdit d'affecter les dispositions du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne. Il est vrai que cette clause, compte tenu des progrès de l'intégration de l'acquis de Schengen au droit de l'Union, n'a plus la même portée que lors du traité d'Amsterdam. Autre changement par rapport au traité de Nice, il est précisé que la coopération renforcée envisagée ne peut porter atteinte à la cohésion non seulement économique et sociale mais aussi territoriale.

► *En ce qui concerne les règles de procédure*

Sur ce point, le traité consolide surtout l'apport du traité de Nice en prévoyant qu'une coopération renforcée est possible si « au moins un tiers des États membres y participent » (art. I-44, par. 2). L'adhésion de dix nouveaux États membres en 2004 n'a donc pas accru le seuil exigé pour faire usage de l'outil.

Pour le reste, le traité s'attache, d'une part, à préciser les règles de vote applicables lors de la demande d'autorisation d'engager une coopération renforcée, en adaptant aux coopérations renforcées les nouvelles règles définissant la majorité qualifiée pour les décisions du Conseil.

D'autre part, le traité prévoit désormais, pour les autres domaines que la PESC, que le Parlement européen doit dans tous les cas donner son « approbation ». Le droit d'évocation qui était prévu pour le premier et le troisième pilier est supprimé. Plus généralement, la procédure particulière aux coopérations renforcées du troisième pilier (coopération policière et judiciaire en matière pénale) disparaît, par suite de l'absorption de ce pilier dans le nouveau pilier unique de l'Union.

► *En ce qui concerne la mise en œuvre des coopérations renforcées*

Les principales stipulations nouvelles sont celles de l'article III-422. Selon cet article, lorsqu'une disposition de la Constitution susceptible d'être appliquée dans le cadre d'une coopération renforcée prévoit que le Conseil statue à l'unanimité ou qu'il adopte des lois ou lois-cadres selon une procédure spéciale, le Conseil est habilité, s'il le décide à l'unanimité, à adopter une décision européenne prévoyant qu'il statuera à la majorité qualifiée ou conformément à la procédure législative ordinaire. Dans ce second cas, le Conseil statue après consultation du Parlement européen. Les deux clauses « passerelles » ainsi instituées ne s'appliquent cependant pas aux décisions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense.

Par ailleurs, le traité précise les conditions dans lesquelles un État membre non participant peut rejoindre les États membres coopérants. Pour les autres domaines que la PESC, la Commission est toujours compétente pour statuer sur la demande de cet État. Le traité institue cependant, en cas de refus, un nouveau droit d'appel auprès du Conseil. Dans le domaine de la PESC, le Conseil reste seul compétent pour statuer. La consultation du ministre des affaires étrangères de l'Union est introduite.

* *

La « toile d'araignée » a donc bien tendance à s'effiloche depuis 1997, notamment dans les affaires relevant du droit « commun », c'est-à-dire du pilier communautaire actuel : plus de droit de veto, plus de restriction tenant à la citoyenneté de l'Union, abaissement du nombre d'États membres requis, plus d'exigence tirée du respect des simples « intérêts » invoqués par les États non participants, extension du champ possible des coopérations.

On peut alors se demander si les réticences à s'engager dans la démarche de coopération renforcée ne tiennent pas à des convictions encore bien ancrées, en vertu desquelles la notion même de coopération renforcée porterait en germe des atteintes au marché intérieur : le droit de l'Union étant censé être le plus uniforme possible, les conditions de la concurrence parfaite supposant un droit commun à tous, il serait juridiquement périlleux, voire conceptuellement impossible, d'envisager de telles coopérations dans les matières relevant du premier pilier.

Sans nier radicalement ces arguments, c'est contre le systématisme de cette analyse qu'il paraît possible de s'inscrire en faux, à partir d'un postulat simple : ce qu'un seul État membre peut accomplir dans le respect des règles du marché intérieur, plusieurs États membres peuvent l'accomplir en pleine conformité au droit communautaire.

* *

2 LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES : NOUVEL OUTIL COMMUNAUTAIRE D'HARMONISATION CONCERTÉE DES LÉGISLATIONS ET MESURES NATIONALES

A. *Relativiser trois idées reçues*

Il semble que les initiatives de coopérations renforcées dans le domaine communautaire soient encore bridées, y compris de la part d'acteurs ou observateurs avertis de la scène bruxelloise, par des convictions qui ne sont pas toujours juridiquement incontestables. Trois d'entre elles méritent un examen particulier.

- ▶ *Le marché intérieur et les exigences de concurrence qui le sous-tendent impliqueraient l'adoption et l'application de règles communautaires uniformes.*

Cette affirmation reflète sans doute l'objectif idéal que doit poursuivre le législateur communautaire dans ses interventions normatives ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. L'adoption de nombreuses directives sur le fondement de la base juridique relativement souple que constitue l'article 95 du traité CE – qui prévoit la prise de décision à la majorité qualifiée – démontre que des étapes substantielles d'intégration ont été et sont encore possibles, sans qu'il soit besoin, pour contourner une éventuelle paralysie, de recourir à l'outil des coopérations renforcées. La jurisprudence de la Cour de justice, qui a dégagé une lecture peu restrictive du champ d'application dudit article 95, facilite d'ailleurs le recours à cette base juridique¹¹.

L'application de l'article 95 rencontre cependant de fortes limites dans des domaines essentiels pour les opérateurs économiques et les citoyens : la fiscalité, la libre circulation des personnes ou la protection sociale. En outre, il est vain d'espérer que les États membres acceptent, du moins dans les prochaines années, l'abandon de la règle de vote à l'unanimité dans ces matières. Les négociations du dernier traité ont mis en relief les profondes divergences d'intérêts et d'objectifs entre les États membres : certains mettent l'accent ouvertement sur les bénéfices attendus d'une fiscalité

11 Voir not., pour un exemple récent, les arrêts du 14 décembre 2004, *Arnold André*, C-434/02, non encore publié au Recueil, et *Swedish Match*, C-210/03, non encore publié au Recueil : le recours à l'article 95 est possible même si la directive poursuit à la fois des objectifs de rapprochement des législations et de santé publique, dernier domaine dans lequel la Communauté ne peut en règle générale légiférer.

nationale « concurrentielle » et attractive, la plupart souhaitent conserver la gestion à leur niveau soit d'une protection sociale développée soit d'un système moins protecteur, supposé favorable à la compétitivité de l'économie nationale.

Ces différences importantes dans les législations nationales ne caractérisent pas par elles-mêmes l'existence d'entraves au marché intérieur ou de distorsions de concurrence contraires à ce marché : ce n'est pas parce que la fiscalité est, dans un État membre, plus attractive ou plus dissuasive que dans un autre qu'elle enfreint le droit communautaire¹² ; les différences de niveau de protection sociale ne sont pas davantage constitutives en principe d'entraves attentatoires au bon fonctionnement du marché intérieur. L'existence de ces différences de modèles administratifs, fiscaux et sociaux nationaux sert même actuellement de point d'appui à une initiative législative communautaire¹³ qui, s'écartant de l'inspiration classique d'harmonisation des législations, privilégie l'application de la législation du pays d'origine de l'opérateur économique désireux de s'établir dans un autre État membre ou d'y effectuer des prestations de services. Une telle démarche procède de l'idée que la mise en concurrence des législations des États membres pourrait avoir pour effet, à terme, de rapprocher les exigences fixées par celles-ci.

Par ailleurs, le traité CE ne s'oppose pas à ce que les États membres conservent une marge d'autonomie législative dans des matières ayant déjà fait l'objet de directives d'harmonisation des législations. C'est ainsi que les États membres peuvent, dans certains cas, fixer des normes plus sévères que celles retenues par une directive¹⁴. Le traité CE prévoit même, à son article 176, que les États membres peuvent, en matière environnementale, adopter des « mesures de protection renforcée » par rapport à celles que la Communauté adopte sur le fondement de l'article 175¹⁵. Ils sont également habilités, en vertu de l'article 293 CE, à passer entre eux des conventions, notamment à l'effet de prévenir la double imposition, dans un cadre qui peut n'être pas multilatéral. Bien sûr, il est également loisible aux États membres d'adop-

12 Voir p. ex. l'arrêt du 17 juin 2003, *D Danske Bilimporterer*, C-383/01, *Rec.* p. I-6065 : l'article 90 du traité CE prohibe les impositions intérieures discriminatoires mais ne permet pas de censurer le caractère excessif du niveau de taxation arrêté par un État membre.

13 Le projet de directive dite « directive services », actuellement discuté au Parlement européen et au Conseil.

14 Voir par exemple l'arrêt du 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, C-389/96, *Rec.* p. I-4473 : l'article 30 du traité CE ne fait pas obstacle à des normes d'émission sonore des avions plus sévères que celles prévues par la directive 80/51.

15 Voir sur ce point les conclusions prononcées le 30 novembre 2004 par M. l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer dans l'affaire *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, C-6/03, et l'arrêt rendu par la Cour, le 14 avril 2005, dans cette affaire.

ter, de leur propre chef, des mesures de nature à contribuer aux objectifs du marché commun ou à faciliter le rapprochement entre les peuples européens : reconnaissance de droits nouveaux aux ressortissants des autres États membres¹⁶, établissement de liens particuliers entre collectivités publiques (jumelages, accords de coopération, etc.), mise en place de structures de coopération privilégiées avec d'autres pays (exemple de la coopération franco-allemande), etc.

En bref, chaque État membre peut aller au-delà des obligations auxquelles il a souscrit dans un cadre communautaire, sans encourir nécessairement le reproche de porter atteinte à un prétendu impératif absolu d'uniformité de ce droit.

Pourquoi devrait-on alors, au nom de la recherche de progrès accomplis au même rythme et dans des conditions uniformes par tous, renoncer à des coopérations renforcées, permettant d'étendre à d'autres États coopérants les initiatives d'un seul État membre ?¹⁷

► *Les coopérations renforcées ne pourraient avoir une portée législative*

Certains auteurs peinent à envisager l'adoption de mesures normatives par les participants à de telles coopérations. Michel Petite indiquait ainsi en 2000 que « le domaine où [cette coopération] pourrait se développer demeure une interrogation »¹⁸. Dans un ordre d'idées voisin, lors de la négociation de la conférence intergouvernementale qui devait se conclure à Amsterdam, la présidence irlandaise avait dressé une liste indicative des matières pouvant donner lieu à coopérations renforcées : cette liste était très significative puisqu'elle ne comprenait que des matières dans lesquelles la compétence normative de la Communauté est limitée ou nulle (éducation, formation professionnelle, jeunesse, culture, santé publique, tourisme, etc.). Jean-Luc Sauron en tirait la conclusion suivante : « il semble que les coopérations renforcées ne sont applicables que dans les domaines pas ou peu réglementés, peu régis par le droit. Autrement dit, les coopérations renforcées sont possibles partout où le droit communautaire n'exige pas une cohérence absolue »¹⁹.

16 La France vient par exemple de reconnaître la possibilité pour les candidats d'autres États membres de se présenter au concours d'entrée de l'École nationale d'administration, qui ouvre l'accès aux carrières dans la haute fonction publique.

17 Sur la compatibilité des coopérations renforcées avec les exigences du marché intérieur, voir T. Bender, « Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza », 61 *ZaöRV*, II, 2001, 729-770.

18 « Nice, traité existentiel, non essentiel », *RDUE*, 2000, 887.

19 « L'acquis et les coopérations renforcées », *Revue des Affaires européennes*, 2001-2002, 815-822.

Il est probable que ces analyses découlent au moins en partie de la double conviction suivante : d'une part, il n'y a d'harmonisation possible à Bruxelles que lorsque tous les États membres sont autour de la table et, d'autre part, les harmonisations déjà engagées entre tous excluent des démarches plus ambitieuses que voudraient développer plusieurs États membres.

Cette lecture du traité ne semble pas être la seule possible.

Prenons comme hypothèse qu'un projet législatif ne soit pas adopté par le Conseil, faute de recueillir la majorité requise des voix. Quelles stipulations du traité font obstacle à ce que, au terme d'un délai raisonnable, le projet qui aurait ainsi échoué au niveau de l'ensemble des États membres soit repris à leur compte par les États membres qui lui étaient favorables, dans le cadre d'une coopération renforcée ? Naturellement, des obstacles politiques à une telle démarche pourraient apparaître et des oppositions se manifester. Mais il n'existe pas a priori de condition de fond se rattachant à la cohérence du droit communautaire à laquelle cette initiative se heurterait²⁰.

Rappelons que l'autorisation d'engager une coopération renforcée permet aux États membres volontaires d'« appliquer les dispositions appropriées de la Constitution » et de recourir aux institutions de l'Union, avec comme objectif le « renforcement du processus d'intégration ». L'article 44, paragraphe 2, du traité UE, dans sa version issue du traité de Nice précise, ainsi qu'il a été dit plus haut, que les actes et décisions pris pour la mise en œuvre de la coopération renforcée sont, le cas échéant, « directement applicables » dans les États membres concernés²¹. Ces stipulations ne paraissent donc pas exclure que des actes normatifs prenant la forme d'actes de droit dérivé puissent être adoptés dans le cadre d'une coopération renforcée. D'autres stipulations vont dans le sens de cette constatation, en confirmant la volonté des auteurs des traités d'Amsterdam et de Nice de canaliser, en la banalisant, la « pluralité juridique » que ces mécanismes engendrent dans l'Union²² : il en va ainsi de la clause selon laquelle les dispositions institutionnelles pertinentes des traités UE et CE s'appliquent (art. 44, par. 1, du traité UE), qui a pour effet de reconnaître compétence à la Cour de justice. De même, le traité « constitutionnel », en prévoyant que l'approbation du Parlement européen est nécessaire au lancement de la coopération, sous-entend que la démarche peut avoir un impact législatif.

20 Voir sur ce point la thèse de U. Derpa, *op. cit.* (note 3), qui envisage l'adoption de normes de droit dérivé dans le cadre de coopérations renforcées en cas de « gel » d'un projet de directive.

21 L'absence de reprise de cette dernière précision dans le traité « constitutionnel » ne semble pas avoir de signification particulière.

22 Voir sur ce point P. Manin, « La coopération renforcée », in : *Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives* (Paris, Pedone, 1999), p. 135.

► *Les coopérations renforcées porteraient atteinte à la solidarité entre les États membres*

Cette critique est peut-être la plus sérieuse qui puisse être opposée à ce genre de projets. Elle a une résonance spéciale compte tenu de l'adhésion récente de nouveaux États membres, pour lesquels l'intégration de l'acquis communautaire représente déjà un effort considérable. Elle ne semble cependant pas fondée dans tous les cas. En effet, il est probable que les coopérations renforcées qui seraient lancées n'intéresseraient pas nécessairement les mêmes États membres. Les « cercles de coopération » existant aujourd'hui, quel que soit leur support juridique, n'associent ainsi pas toujours les mêmes participants. Par exemple, l'adoption de la monnaie unique est un objectif qui mobilise les nouveaux États membres, mais dont se détournent encore d'anciens États membres. De même, des États membres qui n'ont pas adopté l'euro sont au contraire actifs dans des projets de coopération militaire (engagés certes en dehors des traités). La constitution d'un éventuel « noyau dur » ou d'une « avant-garde » européenne n'est donc pas la seule perspective envisageable. Sans doute est-il opportun de favoriser toute démarche ouverte de coopération spécialisée qui serait de nature, dans le cadre des traités, à renforcer l'intégration. Les progrès de la solidarité reposeraient alors sur une pluralité de coopérations, nouées par exemple dans le domaine social ou le domaine fiscal, ou encore le domaine militaire.

B. *L'extension du champ des coopérations possibles*

Il ne saurait être dans les propos d'un juriste, au surplus membre d'une cour telle que la Cour de justice, de livrer des suggestions précises en la matière. C'est à la volonté politique de s'exprimer et aux États membres de déterminer si les coopérations renforcées sont souhaitables et dans quels domaines.

Il semble qu'un nouveau regard sur l'outil et une analyse renouvelée de ses conditions d'emploi soient possibles, à la lumière des observations qui précèdent. Un champ d'application des coopérations renforcées plus étendu que ne le pensent certains auteurs pourrait s'ouvrir, en particulier si la conscience progressait que cet instrument peut être le vecteur d'une nouvelle méthode de rapprochement des législations nationales : oui, des directives de coopération renforcée, adoptées par au moins huit États membres (un tiers des États membres si le traité « constitutionnel » entre en vigueur), sont de l'ordre du possible ; non, le traité ne s'oppose pas par principe à des initiatives ayant pour objet de renforcer, dans les États membres qui le souhaiteraient, les exigences de la législation communautaire ou rapprochant les législations d'un nombre significatif de ces États. Certains objectifs qui paraissent actuellement hors d'atteinte pour l'ensemble des États membres, pour des raisons qui ne tiennent pas forcément à des écarts de

développement économique, pourraient ainsi être poursuivis par les États volontaires dans un tel cadre.

Pourquoi, dans ces conditions, ne pas songer à l'outil des coopérations renforcées, par exemple pour faciliter la coopération administrative, fiscale, judiciaire ou policière entre les États membres, pour rapprocher les législations dans des domaines tels que la matière fiscale²³, la protection de l'environnement, la simplification des conditions d'établissement ou la reconnaissance de nouvelles garanties sociales ou politiques aux citoyens des États membres ?²⁴

CONCLUSION

Coopérer pour coopérer n'est pas une fin en soi : les coopérations renforcées ne peuvent et ne doivent constituer à l'avenir l'alpha et l'oméga de l'intégration européenne. Il serait néanmoins malvenu de se priver des souplesses qu'elles autorisent, en rivalisant d'arguments pour les dépouiller de leur pertinence ou éloigner les acteurs politiques de la tentation d'y avoir recours. En tout état de cause, une chose est sûre : ces coopérations ne verront le jour que si les États membres considèrent que l'utilisation du système institutionnel de l'Union est favorable à leurs objectifs d'intégration et, en définitive, plus attractive que des coopérations initiées en dehors des traités. Il faut espérer que les États membres qui, dans un souci de loyalisme à l'égard de l'Union, envisageraient une démarche de coopération renforcée, ne seront pas d'emblée dissuadés de le faire : une orthodoxie communautaire excessive pourrait les inciter à négocier dans d'autres enceintes.

23 Voir sur ce point le rapport du Commissariat général du Plan, en France : « Autour de l'euro et au-delà : l'UEM et les coopérations renforcées », rapport de l'atelier sur les coopérations renforcées dans les domaines économique et monétaire, avril 2003 : ce rapport évoque par exemple la fixation de règles communes d'assiette de l'impôt sur les sociétés, dans un but de simplification pour les opérateurs économiques.

24 Pour une vision réaliste et ouverte sur les possibilités d'utilisation de cet outil, voir la thèse de U. Derpa, *op. cit.* (note 3), troisième partie, ainsi que R. Hoffmann, « Wieviel Flexibilität für welches Europa », *EuropaRecht*, 6, 1999, 713-735.

LES MÉTAMORPHOSES DE LA GRAVITÉ

*Jean Salmon**

INTRODUCTION

Les normes internationales sont susceptibles d'adopter diverses formes. La doctrine en a identifié un certain nombre *en fonction de leur structure*. Ainsi a-t-on pu distinguer les obligations simples, alternatives, conjonctives, de prévention, de moyen, de résultat, etc.

La manière dont la *substance de la norme*, son contenu, est définie peut aussi varier selon que la rédaction fait appel à une technique législative quantitative ou qualitative.

Dans un essai récent, nous avons examiné les obligations quantitatives dans leurs rapports avec l'illicéité¹. Cet essai faisait suite à diverses recherches menées sur le rôle des valeurs dans la description des obligations et en particulier de la fréquence des notions à contenu variable comme l'intention, l'abus de droit, les concepts appelant un contrôle des finalités, la « diligence due », la notion d'équitable, le concept de raisonnable, etc.². Selon que l'on adopte l'une ou l'autre technique la liberté de l'interprète sera plus ou moins large.

Dans les lignes qui suivent nous voudrions nous attarder un instant sur le concept de gravité dans la déclinaison des obligations internationales.

À vrai dire, le concept de gravité évoque un seuil qualitatif. Ce n'est pas le seul concept qui possède cette fonction en droit international.

* Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles ; membre de l'Institut de Droit international.

1 « Les obligations quantitatives et l'illicite », in : L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debbas (éd.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi Saab* (The Hague [etc.], Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 305-325.

2 Voyez synthèse dans J. Salmon, « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI^e siècle », *Cursus euromediterraneos Bancaja de derecho internacional*, vol. VI, 2002, pp. 209-211.

Lucius Caffisch a pu mesurer ce fait lorsque, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye sur les « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux »³, il parlait à la recherche du critère de l'interdiction de causer aux autres États un dommage à l'occasion de l'utilisation d'un cours d'eau. Il envisageait les diverses hypothèses qu'enregistre la pratique pour qualifier le dommage : « important », « grave », « substantiel », « sérieux », « notable », « significatif », « appréciable », ou « sensible » ?

On sait que ce débat a agité plusieurs sessions de la Commission du droit international consacrées au droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. La convention de New York sur ce sujet adoptée le 21 mai 1997 a finalement tranché le débat en utilisant les expressions « dommages significatifs » ou « effets négatifs significatifs », sans que l'on sache trop bien ce que cela signifie sinon que « *de minimis non curat praetor* ».

La question du seuil est également un serpent de mer en matière de protection de l'environnement⁴. Ce n'est pas par hasard. Il n'est un secret pour personne que la société libérale n'a eu longtemps aucun souci de protéger l'environnement. Cette protection est le résultat des luttes menées au cours de ces dernières décennies. Progressivement les normes qui ont été instaurées ont tendu à protéger plus sérieusement l'environnement et à se montrer moins laxistes devant les possibilités d'atteintes à ce patrimoine commun de l'humanité. Les textes qui n'exigeaient au départ que la prohibition d'atteintes à l'environnement ayant des « conséquences sérieuses »⁵, ou « importantes »⁶ ont renforcé leur exigence pour aboutir aujourd'hui à condamner les atteintes « sensibles » ou « significatives ».

Dans son projet actuel concernant la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission du droit international, après de longues discussions, s'est arrêtée à la norme suivante en ce qui concerne la prévention :

3 219 *RCADI*, 1989-VII, 135 et ss et 178 et ss.

4 K. Sachariew, « The definition of thresholds of tolerance for transboundary environmental injury under international law : development and present status », *NILR*, 1990, 193-206. Voyez aussi J. Salmon, « A propos du dommage significatif dans le domaine de la protection de l'environnement », in : *Mélanges do Nascimento e Silva « Dimensao intenacional do direito »* (Sao Paulo, Editorial LTR, 2000), pp. 411-434.

5 P. ex., *Trail Smelter Arbitration*, III *RSA*, 1965.

6 Dans la Convention d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux du 17 mars 1992, la définition de l'impact transfrontière prévue à l'article premier par. 2 est la suivante « L'expression 'impact transfrontière' désigne tout effet préjudiciable important . . . » (Nations Unies, E/ECE/1267, 1962 ; L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement, Recueil d'instruments juridiques* (Paris, Pedone, 1998), p. 439.

Art. 3. Prévention

Les États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs et pour en réduire le risque au minimum.⁷

Et la Commission définit comme suit l'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » :

a) L'expression 'risque de causer un dommage transfrontière significatif' recouvre une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs⁸

Ce qui n'est vraiment pas un modèle de définition !

La Commission donne les explications suivantes à propos de cette terminologie :

4. Pour ce qui est du terme 'significatif', la Commission sait bien qu'il n'est pas sans ambiguïté et qu'il faut se prononcer dans chaque cas d'espèce. Il implique davantage des considérations d'ordre factuel qu'une prise de position juridique. Il doit être entendu que 'significatif' est plus 'détectable', mais sans nécessairement atteindre le niveau de 'grave' ou 'substantiel'. Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel sur les choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États, etc. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs.⁹

Certaines conventions utilisent le terme « sensible ». Ainsi, la Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique, préambule, § 8 et 9¹⁰ :

Notant qu'il importe au plus haut point d'anticiper et de prévenir les causes de la réduction ou de la perte sensible de la diversité biologique à la source et de s'y attaquer.

Notant également que lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets.

D'autres conventions emploient le terme de « significatif » : Ainsi, la Convention cadre sur les changements climatiques du 9 mai 1992, article 1 para 1 :

7 *Ann. CDI*, 1998, vol. II, 2^e partie, p. 27.

8 *Ibid.*, p. 26.

9 *Ibid.*, p. 26, par. 4.

10 Convention sur la diversité biologique de Rio de Janeiro, *RGDIP*, 1992, 952.

on entend par ‘effets néfastes des changements climatiques’ les modifications de l’environnement physique . . . qui exercent des effets nocifs significatifs. . . .

Si l’on envisage les seuils qualitatifs possibles d’un fait ou d’une situation, au plus bas de l’échelle on trouve ce que le droit considère comme sans importance, car au cas d’espèce « *de minimis non curat praetor* ». Il s’agit d’un fait ou d’une situation qui est, en l’occurrence, sans pertinence.

Au-delà, on voit apparaître la notion de fait ou de situation « sensible » ou « significative ». Le droit doit en tenir compte. Au-delà encore, on se trouve en présence d’un fait ou d’une situation « sérieuse », « importante » ou « grave ». C’est à propos de cette dernière notion que nous voudrions présenter ici quelques réflexions.

* * *

La notion de gravité d’une obligation est susceptible de remplir plusieurs fonctions que nous essayerons de distinguer ci-après

- 1) L’hypothèse juridique (le fait juridique) entraînant l’application d’une norme est décrite en termes de gravité.
- 2) La norme à respecter est décrite en termes tels que seule une violation atteignant un seuil de gravité suffisant peut constituer un comportement illicite.
- 3) La notion se rencontre encore dans la situation où une obligation de prévention ou d’indemnisation est subordonnée à la gravité des conséquences dommageables d’un fait juridique.
- 4) La gravité est un seuil de violation à partir duquel une infraction se transforme en une autre.
- 5) La gravité est un seuil à partir duquel une violation est à ce point inacceptable qu’elle entraîne de sérieuses conséquences que ce soit pour les particuliers ou pour les États.

Envisageons ces diverses fonctions.

SECTION 1 L’HYPOTHÈSE JURIDIQUE (LE FAIT JURIDIQUE) ENTRAÎNANT L’APPLICATION D’UNE NORME EST DÉCRITE EN TERMES DE GRAVITÉ

Il est fréquent qu’il soit fait appel au concept de *gravité* pour décrire *un seuil* à partir duquel une norme sera considérée comme violée : ainsi, tel comportement ne sera considéré comme illicite qu’à condition qu’il ait atteint un seuil déterminé de gravité.

Le fait juridique est décrit de manière telle que seuls des comportements ou actes graves entraînent la conséquence prévue par la norme. En d'autres termes encore, l'application de la norme est subordonnée à la survenance d'un acte condition caractérisé par sa gravité.

Voici quelques exemples :

Les autorités françaises et les autorités luxembourgeoises pourront, à titre de réciprocité, solliciter respectivement l'aide des autorités compétentes de l'autre partie en cas d'accidents graves ou de sinistres importants survenant à proximité de la frontière¹¹.

Dans une telle hypothèse, la faculté de faire appel à l'aide est subordonnée à la gravité de l'accident.

En cas de dissentiment grave ou de conflit, avant d'en appeler aux armes, les Puissances contractantes conviennent d'avoir recours, en tant que les circonstances le permettent, aux bons offices ou à la médiation d'une ou de plusieurs Puissances amies.¹²

Le recours aux bons offices n'est obligatoire qu'en cas de dissentiment grave.

*Le Conseil de sécurité, [. . .] Prie [. . .] le Secrétaire général de rendre compte régulièrement au Conseil de sécurité des opérations du Groupe [de surveillance de la frontière Koweït/Iraq] et de le faire immédiatement s'il y a de graves violations de la zone ou des menaces potentielles à la paix ;*¹³.

La gravité de l'hypothèse juridique comme acte condition se rencontre dans de multiples situations. Ainsi, par exemple :

– pour conditionner une compétence de police,

Inviolabilité personnelle des fonctionnaires consulaires

1. Les fonctionnaires consulaires ne peuvent être mis en état d'arrestation ou de détention préventive qu'en cas de crime grave et à la suite d'une décision de l'autorité judiciaire compétente.¹⁴

11 Accord entre la France et le Luxembourg sur l'assistance mutuelle entre les services d'incendie et de secours français et luxembourgeois du 10 décembre 1962, art. 1, *RTAF*, n° 9, 1963.

12 Convention de La Haye (I) de 1907 pour le règlement des conflits internationaux, art. 2.

13 S/ Rés. 687 (1991), du 3 avril 1991.

14 Convention de Vienne (1963) sur les relations consulaires, art. 41 par. 1.

– pour définir un fait générateur de la responsabilité :

‘Événement’ signifie tout fait ou tout ensemble de faits ayant la même origine et dont résulte une pollution ou qui constitue une menace grave et imminente de pollution¹⁵.

– pour déterminer une hypothèse d’exclusion de l’illicéité :

en cas d’événements graves intéressant la sûreté de l’État ou les intérêts vitaux de l’État, la fermeture des ports peut être décrétée exceptionnellement et pour un terme aussi limité que possible¹⁶.

SECTION 2 LA NORME À RESPECTER EST DÉCRITE EN TERMES TELS QUE
SEULE UNE VIOLATION ATTEIGNANT UN SEUIL DE GRAVITÉ SUFFISANT
PEUT CONSTITUER UN COMPORTEMENT ILLICITE

Fréquemment le comportement identifié par la norme doit comporter un seuil de gravité suffisant pour être *une violation* de la norme.

a) Cette conception est au cœur de la notion de *violation substantielle* prévue à l’article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités pour justifier la suspension ou la dénonciation par les autres parties au traité du fait de la rupture de l’équilibre de leurs obligations respectives¹⁷.

b) C’est le cas de certains comportements pour qu’ils engagent la *responsabilité de l’État* :

On se souviendra du célèbre attendu dans l’affaire du *Détroit de Corfou* :

[. . .] En fait, rien ne fut tenté par les autorités albanaises pour prévenir le désastre. Ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l’Albanie¹⁸.

15 Protocole du 25 mai 1984 modifiant la convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, art. 2 par. 4, *IEL-MT*, n° 969:88/B ; *RGDIP*, 1987, 1416.

16 Convention de Genève du 9 décembre 1923 sur le régime international des ports maritimes, art. 16, *RTSDN*, vol. 58, p. 285 ; *CMI*, p. 506.

17 1. Une violation substantielle d’un traité bilatéral par l’une des Parties autorise l’autre Partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie. (. . .)

3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d’un traité est constituée par :

a) Un rejet du traité non autorisé par la présente Convention ; ou

b) La violation d’une disposition essentielle pour la réalisation de l’objet ou du but du traité (conv. de Vienne (1969) sur le droit des traités, art. 60, par. 1 et 3).

18 CIJ, *Détroit de Corfou*, fond, arrêt du 9 avril 1949, *Rec. 1949*, p. 23.

c) De même pour diverses conventions pénales internationales qui engagent la *responsabilité pénale individuelle* : l'acte n'est incriminé que s'il est grave

la capture illicite d'un navire civil par violence ou menace de violence, tout fait visant à endommager intentionnellement un navire civil ou sa cargaison lorsque le fait compromet la sécurité de la navigation du navire, tout fait de violence grave commis contre une personne si le fait est connexe à l'un des faits précités...¹⁹

Le Protocole de Montréal du 24 février 1988²⁰ ajoute à la liste des infractions énoncées à l'article 1^{er} de la convention de 1971 les « actes de violence graves » commis dans un aéroport servant à l'aviation civile internationale contre des personnes, des installations ou des aéronefs, dès lors que ces actes sont « de nature à compromettre la sécurité dans cet aéroport » (art. II).

d) On citera encore les textes qui prohibent les atteintes aux *droits fondamentaux de l'homme*.

La gravité de l'offense est au cœur des définitions du racisme, de la discrimination raciale, de l'apartheid, de l'épuration ethnique, les crimes contre l'humanité, etc . . .

[T]outes les formes de racisme ou de discrimination raciales, qu'elles soient institutionnalisées ou qu'elle découlent de doctrines officielles de supériorité ou d'exclusivité raciales, telles que le 'nettoyage ethnique', comptent parmi les *violations les plus graves* des droits de l'homme dans le monde contemporain et doivent être combattues par tous les moyens.²¹

Les crimes contre l'humanité désignent des actes inhumains *d'une extrême gravité*, tels que l'homicide intentionnel, la torture ou le viol, commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses. Dans le conflit qui a éclaté sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, de tels actes inhumains ont pris la forme de la pratique dite du 'nettoyage ethnique', de viols généralisés et systématiques et d'autres formes de violence sexuelle, y compris la prostitution forcée²².

19 Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime adoptée à Rome le 10 mars 1988, art. 3, *RGDIP*, 1988, 477.

20 *RGDIP*, 1988, 474.

21 « Mise en œuvre du Programme d'action pour la troisième Décennie de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale », Résolution 1995/11 de la Commission des droits de l'homme, 24 février 1995, art. 1.

22 Rapport du Secrétaire général relatif au Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, S/25704, p. 184, par. 48, commentaire relatif à l'art. 4 du Statut.

– L'Assemblée générale, [. . .]

Se déclare profondément préoccupée par [. . .] les prises d'otages et l'utilisation de 'boucliers humains', violation flagrante et extrêmement grave des obligations de l'Iraq au regard du droit international²³

e) La cause d'exonération de détresse est exclue si le fait illicite accompli a créé un péril comparable ou plus grave que celui que l'on voulait éviter²⁴.

f) Pour que soient réunies les conditions d'une *agression*, il faut une certaine gravité de l'acte.

Rappelons le texte de l'article 2 et de l'article 3 (g) de la définition de l'agression :

Article 2. – L'emploi de la force armée en violation de la Charte par un État agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression, bien que le Conseil de sécurité puisse conclure, conformément à la Charte, qu'établir qu'un acte d'agression a été commis ne serait pas justifié compte tenu des autres circonstances pertinentes, y compris le fait que les actes en cause ou leurs conséquences ne sont pas d'une *gravité suffisante*.

Article 3. – L'un quelconque des actes ci-après, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, réunit, sous réserve des dispositions de l'article 2 et en conformité avec elles, les conditions d'un acte d'agression : [. . .]

g) l'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État *d'une gravité telle* qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action.²⁵

Dans son arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de Justice a distingué nettement l'agression armée du simple incident de frontière :

23 AG Rés. 46/134 du 17 décembre 1991 concernant la situation des droits de l'homme en Iraq, par. 2, c).

24 1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur du fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou

b) si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave » (art. 24 des articles élaborés par la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, reproduits en annexe à la résolution A /RES/56/83 du 12 décembre 2001).

25 AG Rés. 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 sur la définition de l'agression.

En particulier, on peut considérer comme admis que, par agression armée, il faut entendre non seulement l'action des forces armées régulières à travers une frontière internationale mais encore l'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État *d'une gravité telle* qu'ils équivalent (entre autres) à une véritable agression armée accomplie par des forces régulières [...]²⁶

SECTION 3 LA NOTION SE RENCONTRE ENCORE DANS LA SITUATION OÙ
UNE OBLIGATION DE PRÉVENTION OU D'INDEMNISATION EST
SUBORDONNÉE À LA GRAVITÉ DES CONSÉQUENCES DOMMAGEABLES
D'UN FAIT JURIDIQUE

On a déjà signalé plus haut que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la détermination du seuil à partir duquel une obligation de prévention d'un dommage ou de la réparation de ce dernier est prévue fait l'objet d'amples discussions. En effet, si la notion de dommage est un élément constitutif de la définition même de la pollution puisque cette dernière est définie en termes de nuisances, il n'en demeure pas moins que la société industrielle dans laquelle nous vivons ne régleme souvent que les atteintes les plus graves, ou les plus intolérables à l'environnement.

En matière de prévention, les textes prévoient fréquemment la gravité des conséquences dommageables comme seuil à partir duquel l'obligation est due.

C'est notamment le cas dans le domaine de l'interdiction des armes nocives à l'environnement : sont prohibées les armes ayant des effets *étendus, durables ou graves* sur l'environnement en utilisant des techniques de modification de l'environnement²⁷. Le protocole additionnel I de 1977 (aux conventions de Genève de 1949) est clair à ce propos.

1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages *étendus, durables et graves*. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour caser ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population.

26 CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. 1986*, p. 103, par. 195.

27 « [T]oute technique ayant pour objet de modifier – grâce à une manipulation délibérée de processus naturels – la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, la lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique » (conv. du 18 mai 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, art. 2, *RGDIP*, 1977, 1248).

2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites²⁸.

Il interdit l'emploi de « méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causeront des *dommages étendus, durables et graves* à l'environnement naturel »²⁹.

De la même façon, la convention du 18 mai 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles interdit l'emploi d'armes « ayant des *effets étendus, durables ou graves* » sur l'environnement (article premier).

Les textes relatifs au *principe de précaution* en droit international de l'environnement insistent également sur la gravité du dommage à prévenir³⁰. Ainsi

– la Déclaration ministérielle de Bergen de mai 1990, article 7 :

En vue d'atteindre le développement durable, les politiques doivent se fonder sur le principe de précaution. Les mesures pour l'environnement doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de dégradation de l'environnement. En cas de *dommages graves et irréversibles*, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement³¹.

– la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992, principe 15 :

[...] pour protéger l'environnement des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de *dommages graves ou irréversibles*, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement³².

– le Protocole d'Oslo sur la pollution atmosphérique du 14 juin 1994, Préambule, 4^e alinéa

28 Protocole additionnel I de 1977, art. 55.

29 Protocole additionnel I de 1977, art. 35, par. 3.

30 P. Martin-Bidou, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement », *RGDIP*, 1999, 631-666.

31 Déclaration des ministres des États membres de la Commission des Nations Unies pour l'Europe et de la Commission pour l'environnement de la Communauté européenne, mai 1990, *Environmental Policy and Law*, 1990, 100.

32 *RGDIP*, 1992, 975.

Convaincues qu'en cas de risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique absolue ne saurait être une raison pour remettre à plus tard de telles mesures, étant entendu que les mesures à titre de précaution prises au sujet des émissions de polluants atmosphériques devraient avoir le meilleur rapport coût-efficacité³³.

Voyez encore :

– la Convention cadre sur les changements climatiques du 9 mai 1992: article 3 § 3 envisage le principe de précaution en cas de « risques de perturbations graves ou irréversibles »³⁴.

SECTION 4 LA GRAVITÉ EST UN SEUIL DE VIOLATION À PARTIR DUQUEL UNE INFRACTION SE TRANSFORME EN UNE AUTRE

La situation envisagée ici est celle où une violation est à ce point grave qu'elle peut constituer une infraction distincte.

Prenons quelques exemples :

a) la notion de violation massive

Nous avons souligné ailleurs³⁵ la liaison pouvant exister entre quantitatif et qualitatif. La répétition d'une infraction X donne naissance à une infraction Y. Tel sera le cas des infractions décrites en termes de pratique ou qui se caractérisent par des comportements qualifiés de massifs.

b) la torture

Aux termes de la Déclaration de 1975 sur la torture, l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'article 1 § 2, déclare que « la torture est une forme aggravée et délibérée de peines, de traitements cruels, inhumains ou dégradants »³⁶.

1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal [. . .].
2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité.³⁷

33 L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, C. Romano, *op. cit.* (note 6), p. 550.

34 *RGDIP*, 1992, 925.

35 « Les obligations quantitatives et l'illicite », *op. cit.* (note 1), pp. 305-325.

36 AG Rés. 3452 (XXX) du 9 décembre 1975.

37 AG Rés. 39/46 du 10 décembre 1984.

c) le génocide

[L]e génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ; a) Meurtre de membres du groupe ; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe³⁸.

d) les crimes contre l'humanité

Pour reprendre les termes du Tribunal international pénal pour la Yougoslavie :

[L]es crimes contre l'humanité couvrent des faits graves de violence qui lèsent l'être humain en l'atteignant dans ce qui lui est le plus essentiel : sa vie, sa liberté, son intégrité physique, sa santé, sa dignité. Il s'agit d'actes inhumains qui, de par leur ampleur ou leur gravité, outrepassent les limites tolérables par la communauté internationale qui doit en réclamer la sanction³⁹.

e) la menace contre la paix

Des violations graves du droit humanitaire peuvent se transformer dans les qualifications du Conseil de sécurité en une *menace contre la paix*.

f) L'état de nécessité

Cette circonstance excluant l'illicéité ne peut justifier l'inexécution d'une obligation internationale par un État que si le fait non conforme à cette obligation « constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent »⁴⁰. Le fait en cause ne peut, en outre, porter « gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble »

38 Convention sur le génocide (1948), art. 2.

39 TPIY, Ch. de 1^{ère} instance, *Le Procureur c/ Drazan Erdemovic*, arrêt du 29 novembre 1996, par. 28.

40 « 1. Un État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; [. . .] » (CDI, projet d'articles sur la responsabilité des États (version 2001), art. 26 par. 1 a).

Voir aussi l'insistance de la CIJ sur le caractère « grave et imminent » du péril constitutif de l'état de nécessité dans son arrêt du 25 septembre 1997, en l'affaire *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), *Rec. 1997*, p. 42, par. 54.

g) Violation du passage inoffensif

Prenons encore un exemple, une pollution délibérée et grave, en violation de la convention de Montego Bay est constitutive d'une violation de l'obligation de « passage inoffensif »⁴¹.

SECTION 5 LA GRAVITÉ EST UN SEUIL À PARTIR DUQUEL UNE VIOLATION EST À CE POINT INACCEPTABLE QU'ELLE ENTRAÎNE DE SÉRIEUSES CONSÉQUENCES QUE CE SOIT POUR LES PARTICULIERS OU POUR LES ÉTATS

a) *sanctions pénales pour les particuliers*

– Les infractions graves prévues par les conventions de Genève appellent des sanctions pénales :

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention [..]⁴².

– Les quatre conventions de Genève (1949) et le protocole additionnel I de 1977 incriminent, à titre d'infractions graves, divers faits perpétrés contre les personnes protégées se trouvant au pouvoir de l'ennemi.

– En outre, le protocole additionnel I de 1977 ajoute à cette liste d'infractions graves, des faits commis contre des personnes exposées aux effets directs des hostilités, dans la mesure où ils ont été commis intentionnellement et où ils ont entraîné la mort ou causé des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.

– Enfin, la liste des infractions graves est complétée par les attaques contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux du culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier, provoquant ainsi leur destruction sans qu'il y ait de preuve que ces biens aient été utilisés à des fins militaires ou qu'ils aient été situés à proximité d'objectifs militaires⁴³.

41 Art. 19 par. 2 de la convention de Montego Bay.

42 Conventions de Genève (1949), art. commun 49/50/129/146. Les « infractions graves » sont énumérées par les conventions de Genève 50/51/130/147.

43 Prot. add. I de 1977, art. 85 par. 4.

b) *compétence des tribunaux pénaux internationaux*

Divers tribunaux ont été créés pour réprimer les violations graves du droit humanitaire : le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie⁴⁴, le Tribunal international pour le Rwanda⁴⁵ et la Cour pénale internationale⁴⁶.

c) *compétence universelle des tribunaux nationaux*

Selon la résolution de l'Institut de droit international, adoptée à sa session de Cracovie le 26 août 2005, sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, article 3 a) :

La compétence universelle peut être exercée en cas de crimes internationaux identifiés par le droit international comme relevant de cette compétence dans les matières telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international.

On se rappellera, à cet égard, l'opinion émise par le Tribunal international pénal pour la Yougoslavie :

Chacune des quatre conventions de Genève de 1949 renferme une disposition sur les 'infractions graves', précisant les infractions particulières aux Conventions pour lesquelles les Hautes Parties contractantes sont tenues de poursuivre les personnes responsables. En d'autres termes, les conventions créent, pour ces actes spécifiques, une compétence répressive obligatoire universelle parmi les États contractants⁴⁷.

44 « Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 » (S/Rés. 808 (1993) du 22 février 1993). Le Statut du Tribunal, annexé à la résolution 827 du Conseil de sécurité, fut adopté le 27 mai 1993.

45 Le Conseil de sécurité a créé, le 8 novembre 1994, un deuxième tribunal *ad hoc* « chargé uniquement de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 » (S/Rés. 955 (1994) du 8 novembre 1994).

46 La compétence de la Cour pénale internationale est limitée aux crimes les plus graves, à savoir le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression (art. 5).

47 *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, cas n° IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, pp. au registre du greffe 88/6491bis-1/6491bis, par. 79.

d) *Sanctions spécifiques à l'égard des États*

Ceci peut être illustré par une très grande diversité de situations.

– On se rappellera tout d'abord *la distinction entre crimes et délits* qui avait été introduite dans le premier projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États. La Commission du droit international avait dressé comme suit, en son article 19, une liste, non limitative, des crimes internationaux :

3. [...] d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter :
 - a) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression ;
 - b) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale ;
 - c) d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'*apartheid* ;
 - d) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celle interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers. » (projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité des États (1996), art. 19 par. 3).

La notion de crime international a suscité de vives controverses dont il est résulté que, provisoirement au moins, ce texte a disparu de la version du 25 mai 2001.

– La notion a été remplacée, dans le dernier projet sur la responsabilité internationale des États, par celle de « *violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général* ».

Il s'agit de situations où la responsabilité internationale « résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général »⁴⁸.

Et comme si l'hypothèse de la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général était encore trop faible, le projet ajoute qu'il faut, au surplus, que la violation soit *grave*. C'est la gravité dans tous ses états !

Ces violations entraînent les conséquences suivantes :

48 AG Résolution 56/83 du 12 décembre 2001, annexe, art. 40, par. 1.

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation selon le présent chapitre

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.
2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation. [. . .]⁴⁹.

Sur le plan normatif, on cherche à identifier les normes dont la violation serait à ce point grave qu'il serait du devoir de tous les États d'intervenir pour rétablir la légalité. Ainsi, le principe de non-recours à la force, le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le principe de non-intervention, l'interdiction du génocide sont cités comme normes probables de *jus cogens*.

– Le Modèle de règles pour la procédure arbitrale que la Commission du droit international avait adopté en 1958 avait retenu ce qui suit comme causes de nullité d'une sentence arbitrale :

La validité d'une sentence peut être contestée par toute partie pour l'une ou plusieurs des raisons suivantes :

- a) Excès de pouvoir du tribunal ;
- b) Corruption d'un membre du tribunal ;
- c) Absence de motivation de la sentence ou dérogation grave à une règle fondamentale de procédure ;
- d) Nullité de l'engagement d'arbitrage ou du compromis⁵⁰.

– *Inexistence de l'acte*

Selon la Cour de Justice des Communautés européennes :

[. . .] les actes entachés d'une irrégularité dont la gravité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique communautaire doivent être réputés n'avoir produit aucun effet juridique, même provisoire, c'est-à-dire être regardés comme juridiquement inexistant⁵¹.

– *Suspension d'un traité pour violation grave*

Voy. *supra* l'art 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

49 *Ibid.*, art. 41.

50 CDI, Modèle de règles sur la procédure arbitrale, art. 35.

51 CJCE, aff. *Commission / BASF E.A.*, I-2647, *Rec.* 1994-6, par. 49. La gravité des conséquences qui se rattachent à la constatation de l'inexistence d'un acte des institutions de la Communauté postule que, pour des raisons de sécurité juridique, cette constatation soit réservée à des hypothèses tout à fait extrêmes. (par. 50).

– *Droit d'intervention dans certaines circonstances exceptionnelles*

[...] en haute mer [...] mesures nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer les dangers graves et imminents que présentent pour leurs côtes ou intérêts connexes une pollution ou une menace de pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures à la suite d'un accident de mer ou des actions afférentes à un tel accident, susceptibles selon toute vraisemblance d'avoir des conséquences dommageables très importantes⁵².

Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'une espèce dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. S'il s'agit d'une affaire dont elle n'a pas encore été saisie, elle pourra prendre de telles mesures sur requête de la Commission⁵³.

– *Sanction d'une violation grave d'une obligation erga omnes*

Selon la résolution de l'Institut de droit international, adoptée à sa session de Cracovie le 26 août 2005, sur les obligations et les droits *erga omnes* en droit international, article 5 :

Si une violation grave, largement reconnue, d'une obligation *erga omnes* a lieu, tous les États auxquels l'obligation est due :

- a) doivent s'efforcer de mettre un terme à cette violation en recourant à des moyens licites conformément à la Charte des Nations Unies ;
- b) doivent ne pas reconnaître comme licite une situation créée par cette violation ;
- c) ont la faculté de prendre des contre-mesures sans recours à la force dans des conditions analogues à celles qui s'appliquent à un État spécialement atteint par la violation.

– *Mesures exceptionnelles*

[...] en cas d'événements graves intéressant la sûreté de l'État ou les intérêts vitaux de l'État, la fermeture des ports peut être décrétée exceptionnellement et pour un terme aussi limité que possible⁵⁴.

52 Convention internationale de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, art I par. 1, P.N.U.E., *RTNU*, vol. 970, p. 211.

53 Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, art. 63 par. 2.

54 Convention de Genève du 9 décembre 1923 sur le régime international des ports maritimes, art. 16, *RTSDN*, vol. 58, p. 285.

– *Proportionnalité des contremesures*

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite, et des droits en cause.⁵⁵

– *Exclusion d'une organisation*

Art. 6 de la Charte des Nations Unies :

Si un Membre enfreint de façon persistante les principes énoncés dans la présente Charte, il peut être exclu de l'Organisation par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité.

CONCLUSIONS

Ainsi qu'on le mesure la notion de gravité joue un rôle important en droit international.

Reste, dira-t-on, qu'il faut encore décider quand un comportement ou une violation présente un caractère de gravité.

Pour qualifier ainsi « une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général », la Commission du droit international a estimé que

2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation.⁵⁶

La gravité se mesure néanmoins en fonction de la norme violée et des valeurs qu'elle protège.

Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a rencontré quelque fois ce problème et souligné la relativité de la notion :

La Cour admet que par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement, certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire, au moins pendant un temps. Dans des circonstances exceptionnelles, cet élément peut donc entrer en ligne de compte [...] dans la mesure où le droit interne reconnaît [...] la notion de trouble à l'ordre public provoqué par une infraction. Cependant on ne saurait l'estimer

55 CDI, projet d'articles sur la responsabilité des États (AG Rés. 56/83 du 12 décembre 2001, Annexe, art. 51).

56 Art. 40, par. 2. des articles relatifs à la responsabilité internationale des États.

pertinent et suffisant que s'il repose sur des faits de nature à montrer que l'élargissement du prévenu troublerait réellement l'ordre public. En outre, la détention ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé [...]⁵⁷

De même, la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a analysé le traitement inhumain, a estimé que pour relever des dispositions de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme, « un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence »⁵⁸.

Faut-il aussi souligner combien la notion est évolutive. Elle est par excellence liée à des jugements des États sur les valeurs qu'ils estiment les plus essentielles. Les exemples donnés ci-dessus sont éloquents. Combien de valeurs protégées aujourd'hui et dont la violation est considérée comme graves ne bénéficiaient pas, il y a cinquante ans, de pareil statut : le droit à l'autodétermination, l'apartheid, l'environnement, etc.

Ceci montre, une fois de plus, combien le droit international fourmille de normes au caractère ouvert et évolutif et combien, quand même la sécurité juridique n'y trouverait pas son compte, de telles notions sont essentielles pour l'adaptation constante du droit aux défis d'une société internationale en perpétuelle évolution.

57 CEDH, *Letellier*, arrêt du 26 juin 1991, série A, n° 207, p. 21, par. 51.

58 Arrêts *Irlande c/ Royaume-Uni*, *loc. cit.*, par. 162, *Tyrer*, *loc. cit.*, par. 29-30 et arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, A n° 161, par. 100.

LE CONSEIL DE SÉCURITÉ DE L'ONU :
GOUVERNEMENT MONDIAL, LÉGISLATEUR OU JUGE ?
QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES DANGERS
DE DÉRIVES

*François Voeffray**

Au début des années 1990, après la réaction musclée de la communauté internationale à l'invasion par l'Irak du Koweït, les discours officiels se plaisaient à évoquer la création d'un nouvel ordre international et le rôle de gendarme de la communauté internationale qu'allait assumer désormais le Conseil de sécurité des Nations Unies. Cette illusion s'est progressivement dissipée sur les contreforts montagneux de la Bosnie, dans les sables de la Somalie, puis dans l'enfer génocidaire du Rwanda¹.

Il n'en demeure pas moins que, depuis une quinzaine d'années, le rôle du Conseil de sécurité s'est considérablement accru et diversifié. Libéré de sa léthargie par la fin de la guerre froide, le Conseil de sécurité a multiplié et diversifié ses interventions, en développant une riche palette d'instruments nouveaux. Parallèlement, le Conseil a élargi le concept de la paix et de la sécurité internationales en s'intéressant à des violations graves des droits de l'homme ou du droit humanitaire, à des crises humanitaires, à des épidémies graves, telles que le sida, à la protection des civils dans les conflits armés ou à la promotion de la justice et de l'Etat de droit dans les

* Docteur en relations internationales (droit international), IUHEI, Genève. Conseiller diplomatique à la Division des Nations Unies du Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse. Les opinions exprimées dans cet article sont personnelles et ne correspondent pas nécessairement à des positions officielles.

1 Les causes de ces échecs ont été amplement analysées, notamment dans les rapports des deux commissions indépendantes d'enquête nommées par le Secrétaire général des Nations Unies pour faire la lumière sur la chute de Srebrenica et le génocide rwandais (ONU Doc. A/54/594 et S/1999/1257).

phases de transition post-conflictuelle². Cette vigueur nouvelle du Conseil de sécurité est attestée par l'augmentation considérable du nombre de résolutions adoptées, qui est passé d'une dizaine par an durant la période entre 1945 et 1989 à une moyenne annuelle d'une soixante de résolutions depuis la fin de la guerre froide³.

Cette montée en puissance du Conseil de sécurité coïncide avec un affaiblissement d'autres organes de l'ONU, notamment de l'Assemblée générale, qui n'a jamais retrouvé la place centrale et le souffle qu'elle possédait durant les premières décennies de l'Organisation, lorsqu'elle a mis en place différents fonds et programme, servi de catalyseur au processus de décolonisation et rafraîchi le corpus des règles et principes régissant les relations entre Etats.

L'implication accrue du Conseil de sécurité dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le perfectionnement des instruments utilisés sont, en tant que tels, des développements positifs. Ils répondent à l'exigence d'une meilleure efficacité du Conseil et au souhait – largement partagé – d'un renforcement de l'ONU et du multilatéralisme. Cette évolution amène toutefois à s'interroger sur la nature des pouvoirs du Conseil de sécurité ainsi que sur la répartition des compétences entre les différents organes de l'ONU, d'une part, et entre l'Organisation et les Etats membres, d'autre part. Ce renforcement du Conseil de sécurité est-il le corollaire ou bien la cause de l'affaiblissement d'autres organes de l'Organisation ? Est-il souhaitable qu'un organe à composition restreinte élargisse son champ d'activité au détriment d'organes ou institutions à vocation universelle ? Est-ce une conséquence du mauvais fonctionnement des enceintes à composition universelle ou le reflet d'un jeu de pouvoir des membres permanents, qui privilégient délibérément l'organe le plus favorable à leurs intérêts ? Ne faut-il pas au moins, en contrepartie, renforcer les possibilités pour l'ensemble des Etats membres de l'ONU de participer aux travaux du Conseil de sécurité ?

Cette étude entend se concentrer sur trois tentations auxquelles le Conseil a parfois succombé au cours de ces dernières années : la tentation gouvernementale, la tentation législative et la tentation judiciaire.

-
- 2 Sur le rôle et les pouvoirs du Conseil de sécurité, voir notamment – au sein d'une très abondante littérature – les études récentes de P. Teixeira, *Le Conseil de sécurité à l'aube du XXI^e siècle* (Genève, UNIDIR, 2002) et A. Novosseloff, *Le Conseil de sécurité des Nations Unies et la maîtrise de la force armée* (Bruxelles, Bruylant, 2003).
 - 3 De 1945 à 1990, près de 600 résolutions ont été adoptées par le Conseil de sécurité, soit une moyenne d'environ 13 résolutions par an. Depuis 1990, plus de 1000 nouvelles résolutions ont été prises, soit plus de 60 en moyenne par an. Parallèlement, on constate une diminution de l'utilisation du veto. De 1945 à 1989, le nombre de vetos était – en moyenne – de six par an ; il est tombé depuis 1990 à moins de deux par an.

* * *

La première tentation à laquelle le Conseil de sécurité cède parfois est de se considérer comme une sorte de gouvernement mondial, qui serait chargé de délibérer sur toute question d'intérêt pour la communauté internationale et de prendre des décisions au nom de l'ensemble des Etats membres, sans véritable limite matérielle à son champ de compétences.

Il est incontestable que la Charte des Nations Unies confère au Conseil de sécurité des pouvoirs étendus dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, en investissant l'Assemblée générale de compétences parallèles, mais subsidiaires⁴. Pour exercer cette responsabilité, le Conseil de sécurité a reçu des compétences spécifiques, définies aux chapitres VI et VII de la Charte, auxquels s'ajoutent un pouvoir général, découlant de l'article 24 de la Charte, ainsi que des pouvoirs implicites (*implied powers*). Soucieux de ne pas prêter le flanc à une contestation de ses pouvoirs et de se conserver une marge de manœuvre aussi large que possible, le Conseil de sécurité évite soigneusement de se référer à des dispositions spécifiques de la Charte. Il se contente d'insérer, dans le préambule de ses résolutions, le traditionnel renvoi incantatoire au chapitre VII de la Charte à chaque fois qu'il veut établir sans ambiguïté le caractère contraignant de ses décisions.

Cette combinaison de pouvoirs exprès et implicites offre au Conseil de sécurité une marge de manœuvre considérable, dont il a su faire usage dans la pratique, en affinant les instruments prévus par la Charte et en se forgeant de nouveaux outils opérationnels :

- Alors que la Charte envisage essentiellement des opérations militaires classiques, le Conseil de sécurité a développé progressivement, à partir de l'affaire du canal de Suez (1956), une large palette d'opérations de paix, avec des objectifs très variés qui vont de la prévention des conflits à l'accompagnement d'un processus de paix et de reconstruction, en passant par des interpositions de maintien de la paix ou des missions plus robustes de rétablissement de la paix.
- Devant les réticences des Etats à participer à des opérations proprement militaires et à placer leur troupes sous commandement onusien, le Conseil de sécurité a émis à plusieurs reprises une simple "lettre de course" par laquelle il a délégué aux Etats membres le pouvoir d'employer tous les moyens nécessaires, y compris la force militaire.
- Aux embargos classiques, qui frappaient un pays et sa population dans son ensemble, le Conseil a substitué depuis le milieu des années 1990 des sanctions dites "intelligentes" (*smart sanctions*) qui visent directement

4 Art. 12 par. 1 de la Charte des Nations Unies.

des personnes ou des biens. Mieux ciblées, ces sanctions sont plus efficaces ; elles réduisent aussi les souffrances subies par la population civile et les conséquences commerciales dommageables pour les pays tiers. Ces sanctions ciblées peuvent revêtir la forme de mesures financières (gel des avoirs, restriction des transactions, limitation des investissements), d'un embargo sur des biens spécifiques (armes, diamants, pétrole, bois ou autres ressources naturelles), de restrictions du trafic aérien ou d'interdictions de voyages⁵.

- Le Conseil de sécurité s'est engagé aussi plus résolument sur le terrain de l'action diplomatique, que ce soit par des démarches auprès des parties, des négociations directes ou des missions sur le terrain⁶, ou en travaillant plus étroitement avec le Secrétaire général de l'ONU et ses envoyés et représentants spéciaux.
- Enfin, le Conseil s'est appuyé à plusieurs reprises sur la justice pénale, en décidant de constituer des tribunaux internationaux (ex-Yougoslavie⁷ et Rwanda)⁸, en donnant son appui à la création d'un tribunal spécial mixte (Sierra Leone)⁹, en déférant une situation à la Cour pénale internationale

5 Les améliorations à apporter aux sanctions ont été discutées lors d'une série de conférences réunissant des représentants gouvernementaux, des responsables de l'ONU et des experts du secteur privé. Une première série de réunions portant sur les sanctions financières ciblées a été organisée, à l'instigation du gouvernement suisse, à Interlaken en 1998 et 1999. Les résultats de ce processus dit d'Interlaken ont été publiés dans un manuel, *Targeted Financial Sanctions : A Manual for Design and Implementation* (Providence, Watson Institute for International Studies, 2001). L'Allemagne, puis la Suède, ont poursuivi cette réflexion en organisant, à leur tour, d'autres séminaires sur les sanctions ciblées. Le processus Bonn-Berlin portait sur les embargos sur les armes et les restrictions en matière de déplacement cf. M. Brzoska (ed.), *Design and Implementation of Arms Embargoes and Travel and Aviation Related Sanctions : Results of the Bonn-Berlin Process*, Bonn, 2001. Quant au processus de Stockholm, il était consacré principalement à la mise en œuvre et au contrôle des sanctions cf. P. Wallenstein & al. (ed.), *Making Targeted Sanctions Effective : The Stockholm Process on the Implementation of Targeted Sanctions*, Uppsala, 2003 ciblées. Les recommandations issues de ces trois processus ont été portées à l'attention du Conseil de sécurité et discutées, à plusieurs reprises, avec les Etats membres du Conseil. En matière toujours de sanctions ciblées, l'Allemagne, la Suède et la Suisse se sont intéressés aussi à l'amélioration des procédures régissant l'établissement des listes de sanctions. Sur cette problématique, voir *infra* p. 1203-1208.

6 Moins bien connues que d'autres instruments, ces missions sur place ont d'abord un objectif d'information. Elles permettent au Conseil de sécurité de mieux prendre la mesure des réalités sur le terrain, en visitant la région en crise et en s'entretenant directement avec les principaux protagonistes. Elles permettent aussi de transmettre plus directement, et avec plus de force, les messages du Conseil. Enfin, ces missions du Conseil ont parfois le mandat de négocier directement avec les parties. Elles sont parfois couronnées de succès. Ainsi, à l'automne 1999, au lendemain du référendum sur l'avenir du Timor oriental, alors que les milices pro-indonésiennes mettaient le pays à feu et à sang, c'est durant une visite d'une délégation du Conseil de sécurité à Djakarta, puis à Dili, que le gouvernement indonésien a donné finalement son accord au déploiement d'une force multinationale chargée de rétablir l'ordre.

7 Rés. 808 (1993).

8 Rés. 955 (1994).

9 Rés. 1315 (2000).

(il vient de le faire pour la première fois à propos du Darfour)¹⁰, ou en établissant des commissions d'enquête, qui peuvent constituer le prélude à une saisine de la justice internationale ou servir de renfort à la justice nationale (un exemple récent est la commission mandatée pour enquêter sur l'assassinat de l'ancien Premier ministre libanais Hariri)¹¹.

Cette diversification des instruments opérationnels à disposition du Conseil de sécurité est un développement indéniablement positif. Elle permet au Conseil de varier de stratégie et de moyens d'action en fonction des spécificités de chaque situation. Notre critique ne porte pas sur ces différents instruments, qui sont utiles et concourent à affermir le Conseil de sécurité dans des fonctions qui lui sont dévolues par la Charte.

Ce qui nous préoccupe est la tentation du Conseil de sécurité, perceptible ici et là, de s'aventurer au-delà de son mandat, qui est de maintenir la paix et la sécurité internationales. Cette dérive se traduit par l'élasticité de plus en plus marquée de la notion de "menace pour la paix et la sécurité internationales". Optant pour une vision large de la sécurité, le Conseil s'est transformé ces dernières années en une enceinte de délibération au sein de laquelle sont discutés les thèmes les plus divers. Cette prolifération des débats thématiques comporte un double risque : celui d'une dispersion préjudiciable à l'action du Conseil de sécurité et celui d'un chevauchement avec les compétences d'autres organes et institutions spécialisées.

Le Conseil de sécurité devrait résister à la tentation de discuter des questions les plus diverses, sous prétexte que celles-ci entretiennent des liens avec la paix et la sécurité internationales. Soit ces débats thématiques ne débouchent sur aucune action concrète, et ce sont alors des délibérations sans conséquences. Soit ces débats conduisent à l'adoption d'une résolution thématique, qui fixe une stratégie d'action ou des mesures concrètes, mais alors il faut se demander si le Conseil de sécurité est l'enceinte la mieux habilitée pour cela. En cédant à la tentation de trop embrasser, le Conseil empiète le plus souvent sur les compétences d'autres organes et déséquilibre l'architecture institutionnelle de l'Organisation des Nations Unies.

Certes, à l'âge de la mondialisation, il existe des liens forts entre la paix et la sécurité, le développement, le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement. Mais ces liens d'interdépendance – si évidents soient-ils – justifient-ils une implication du Conseil de sécurité ? Au sein de l'ONU, n'est-ce pas à l'Assemblée générale, aux travaux de laquelle participe l'ensemble des Etats membres, et non au Conseil de sécurité, qu'incombe la tâche de fixer des politiques et orientations stratégiques ? La

10 Rés. 1593 (2005).

11 Rés. 1595 (2005).

question du sida, pour prendre un exemple, ne devrait-elle pas être discutée de préférence à l'Assemblée générale, au sein de l'Organisation mondiale de la santé ou dans le cadre des agences et institutions de développement ? Et si le sida est inscrit aujourd'hui à l'agenda du Conseil, pourquoi celui-ci ne traiterait-il pas demain de la grippe aviaire, des changements climatiques ou de la lutte contre la malaria ?

Les fondateurs de l'Organisation n'ont jamais envisagé de faire du Conseil de sécurité un gouvernement universel, investi de la mission de traiter de l'ensemble des questions internationales. Si l'on veut comparer les fonctions du Conseil de sécurité à celles d'un organe de l'Etat, force est de reconnaître qu'il s'apparente moins à un gouvernement, qu'à un gendarme chargé du maintien de l'ordre, ou à un pompier oeuvrant à la prévention et à l'extinction des incendies.

* * *

Une deuxième tentative à laquelle le Conseil de sécurité a cédé au cours de ces dernières années est celle d'agir en tant que législateur. En effet, dans plusieurs résolutions récentes, le Conseil de sécurité a défini des obligations de comportement de portée générale et les a imposées, par la magie du chapitre VII de la Charte, à l'ensemble des Etats membres.

Cette tendance "législatrice" apparaît en particulier dans les trois résolutions suivantes, toutes fondées explicitement sur le chapitre VII de la Charte et ayant valeur de décision contraignante pour les Etats membres de l'ONU :

- résolution 1373 (2001) : adoptée deux semaines après les attentats du 11 septembre 2001, elle contient une série d'obligations de nature législative en matière de lutte contre le terrorisme et son financement et demande à tous les membres de l'ONU de devenir parties aux conventions et protocoles en la matière.
- résolution 1540 (2004) : elle définit des règles de conduites générales visant à empêcher que des acteurs non étatiques ne se procurent, fabriquent ou utilisent des armes nucléaires, chimiques ou biologiques à des fins terroristes.
- résolution 1566 (2004) : adoptée à l'initiative de la Russie, suite à l'attentat de Beslan, elle cherche à définir la notion de terrorisme, alors même que cette définition constitue l'une des principales pierres d'achoppement des négociations en cours en vue d'établir une convention globale contre le terrorisme. En outre, elle charge un groupe de travail, composé des seuls membres du Conseil de sécurité, d'examiner les mesures additionnelles à prendre.

A travers ces résolutions, le Conseil de sécurité fait incontestablement œuvre de législateur, puisqu'il définit des règles de conduite, de portée générale et abstraite, dépourvues de toute limite temporelle dans la doctrine, voir en particulier l'étude récente de C. Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité : Portée et limites*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Pourtant, aucune disposition de la Charte des Nations Unies n'envisage un tel rôle législatif du Conseil de sécurité. Aux termes de la Charte, la codification et le développement progressif du droit international relèvent expressément des attributions de l'Assemblée générale¹². Or, même l'Assemblée générale ne peut pas être comparée à un Parlement. Sauf quelques cas particuliers, notamment en matière budgétaire, elle ne dispose que d'un simple pouvoir de recommandation. Elle ne peut pas faire œuvre de législateur, en imposant des règles nouvelles de conduite aux Etats membres. Son action normative est indirecte : elle consiste à préparer de nouvelles conventions internationales et à influencer par certaines de ses résolutions le développement, la consolidation et la codification du droit international coutumier¹³. Si l'Assemblée générale, malgré ses compétences expressément reconnues dans le développement du droit international, ne peut pas agir à l'instar d'un législateur, cela vaut à plus forte raison pour le Conseil de sécurité.

Pour éviter tout malentendu, il convient de préciser que nos critiques portent exclusivement sur la prétention du Conseil de sécurité à définir de nouvelles règles de comportement générales et abstraites et à les imposer à l'ensemble des Etats membres des Nations Unies. Nous n'incluons donc pas dans cette critique les résolutions par lesquelles le Conseil de sécurité appelle simplement les Etats membres à respecter des normes conventionnelles ou coutumières, et qui sont de ce fait une simple réaffirmation ponctuelle du droit existant¹⁴. Nos critiques ne portent pas non plus sur les résolutions

12 Art. 13 par. 1, lit. a de la Charte des Nations Unies.

13 Sur la vocation normative de certaines résolutions de l'Assemblée générale, on se référera avec profit aux travaux de l'Institut de droit international et à sa résolution adoptée lors de sa session du Caire en 1987 (<http://www.idi-iil.org>). L'Institut rappelle que la Charte des Nations Unies ne confère pas à l'Assemblée générale le pouvoir d'adopter des règles qui lieraient les Etats dans leurs relations mutuelles, mais qu'elle peut contribuer au développement progressif du droit international, à sa consolidation et à sa codification. La vocation normative de certaines résolutions de l'Assemblée générale peut s'exprimer de plusieurs manières : en réaffirmant le droit existant, en contribuant à cristalliser des règles coutumières en formation ou à en créer de nouvelles, ou encore en influençant l'application ou l'interprétation du droit. A travers ses différents paragraphes, la même résolution peut remplir simultanément plusieurs de ces fonctions.

14 A travers de tels appels, le Conseil de sécurité ne crée en principe pas de règles nouvelles de droit. Il est évident cependant que la réaffirmation de principes est parfois intentionnellement lacunaire ou peut avoir pour objectif (ou du moins pour effet) de réinterpréter les principes et de leur donner ainsi une portée partiellement nouvelle et différente.

qui ont établi les tribunaux pénaux internationaux, ni sur la compétence indiscutable que possède le Conseil de sécurité d'adopter des sanctions, avec un effet contraignant pour l'ensemble des Etats membres. Les sanctions n'ont pas de caractère législatif. Elles constituent des mesures de police, à caractère provisoire, qui répondent à une menace spécifique pour la paix et la sécurité internationales et sont prévues expressément dans la Charte.

En exerçant des fonctions législatives, le Conseil de sécurité non seulement empiète sur les compétences d'autres organes, mais surtout il court-circuite les mécanismes classiques de formation du droit international par la voie de traités ou du droit international général et foule au pied un principe cardinal du droit international, celui du consentement des Etats.

Si l'idée d'un rôle législatif du Conseil de sécurité ne trouve aucun appui *de lege lata*, elle n'est pas non plus souhaitable *de lege ferenda*. On peut certes déplorer la lenteur des différents processus de création du droit international et regretter que le principe du consentement constitue un obstacle à l'établissement de nouvelles règles de droit universelles. On le sait, l'adoption et l'entrée en vigueur d'un traité multilatéral requièrent, au mieux, plusieurs années et celui-ci ne lie que les Etats qui l'ont ratifié ou y ont adhéré. On connaît aussi la lenteur du processus de formation du droit international général, même si la littérature recense des exceptions et a parlé, dans certains cas, de "droit coutumier instantané"¹⁵. Mais si l'on veut modifier ces processus bien établis, dans l'intention louable d'accélérer la formation du droit international, pourquoi confier cette tâche au Conseil de sécurité ? De quelle légitimité un organe à composition restreinte, où certains pays disposent d'un droit de veto, peut-il se prévaloir pour prétendre légiférer au nom de l'ensemble de la communauté internationale ?¹⁶

Cette volonté de faire office de législateur est d'autant plus problématique que le Conseil de sécurité se charge souvent lui-même de contrôler les mesures prises. Ainsi, aux termes des résolutions 1373 et 1540, les Etats membres sont invités à faire rapport au Conseil de sécurité sur les mesures adoptées pour assurer la mise en œuvre desdites résolutions. Les membres

15 Voir la stimulante étude de G. Abi-Saab, G. "La coutume dans tous ses états, ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté", in : *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I (Milan, Giuffrè, 1987), pp. 35-49.

16 Que l'on perçoive le droit de veto comme un privilège indu ou le corollaire de la responsabilité particulière des membres permanents dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, force est de reconnaître que – avec ou sans droit de veto – une action collective décidée contre le gré des grandes puissances n'a que des chances limitées de succès. Mais le droit de veto deviendrait un privilège proprement exorbitant, et contraire à la règle de l'égalité entre pays membres de l'Organisation, si le Conseil de sécurité devenait un législateur universel.

du Conseil se retrouvent donc dans une position doublement léonine par rapport aux autres membres de l'ONU : ils le sont dans l'élaboration de ces résolutions, mais aussi dans le contrôle de leur mise en œuvre. Les risques que prévalent "deux poids, deux mesures" sont évidents.

Le danger de cette dérive législative tient aussi au fait qu'elle prive les autres enceintes ou fora internationaux d'une partie de leur substance et peut conduire à remettre en question l'utilité même des négociations menées ailleurs. Cette évolution est particulièrement frappante dans le domaine du désarmement et de la non-prolifération. Depuis plusieurs années, les conférences et enceintes spécialisées enregistrent des échecs répétés dans la révision des conventions existantes et la négociation de nouveaux instruments. Mais comment assurer un équilibre dans de telles négociations et inciter les membres permanents du Conseil de sécurité à participer à la recherche collective d'un compromis si ceux-ci peuvent imposer leur agenda législatif à travers le Conseil de sécurité, sans avoir à faire de concessions ?

Pour faire la part des choses, il faut reconnaître que l'Assemblée générale et les enceintes spécialisées où sont négociées de nouvelles conventions doivent démontrer, de leur côté, qu'elles sont capables de répondre aux nouveaux besoins législatifs de la communauté internationale. Les difficultés rencontrées dans l'adoption d'une Convention globale contre le terrorisme et dans d'autres négociations en cours servent d'argument à ceux qui justifient l'action législative du Conseil de sécurité. Mais ces difficultés sont liées le plus souvent à des divergences sérieuses entre les Etats. Pourquoi certains d'entre eux pourraient-ils faire prévaloir leur point de vue à travers le Conseil de sécurité, au détriment des autres ?

Plaider en faveur d'un rôle législatif du Conseil de sécurité, c'est vouloir une transformation profonde de l'Organisation des Nations Unies, qui ferait de cette dernière une véritable organisation supranationale, à laquelle les Etats membres auraient délégué une partie de leurs compétences et de leur souveraineté. Une telle évolution serait une transformation si radicale de la nature de l'Organisation qu'elle ne saurait intervenir sans une révision formelle de la Charte des Nations Unies.

* * *

Une troisième tentative à laquelle le Conseil de sécurité cède parfois est de se draper dans l'habit du juge, sans se doter pourtant des outils nécessaires pour mener à bien un travail proprement judiciaire.

Des prémisses de cette tentative de s'ériger en juge figurent dans la résolution 687 (1991), adoptée par le Conseil de sécurité à la suite de l'agression par l'Irak du Koweït et à l'intervention victorieuse des troupes

de la coalition. Le Conseil de sécurité procède, à maints égards, à l'instar d'un juge qui aurait été appelé à statuer sur la responsabilité internationale de l'Irak et à en définir les conséquences. Il tranche la question contestée de la frontière entre l'Irak et le Koweït, établit une commission chargée de sa démarcation, impose à l'Irak un programme de désarmement, et établit la responsabilité financière de l'Irak pour tous les dommages ou pertes liés à l'invasion et à l'occupation du Koweït, en créant ultérieurement à cette fin une commission d'indemnisation. On peut se demander si certaines des mesures prises à l'encontre de l'Irak n'excédaient pas les pouvoirs du Conseil de sécurité. Du moins s'agissait-il d'un cas où la responsabilité de l'Irak était évidente et lourde.

Plus délicates sont les situations où le Conseil de sécurité prend des sanctions à l'égard d'individus, sans se donner les moyens nécessaires pour vérifier de manière fiable la responsabilité des personnes visées. Ce problème existe surtout dans le cadre des sanctions appliquées en matière de lutte contre le terrorisme. Comme cela été relevé plus haut, le Conseil de sécurité a remplacé, dans sa pratique récente, les embargos classiques qui frappaient sans discrimination l'ensemble d'une population par des "sanctions intelligentes" (*smart sanctions*), ciblées sur les dirigeants du régime fauteur de trouble, des entités non étatiques ou des personnes privées. Dès l'automne 1999, le Conseil de sécurité a appliqué ces sanctions modernisées au régime des Talibans qui contrôlaient à l'époque la plus grande partie de l'Afghanistan, ainsi qu'à Oussama ben Laden et à ses associés qui avaient trouvé refuge dans ce pays avec la complicité des Talibans. Suite aux attentats terroristes du 11 septembre 2001 et à l'effondrement du régime des Talibans, ce régime des sanctions – bien qu'il vise encore expressément les Talibans – est dirigé en réalité surtout contre Oussama ben Laden, le réseau Al-Qaida ainsi que les personnes et entités qui leur sont associées¹⁷. Les personnes visées sont frappées par un gel de leurs avoirs et de leurs ressources économiques ainsi que par une interdiction de voyage. Elles sont identifiées à travers une liste établie par un Comité des sanctions, un organe subsidiaire du Conseil de sécurité composé de représentants des Etats membres du Conseil.

La lutte contre le terrorisme étant devenue sans conteste un des défis majeurs en matière de paix et de sécurité internationales, le recours par le Conseil de sécurité à de telles sanctions apparaît légitime. Cependant, il est indispensable de placer des garde-fous, car ces sanctions ne visent pas seu-

17 Voir les rés. 1267 (1999), 1333 (2000) et 1390 (2002).

lement des dirigeants bien connus d'Al-Qaida qui revendiquent publiquement ce statut, mais aussi toutes les personnes qui sont *souçonnées d'appartenir ou de soutenir* l'organisation terroriste. Comment établir avec exactitude la liste des personnes visées et éviter que le filet volontairement large des sanctions n'enserme des innocents ?

Ces sanctions sont des mesures provisoires de police, et non de véritables sanctions pénales. Les personnes concernées sont privées de leur liberté de déplacement à l'extérieur des frontières du pays où elles résident. En revanche, le Conseil de sécurité n'impose pas qu'elles soient détenues. Quant aux avoirs et biens économiques, ils sont gelés, mais ils ne sont pas définitivement confisqués¹⁸. Cependant, à bien des égards, ces sanctions ont des effets similaires à une condamnation pénale. A l'égard des personnes qui affirment n'avoir aucun lien avec Al-Qaida, il s'agit manifestement de sanctions très lourdes, dont les effets sont aggravés par leur durée prolongée, la publicité donnée à la liste des personnes visées et le caractère infamant d'une association avec une organisation terroriste. Ces sanctions constituent, à n'en pas douter, de sérieuses restrictions aux libertés individuelles dont le maintien à l'égard de personnes qui contestent leur appartenance à l'organisation terroriste ne peut être justifié que si des précautions suffisantes ont été prises pour examiner sérieusement leur cas et entendre leur point de vue.

Le Comité des sanctions a établi une procédure de réexamen des cas individuels, décrite dans des "directives" adoptées le 7 novembre 2002 et amendées le 10 avril 2003. Cette procédure, constituée de plusieurs étapes, peut être résumée de la manière suivante :

- Le requérant (personne, entreprise ou entité figurant sur la liste du Comité des sanctions) doit présenter une demande de réexamen de son cas au gouvernement du pays dans lequel il réside et/ou dont il est le ressortissant.
- Le gouvernement auquel cette demande a été adressée (« gouvernement requis ») doit décider s'il veut exercer sa protection diplomatique et entamer des consultations bilatérales avec le ou les gouvernements qui ont proposé l'inscription sur la liste (« gouvernement(s) identifiant(s) »).
- Si le gouvernement requis souhaite donner suite à la demande de radiation de la liste, il doit chercher à convaincre le(s) gouvernement(s) identifiant(s) de présenter, conjointement ou séparément, une demande de

18 Il faut relever que le Conseil de sécurité a prévu, dans sa résolution 1452 (2002), que les autorités nationales peuvent accorder, moyennant une autorisation du Comité des sanctions, des dérogations et exemptions, afin de débloquer les fonds nécessaires à des dépenses de base (nourriture, logement, frais médicaux, impôts, etc.) ou à des dépenses extraordinaires.

radiation au Comité des sanctions ; il peut aussi présenter seul une telle demande.

- Le Comité des sanctions statue sur cette demande par consensus. Si, après des consultations, on ne parvient pas à un consensus, la question peut être soumise au Conseil de sécurité.

La procédure qui conduit à l'inscription sur la liste du Comité des sanctions et le mécanisme de réexamen qui vient d'être décrit sont, pour le moins, sommaires. Ils souffrent de plusieurs graves défauts :

- Premièrement, l'inscription est basée sur des faits ou éléments de preuve transmis par des Etats, le plus souvent par les Etats-Unis, et s'effectue à travers une procédure d'approbation tacite. Si dans un délai de 48 heures, aucun membre du Conseil de sécurité ne s'est opposé à l'inscription, celle-ci devient effective. Une fois un nom inscrit sur la liste, il n'est possible de le retirer qu'avec l'accord de tous les membres du Conseil de sécurité. Ces mécanismes sont manifestement sommaires. La brièveté de la procédure d'inscription et son caractère tacite empêchent un examen sérieux lors de l'inscription. Mais, une fois un nom inscrit, du fait de la règle de l'unanimité, les chances de succès d'un réexamen sont très réduites, voire inexistantes si l'Etat qui a demandé l'inscription fait partie du Conseil de sécurité et s'oppose à la radiation.
- Deuxièmement, les informations qui ont conduit à l'inscription sur la liste du Comité des sanctions proviennent le plus souvent de services de renseignements nationaux, avec tous les risques inévitables d'erreurs que cela implique. Ils sont généralement classés confidentiels ou secrets. Ni la personne visée, ni les Etats chargés d'appliquer les sanctions n'ont accès à ces renseignements. Comment, dans ces conditions, l'Etat qui est saisi d'une demande de radiation peut-il évaluer l'opportunité d'exercer sa protection diplomatique ? Et lorsqu'il décide d'agir, quelle utilité ont les consultations qu'il doit mener avec l'Etat qui a demandé l'inscription, si ce dernier n'a pas à communiquer les éléments de preuves dont il dispose ?
- Troisièmement, pourquoi la personne frappée par des sanctions et qui conteste avoir des liens avec Al-Qaida ne peut-elle pas s'adresser directement au Comité des sanctions et faire connaître son point de vue ? Ne serait-ce pas un moyen utile pour le Comité des sanctions de recueillir des informations, de les confronter à celles dont il disposait déjà et d'améliorer ainsi la fiabilité de la liste qu'il établit ? N'est-ce pas tout simplement une garantie minimale, indispensable au regard du droit d'être entendu, un droit qui est reconnu tant par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques que par les différentes conventions régionales de protection

des droits de l'homme ? Et si le Conseil de sécurité n'a pas la capacité de procéder à de telles auditions et au réexamen des cas, pourquoi ne délègue-t-il pas cette tâche à un panel *ad hoc*, composé d'experts ayant des connaissances et une formation adéquates¹⁹ ?

Le Conseil de sécurité doit impérativement revoir ces procédures d'inscription et de réexamen des listes des personnes et entités visées par des sanctions. Après le temps des mesures d'urgence, le moment est venu de construire ces listes sur des bases plus fiables et plus respectueuses des droits de la personne humaine. Sont en cause la légitimité, mais aussi l'efficacité de ce régime de sanctions. Si ces procédures ne sont pas améliorées, les sanctions risquent de perdre de leur crédibilité auprès des Etats membres. Elles risquent, en outre, d'être attaquées avec succès devant les tribunaux. Les juridictions nationales ou internationales qui commencent – sur recours des personnes intéressées – à examiner cette situation ne se satisferont peut-être plus très longtemps du fait que les Etats membres de l'ONU doivent appliquer les résolutions du Conseil de sécurité. La règle de la primauté de la Charte des Nations Unies, consacrée expressément à l'article 103 de la Charte, établit clairement que les obligations des Etats membres au titre de la Charte l'emportent sur toute autre obligation de droit conventionnel. Cette primauté s'étend incontestablement, en vertu de l'article 25 de la Charte, aux décisions contenues dans une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du Chapitre VII de la Charte. Cependant, cette primauté de la Charte ne protège les résolutions du Conseil de sécurité d'un contrôle judiciaire que pour autant que celles-ci ne soient pas contraires au *jus cogens*, c'est-à-dire à ce corps de règles hiérarchiquement supérieures du droit international général auquel les Etats ne peuvent déroger. En d'autres termes, les juridictions nationales ou internationales peuvent être amenées à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*.

Dans un arrêt récent, le Tribunal de première instance des Communautés européennes vient de s'engager dans cette voie en établissant clairement la possibilité d'un tel contrôle de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité²⁰. En exerçant ce contrôle, le Tribunal a examiné les griefs des requérants et estimé qu'il n'y avait pas eu de violation du noyau impératif

19 Les experts désignés devraient avoir des compétences en matière de droit pénal et administratif et de droit international (y compris des droits de l'homme) et avoir de l'expérience ou être formés au traitement d'informations provenant des services de renseignements.

20 Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes, du 21 septembre 2005, dans la cause *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission* (T-315/01).

des droits de l'homme. Cette décision ne marque pas la fin de la procédure, puisque les deux requérants ont décidé de faire appel devant la Cour de justice des Communautés européennes. Elle fera probablement l'objet d'un appel devant la Cour de justice des Communautés européennes. Par ailleurs, d'autres juridictions, notamment au niveau national, sont saisies de cas similaires et devront se prononcer prochainement.

Pour éviter des décisions judiciaires remettant en cause les sanctions ou compliquant leur mise en œuvre par les Etats membres, il est essentiel que le Conseil de sécurité mette le mécanisme des sanctions à l'abri de toute critique en améliorant rapidement les procédures d'inscription et de réexamen. Il en va non seulement du respect des droits fondamentaux de la personne humaine, mais aussi de la solidité et de la crédibilité des sanctions, qui constituent un outil important dans l'action du Conseil. Le document final du Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres de l'ONU, qui s'est tenu à New York à la mi-septembre 2005, contient un appel exprès adressé au Conseil de sécurité à améliorer lesdites procédures²¹.

* * *

Libéré des vieux antagonismes idéologiques de la guerre froide, le Conseil de sécurité peut aujourd'hui mieux assumer les responsabilités qui lui incombent dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il a développé à cet effet de nouveaux instruments et retrouvé une marge de manœuvre précieuse. Il doit cependant veiller à ne pas s'égarer sur des terrains qui ne sont pas les siens, qui l'éloignent du cœur de son mandat et dénaturent son rôle.

Ces derniers mois, les membres de l'ONU ont discuté avec passion de l'opportunité d'un élargissement du Conseil de sécurité et des différents modèles en compétition. Ce débat, aussi important soit-il, ne doit pas faire passer à

21 Document final du Sommet mondial de 2005, ONU Doc. A/60/L.1, par. 109. "Prenant appui sur cette recommandation du Sommet mondial de 2005, dont le texte a été agréé par tous les Etats membres de l'ONU, l'Allemagne, la Suède et la Suisse ont travaillé ensemble à l'élaboration de propositions concrètes. Ces propositions sont contenues dans un rapport présenté au printemps 2006 devant le Conseil de sécurité (*Strengthening Targeted Sanctions Through Fair and Clear Procedures*, Watson Institute for International Studies, Brown University, 2006). A ce sujet, voir l'intervention du représentant permanent de la Suisse auprès de l'ONU faite le 30 mai 2006 devant le Conseil de sécurité au nom des trois pays susmentionnées (ONU Doc. CS/8370; http://www.eda.admin.ch/newyork_miss). Dans un note informelle adressée au Conseil le 15 juin 2006, le Secrétaire général des Nations Unies a pris position en faveur d'une adaptation rapide des procédures existantes, afin d'assurer le respect de certaines garanties minimales, notamment le droit d'être informé, celui d'être entendu ainsi que le droit à un mécanisme de réexamen effectif.

l'arrière-plan l'autre partie de la réforme à mener : l'amélioration des méthodes de travail du Conseil de sécurité. Il convient de poursuivre les efforts engagés ces dernières années en vue d'assurer une plus grande transparence, de renforcer les possibilités de participation des Etats non membres et de faire en sorte que le Conseil de sécurité réponde mieux de son action devant l'ensemble des membres de l'ONU²². Cette réforme est importante pour tous les pays – et ils constituent l'immense majorité de l'Organisation – qui n'ont que des occasions très rares de siéger au sein du Conseil. Des propositions intéressantes sont sur la table. Elles portent à la fois sur une meilleure définition du rôle du Conseil de sécurité, le renforcement des relations entre le Conseil et l'Assemblée générale, l'utilisation du droit de veto, le travail des organes subsidiaires et la mise en œuvre des décisions²³. Ces propositions, si elles aboutissaient, contribueraient à renforcer la légitimité des décisions prises par le Conseil et, du même coup, à mieux assurer leur respect par les Etats membres et leur efficacité. Ces propositions méritent un examen sérieux.

22 Voir le Document final du Sommet, ONU Doc. A/60/L.1, par. 154.

23 Voir notamment le projet de résolution, déposé en mars 2006 devant l'Assemblée générale des Nations Unies par la Suisse, le Liechtenstein, Singapour, la Jordanie, et le Costa Rica (ONU Doc. A/60/L.49). Ce projet de résolution, qui fait la synthèse des travaux de ces dernières années au sujet des méthodes de travail du Conseil de sécurité, a relancé les travaux en cours à ce sujet au sein du Conseil.

LIST OF CONTRIBUTORS
LISTE DES CONTRIBUTEURS

Georges Abi-Saab

Professeur honoraire à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève; membre de l'Institut de Droit international

Nisuke Ando

Professor at the Doshisha University, Kyoto ; member of the *Institut de Droit international*

Mahnoush H. Arsanjani

Deputy Director, Codification Division, Office of Legal Affairs, United Nations ; associate member of the *Institut de Droit international*

Robert Badinter

Sénateur et ancien ministre de la Justice de la République française ; président de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE

Julio A. Barberis

Professeur à l'Universidad Austral, Buenos Aires ; membre de l'Institut de Droit international

Ireneu Cabral Barreto

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Georges S. Baur

Dr. iur., Deputy Head of the Mission of Liechtenstein to the EU

Vincent Berger

Jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme ; professeur au Collège d'Europe

Romualdo Bermejo García

Professeur de droit international public, Université de León (Espagne)

Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Cafisch, pp. 1211-1217.

© 2007 Koninklijke Brill NV, Leiden.

Printed in The Netherlands.

Andrea Bianchi

Professor of International Law, Graduate Institute of International Studies,
Geneva

Laurence Boisson de Chazournes

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève et professeure
invitée à l'Institut universitaire de hautes études internationales

Hugo Caminos

Judge, International Tribunal of the Law of the Sea, member of the *Institut
de Droit international*

Antônio Augusto Cançado Trindade

Ph.D. (Cambridge) in International Law; Judge and Former President of the
Inter-American Court of Human Rights; Professor of International Law at
the University of Brasilia, Brazil; Doctor *Honoris Causa* at distinct Universities
in Latin America; member of the *Institut de Droit international*

Jérôme Candrian

Avocat, licencié sp. en droit international et européen (Louvain), docteur en
droit

Andrew Clapham

Professor of International Law, Graduate Institute of International Studies,
Geneva

Benedetto Conforti

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme ; membre de l'Institut de
Droit international

Jean-Paul Costa

Juge et Vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme

Christian Dominicé

Professeur honoraire de l'Université de Genève et de l'Institut universitaire
de hautes études internationales ; membre de l'Institut de Droit international

Pierre-Marie Dupuy

Professeur à l'Université de Paris II et à l'Institut universitaire européen,
Florence

Bernard Dutoit

Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, ancien directeur du Centre de droit comparé et européen

Christian Franz

Cand. Jur., Ludwig Maximilians University Munich

Philippe Gautier

Greffier, Tribunal international du droit de la mer ; professeur, Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve)

Stéphane Gervasoni

Maître des requêtes au Conseil d'État et référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes

Blaise Godet

Ambassadeur, représentant permanent de la Suisse auprès des Organisations internationales à Genève

Vera Gowlland-Debbas

Professor of Public International Law, Graduate Institute of International Studies, Geneva

Gerhard Hafner

Professor of International and International Economic Law at the University of Vienna, Director of the Department of European, International and Comparative Law, Associate member of the *Institut de Droit international*, former member of the International Law Commission

John Hedigan

Judge, European Court of Human Rights

Charles-Edouard Held

Docteur en droit, Ambassadeur de Suisse en République Arabe d'Égypte

Vladimir Ibler

Honorary Professor, University of Zagreb

Jean-Michel Jacquet

Professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève

Maurice K. Kamga

Neuvième lauréat de la dotation Hamilton S. Amerasinghe pour le droit de la mer ; docteur en droit international (IUHEI, Genève) ; diplomate (ministère des Relations extérieures, Yaoundé, Cameroun).

Martina Keller

Chef de division au Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme

Marcelo G. Kohen

Professor of International Law, Graduate Institute of International Studies, Geneva

Robert Kolb

Professeur de droit international public, Universités de Neuchâtel et Berne

Mathias-Charles Krafft

Ancien ambassadeur ; professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Chava Eve Landau

Former Professor at the Faculty of Law, Tel Aviv University

Ruth Lapidot

Professor Emeritus of the Hebrew University of Jerusalem, Professor at the Law School of the College of Management; senior researcher at the Jerusalem Institute for Israel Studies

Jürg Lindenmann

Doctor in law, Attorney-at-law, Deputy Legal Advisor of the Swiss Federal Department of Foreign Affairs, Lecturer at the University of Fribourg Switzerland

Malcolm Maclaren

M.A., LL.M., Research Fellow at the Institute for Public International and Comparative Constitutional Law at the University of Zürich

Paul Mahoney

Registrar of the European Court of Human Rights

Stephen C. McCaffrey

University of the Pacific, McGeorge School of Law, Sacramento, California, USA ; Former member and Chair of the ILC.

Djamchid Momtaz

Professeur de droit international à l'Université de Téhéran ; membre de la Commission du droit international et membre associé de l'Institut de Droit international

Mutoy Mubiala

Fonctionnaire au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Genève

Egbert Myjer

Judge, European Court of Human Rights

José Antonio Pastor Ridruejo

Professeur émérite à l'Université Complutense de Madrid ; ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme ; membre de l'Institut de Droit international

Alain Pellet

Professeur à l'Université Paris X-Nanterre ; membre et ancien président de la CDI

Matti Pellonpää

Judge, European Court of Human Rights

Pilar Pozo Serrano

Professeur de droit international public, Université de Valencia (Espagne).

Jean-Pierre Puissechet

Conseiller d'État honoraire et juge à la Cour de justice des Communautés européennes

Heinrich B. Reimann

Docteur en droit, ancien ambassadeur de Suisse

W. Michael Reisman

McDougal Professor of International Law, Yale University

Ernesto J. Rey Caro

Honorary Professor, National University of Cordoba

Christos L. Rozakis

Judge, European Court of Human Rights

Jean Salmon

Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles, membre de l'Institut de Droit international

Dan Sarooshi

Herbert Smith Reader in International Law, Faculty of Law, University of Oxford; Fellow in Law, The Queen's College, Oxford

Dietrich Schindler

Professor Emeritus, University of Zurich; emeritus member of the *Institut de Droit international*

Paul Seger

Docteur en droit, juriconsulte et chef de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), Berne

Daphna Shraga

Principal Legal Officer, Office of the Legal Counsel, Office of Legal Affairs, United Nations

Krzysztof Skubiszewski

Honorary Professor at the Institute of Law of the Polish Academy of Sciences

Brigitte Stern

Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, professeur associé à l'Institut de hautes études internationales, Genève

Daniel Thürer

Dr. iur., LL.M., Dr. rer. publ. h.c., Professor of Law and Head of the Institute for Public International and Comparative Constitutional Law at the University of Zürich

Christian Tomuschat

Honorary Professor, Faculty of Law, Humboldt-University of Berlin; member of the *Institut de Droit international*

Tullio Treves

Judge at the International Tribunal for the Law of the Sea; member of the *Institut de Droit international*

Rıza Türmen

Judge, European Court of Human Rights

Nina Vajić

Judge, European Court of Human Rights

Jean-Daniel Vigny

Ministre, Mission permanente de la Suisse auprès des Organisations internationales à Genève

Mark E. Villiger

Judge, European Court of Human Rights

François Voeffray

Docteur en relations internationales (droit international), IUHEI, Genève. Conseiller diplomatique à la Division des Nations Unies du Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse

Budislav Vukas

Former Judge and Vice-President of the International Tribunal for the Law of the Sea; Professor at the Law Faculty, University of Zagreb ; member of the *Institut de Droit international*

Claudia Westerdiek

Greffière de section à la Cour européenne des droits de l'homme

Luzius Wildhaber

Juge et Président de la Cour européenne des Droits de l'Homme; membre de l'Institut de Droit international

Rüdiger Wolfrum

President of the International Tribunal for the Law of the Sea; Director at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg

Eric Wylser

Chargé de cours invité à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève

TABLE OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS*

TREATIES

- 1648 Peace Treaties of Westphalia 1061
1856 Treaty of Paris 907
1856 Treaty between Spain and France 681
1857 Copenhagen Treaty 804
1858 Treaty between Costa Rica and Nicaragua 681
1861 Treaty between Switzerland and Italy 680
1864 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in
Armies in the Field 48, 447
1864 Treaty between Spain and Portugal 680
1869 Treaty between Britain and the United States (Johnson-Clarendon Convention)
448
1870 Treaty between Peru and Colombia 724 n. 28
1871 Protocol of London 907
1871 Treaty of Washington 449-450, 989 n. 71
1899 Hague Conventions 38-39, 255 n. 1, 437 n. 3, 446, 454
1901 Treaty between France and Spain 681 n. 25, 683 n. 36
1906 Treaty between France and Great Britain 683 n. 37
1907 Hague Convention (I) for the Pacific Settlement of International Disputes 1179
n. 12
1907 Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and
annexed Regulations 38-39, 308, 308 n. 8
1907 Hague Convention (IX) concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War
308 n. 8
1909 Treaty between the United States and Great Britain 691 n. 22
1919 Treaty of Versailles 688
1921 Statute of Barcelona on the Regime of Navigable Waterways of International
Concern 688
1923 Customs Treaty between Liechtenstein and Switzerland 1019 n. 5
1923 Convention on the International Regime of Maritime Ports 1180 n. 16, 1191
n. 54
1923 Convention relative to the Development of Hydraulic Power Affecting More than
One State 693 n. 30
1926 Treaty between France and Siam 689 n. 15, 690 n. 17
1928 General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy
1040
1929 Latran Treaty 1061
1929 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War 39
1930 Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality
Laws 1139
1933 Pact Saavedra Lamas 1040
1936 Montreux Convention on the Regime of the Turkish Straits 804

* Prepared by Mrs. Julie Gaudreau, PhD Candidate, Graduate Institute of International Studies, Geneva.

- 1942 Protocol of Rio de Janeiro 679
- 1944 Protocol between the Soviet Union, the United States and Great Britain 907
- 1945 Charter of the United Nations 8, 38 n. 19, 52 n. 79, 113 n. 62, 118 n. 81, 401-402, 505, 606, 708, 711, 715, 838, 932, 1039 n. 5, 1191-1192, 1197, 1197 n. 4, 1201, 1201 nn. 12-13, 1203, 1207
- Statute of the International Court of Justice 35 n. 5, 604, 607, 753, 832, 899-901, 919, 921, 977 n. 18, 978, 1049 n. 45, 1106 n. 36
- 1945 London Agreement (Charter of the International Military Tribunal) 35, 41 n. 34, 45 n. 44, 46 n. 56, 48, 48 nn. 61, 63
- 1945 Constitution of the UNESCO 303
- 1947 Treaty of Paris (Peace Treaty with Italy) 775
- 1948 Charter of the Organization of American States 1041
- 1948 Convention regarding the Regime of Navigation on the Danube 688
- 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 43, 49, 316 n. 4, 355, 355 n. 6, 466 n. 22, 467, 575, 909
- 1949 Geneva Conventions for the Protection of War Victims 39, 100, 137, 257, 260 n. 14, 309-310, 355, 401-402, 406, 464-467, 707, 839 n. 6, 991, 1183, 1188
- 1950 European Convention on Human Rights 13, 57-58, 58 nn. 6-7, 59, 66, 153 n. 4, 171, 179, 191-192, 281, 371, 371 n. 6, 372 n. 8, 404, 536-538, 603 n. 3, 607, 608 n. 19, 610 n. 28, 640, 1003 n. 1, 1004 n. 5, 1026 n. 38, 1071, 1193
- Protocol No. 1 61-62, 79, 90, 182 n. 5, 268, 270-273, 279, 282, 293-294, 296, 346-347, 349, 554 n. 17, 587-588, 591
 - Protocol No. 2 202
 - Protocol No. 3 106 n. 37, 183, 257
 - Protocol No. 4 182, 182 n. 5, 183-184, 345
 - Protocol No. 5 106 n. 37
 - Protocol No. 6 182, 182 n. 5, 190
 - Protocol No. 7 182, 182 n. 5, 183-184
 - Protocol No. 8 358
 - Protocol No. 9 372, 372 n. 8, 375
 - Protocol No. 11 83-84, 86, 89, 180, 182, 186, 235, 237-238, 240-241, 287 n. 19, 373-374, 607, 611, 611 nn. 30, 31, 612-613, 615, 617 n. 49, 645-647, 812, 1011
 - Protocol No. 12 182, 182 n. 5
 - Protocol No. 13 182, 182 n. 5
 - Protocol No. 14 81-83, 85-86, 88, 90-91, 252-253, 373-374, 374 n. 13, 647-649, 653
- 1951 Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC Treaty) 58
- 1951 Convention relating to the Status of Refugees 100
- 1953 Protocol between Yugoslavia and Albania 680
- 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and 1954 and 1999 Protocols 255-258, 258 n. 12, 260-261, 262 n. 15, 264 n. 19, 266, 309 n. 9
- 1954 Mekong Regime Convention 689 n. 16
- 1955 Treaty between Libya and France 774
- 1957 Treaty establishing the European Economic Community (Treaty of Rome) 58-59, 61-62, 73, 74 n. 34, 1078
- 1957 Treaty establishing the European Atomic Energy Community (Euratom Treaty) 1161
- 1957 Agreements between Bolivia and Peru 681
- 1958 Geneva Convention on the High Seas 728 n. 56
- 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone 761, 911
- 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf 778, 914
- 1958 Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas 824, 909, 911
- 1959 Agreement on the Privileges and Immunities of the International Atomic Energy Agency 471

- 1959 Antarctic Treaty and 1991 Protocol on Environmental Protection 809, 809 n. 1, 810-812, 812 n. 13, 814-815 n. 25, 816, 818-819
- 1960 UNESCO Convention against Discrimination in Education 283
- 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations 10, 469
- 1961 European Social Charter 283
- 1962 Agreement between the Republic of Indonesia and the Kingdom of the Netherlands concerning West New Guinea (West Irian) 484 n. 12
- 1962 Agreement between France and Luxembourg 1179
- 1963 Vienna Convention on Consular Relations and Optional Protocol 897-898, 922-923, 1179 n. 14
- 1963 Niamey Act regarding Navigation and Economic Co-operation between the States of the Niger Basin 313
- 1965 Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States 1127
- 1965 International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination 202, 903 n. 21
- 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 17, 201, 283, 302, 552, 554 nn. 17-18, 558 n. 25, 564, 707, 791 nn. 45, 47, 793, 794 n. 59, 795, 903 n. 21, 1097
- 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol 17-19, 275, 283, 302, 359, 367, 402, 404, 406, 508, 552, 554 nn. 17-18, 558 n. 25, 564, 791 nn. 45, 794 n. 59, 903 n. 21, 1071, 1206
- 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity 42 n. 38
- 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties 180 n. 1, 214, 430, 619, 876, 888 n. 45, 959, 1180 n. 17
- 1969 American Convention on Human Rights 359-360, 360 n. 24, 367, 387, 611, 611 n. 33, 916, 1191 n. 53
- 1969 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage and Protocols 1180 n. 15
- 1969 International Convention relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties 1191 n. 52
- 1969 Convention on Special Missions 469, 1070
- 1971 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (as amended) 1020
- 1972 Treaty between Germany and Austria 675 n. 9
- 1972 Convention relative to the Statute of the Senegal River 689, 689 n. 14
- 1973 Treaty of the River Plate 681, 682 n. 33, 690, 690 n. 20
- 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons 536
- 1976 Convention on the Protection of the Rhine against Pollution by Chlorides and 1991 Additional Protocol 785 n. 18
- 1976 Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification Techniques 1183 n. 27
- 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International (Protocol I) and Non-International (Protocol II) Armed Conflicts 39, 100, 223, 310, 406
- 1978 Treaty for Amazonian Cooperation 690
- 1978 Convention relating to the Creation of the Gambia River Basin Development Organization 682
- 1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties 661-662
- 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 202, 231 n. 77, 701, 903, 903 n. 21
- 1981 African Charter of Human and Peoples' Rights 369, 387
- 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea 9, 675, 717-718, 735, 737 n. 101, 754-755, 757, 757 n. 28, 759-765, 800-801, 801 n. 5, 802, 803 n. 9, 804, 806-807,

- 927-929, 930 nn. 10, 14, 934, 936, 938, 938 n. 38, 939, 939 n. 40, 940-942, 942 n. 46, 945-946, 946 n. 49, 947-949, 949 n. 51, 1187, 1187 n. 41
- 1983 Council of Europe Convention on the Transfer of Sentenced Persons and 1997 Additional Protocol 416
- 1984 Mundat Agreement 679 n. 16
- 1984 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 159, 201-202, 204, 355, 355 n. 8, 366, 385, 417, 458, 460-462, 466, 522, 524, 574, 1185 n. 37
- 1985 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture 387
- 1986 United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships 722 n. 22, 725, 731 n. 72
- 1987 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 387
- 1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation 1181
- 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation 1181 n. 19
- 1989 ILO Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 205
- 1989 Convention on the Rights of the Child 202, 283-285, 903 n. 21
- 1990 Schengen Convention 1158, 1160
- 1991 Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context 811, 811 n. 8, 816
- 1991 Treaty of Asuncion (Mercosur) 993, 999-1000
- 1991 Agreement on a Comprehensive Political Settlement of the Cambodia Conflict 485 n. 15, 489 n. 28
- 1991 Protocol of Brasilia for the Solution of Controversies in Mercosur 993, 997-998
- 1992 Treaty on European Union (Maastricht Treaty) 61, 61 n. 12, 72, 1158, 1161
- 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes and Protocols 697 n. 49, 698, 1176 n. 6
- 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change 1177, 1185
- 1992 Convention on Biological Diversity 1177
- 1992 Stockholm Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE 837 n. 2, 892-893
- 1993 Convention on the Prohibition of Chemical Weapons 891
- 1993 United Nations International Convention on Maritime Liens and Mortgages 726
- 1993 Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas 729 n. 62, 937-938, 938 nn. 37, 39, 939 n. 40, 944
- 1994 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 156
- 1994 General Agreement on Trade in Services (GATS) 156
- 1994 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 156
- 1994 Agreement on the Protection of the River Meuse 699 n. 60
- 1994 Oslo Protocol on Further Reduction of Sulphur Emissions 1184
- 1994 Convention on Co-operation for the Protection and Sustainable Use of the River Danube 699 n. 58
- 1994 Energy Charter Treaty 906, 1088-1089
- 1995 United Nations Agreement relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks 729 n. 62, 827, 937, 937 nn. 30, 36, 938, 938 nn. 38, 39, 939-941, 941 n. 44, 942-947
- 1995 Dayton-Paris General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina 311, 486, 486 nn. 20, 21
- 1996 Treaty between Argentina and Uruguay 683
- 1996 Protocol to the 1972 Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter 937, 937 n. 36
- 1997 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity with regard to the Application of Biology and Medicine 418

- 1997 Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses 694-696, 696 n. 47, 697-698, 702, 781, 783
- 1997 Treaty of Amsterdam 1158-1161, 1163, 1165-1167
- 1998 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights 376 n. 17
- 1998 Statute for an International Criminal Court (Rome Statute) 5, 5 n. 7, 12, 37-38, 40, 42-43, 43 n. 41, 45, 47, 49, 51, 51 n. 73, 52, 125, 213-214, 214 n. 4, 218 n. 30, 219-221, 221 n. 42, 222-224, 226-227, 227 n. 66, 233 n. 86, 234, 250-251, 256-257, 257 n. 10, 260 n. 14, 315, 315 n. 1, 317, 317 n. 7, 320 n. 14, 325 n. 21, 326, 328, 328 n. 24, 357 nn. 14-15, 364 n. 39, 365, 421, 426-427, 428 n. 19, 431, 433-434, 472, 514
- 1999 Convention on the Protection of the Rhine 699 n. 59
- 1999 Agreement between the Republic of Indonesia and the Portuguese Republic on the Question of East Timor 494 n. 43
- 1999 Military-Technical Agreement between the International Security Force (KFOR) and the Governments of the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Serbia 494 n. 43
- 2000 Revised Protocol on Shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community 695
- 2000 Charter of Fundamental Human Rights of the European Union 171, 283, 283 n. 15
- 2000 Agreement between Eritrea and Ethiopia 768
- 2000 Framework Agreement for the Conservation of the Living Marine Resources on the High Seas of the South-Eastern Pacific 937-938, 938 n. 37, 939 n. 40, 944
- 2000 Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean 937, 937 n. 36, 938, 938 nn. 38, 39, 942, 946
- 2001 Treaty of Nice 1164, 1166-1167, 1172
- 2001 Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean 937, 937 n. 36, 938, 938 n. 38, n. 39, 939, 942-946
- 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 283, 286, 937, 937 n. 36, 938 n. 38, 939, 941, 941 nn. 44, 45, 944-945
- 2001 Agreement between the Federal Republic of Yugoslavia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia on Border Demarcation 491 n. 38
- 2002 Protocol of Olivos for the Settlement of Disputes in Mercosur 993
- 2002 Senegal River Water Charter 696
- 2003 Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters 698
- 2004 Treaty establishing a Constitution for Europe 191 n. 27, 1157, 1159-1160

SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS

- SC Res. 54 of 15 July 1948 1108
- SC Res. 169 of 24 November 1961 482
- SC Res. 186 of 4 March 1964 482
- SC Res. 237 of 14 June 1967 1108 n. 49
- SC Res. 242 of 22 November 1967 1108
- SC Res. 271 of 15 September 1969 1108 n. 49
- SC Res. 298 of 25 September 1971 1109 n. 50
- SC Res. 338 of 22 October 1973 1108
- SC Res. 425 of 19 March 1978 482, 482 n. 8
- SC Res. 446 of 22 March 1979 1109 n. 50
- SC Res. 452 of 20 July 1979 1109 n. 51
- SC Res. 465 of 1 March 1980 1109 n. 51
- SC Res. 476 of 30 June 1980 1109

- SC Res. 478 of 20 August 1980 1109 n. 50
 SC Res. 681 of 20 December 1990 1108 n. 50
 SC Res. 687 of 3 April 1991 1179 n. 13, 1203
 SC Res. 757 of 30 May 1992 734
 SC Res. 787 of 16 November 1992 357 n. 16, 733
 SC Res. 799 of 18 December 1992 1108 n. 49
 SC Res. 808 of 22 February 1993 45 n. 46, 47, 473 n. 51, 1188 n. 44, 1198 n. 7
 SC Res. 814 of 26 March 1993 48 n. 11
 SC Res. 820 of 17 April 1993 70
 SC Res. 827 of 25 May 1993 45 n. 46, 256 n. 3, 316 n. 5, 472, 1188 n. 44
 SC Res. 885 of 16 November 1993 483 n. 11
 SC Res. 904 of 18 March 1994 1108 n. 49
 SC Res. 935 of 1 July 1994 357 n. 16
 SC Res. 955 of 8 November 1994 256 n. 3, 316 n. 5, 357 n. 16, 1188 n. 45, 1198 n. 8
 SC Res. 1177 of 26 June 1998 769
 SC Res. 1244 of 10 June 1999 487, 490, 492 nn. 38-39, 42
 SC Res. 1265 of 17 September 1999 354 n. 3
 SC Res. 1267 of 15 October 1999 1204 n. 17
 SC Res. 1272 of 25 October 1999 487
 SC Res. 1315 of 4 August 2000 361
 SC Res. 1318 of 7 September 2000 354 n. 3
 SC Res. 1322 of 7 October 2000 1109 n. 50, 1114
 SC Res. 1333 of 19 December 2000 1204 n. 17
 SC Res. 1368 of 12 September 2001 1095-1096
 SC Res. 1373 of 28 September 2001 1096, 1200
 SC Res. 1379 of 20 November 2001 354 n. 3
 SC Res. 1390 of 16 January 2002 1204 n. 17
 SC Res. 1422 of 12 July 2002 52
 SC Res. 1441 of 8 November 2002 145
 SC Res. 1452 of 20 December 2002 1205 n. 18
 SC Res. 1515 of 19 November 2003 841, 1109 n. 53, 1112
 SC Res. 1540 of 28 April 2004 1200
 SC Res. 1547 of 11 June 2004 102 n. 28, 110, 110 n. 48
 SC Res. 1556 of 30 July 2004 97 n. 13, 108 n. 44, 109 n. 45, 110, 123, 123 n. 104
 SC Res. 1564 of 18 September 2004 93 n. 1, 97 n. 13, 108 n. 44, 109 n. 45, 123, 1111 n. 54, 1112 n. 57, 432
 SC Res. 1566 of 8 October 2004 381 n. 2, 1200
 SC Res. 1574 of 19 November 2004 111
 SC Res. 1590 of 24 March 2005 118
 SC Res. 1591 of 29 March 2005 122
 SC Res. 1593 of 31 March 2005 125 n. 111, 136 n. 113, 317 n. 8, 333, 432-433, 433 n. 42, 1198 n. 10
 SC Res. 1595 of 7 April 2005 1199 n. 11

GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS

- GA Res. 177 (II) of 21 November 1947 37 n. 11
 GA Res. 181 (II) of 29 November 1947 1101-1102, 1102 n. 24, 1103
 GA Res. 194 (III) of 11 December 1948 1102 n. 24
 GA Res. 217 A (III) of 10 December 1948 (Universal Declaration of Human Rights) 100, 198, 282 n. 3, 640
 GA Res. 273 (III) of 11 May 1949 1102 n. 24
 GA Res. 377 A (V) of 3 November 1950 (Uniting for Peace) 839, 1110-1112
 GA Res. 489 (V) of 12 December 1950 37 n. 12

- GA Res. 688 (VII) of 20 December 1952 37 n. 13
GA Res. 897 (IX) of 4 December 1954 (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind) 37 n. 14
GA Res. 898 (IX) of 14 December 1954 37 n. 15
GA Res. 1514 (XV) of 15 December 1960 (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples) 1103
GA Res. 1803 (XVII) of 14 December 1962 708
GA Res. 1752 (XVII), 21 September 1962 484
GA Res. 2145 (XXI) of 27 October 1966 1115
GA Res. 2535 (XXIV) of 10 December 1969 1103 n. 26
GA Res. 2625 (XXV) of 24 October 1970 ('Friendly Relations Declaration') 1042, 1103-1104
GA Res. 2628 (XXV) of 4 November 1970 1103 n. 26
GA Res. 2669 (XXV) of 8 December 1970 694 n. 35
GA Res. 2672 C (XXV) of 8 December 1970 1103 n. 26
GA Res. 3210 (XXIX) of 14 October 1974 1103 n. 27
GA Res. 3236 (XXIX) of 22 November 1974 1103 n. 27
GA Res. 3237 (XXIX) 22 November 1974 1103 n. 27
GA Res. 3314 (XXIX) of 14 December 1974 (Definition of Aggression) 37 n. 16, 1182 n. 25
GA Res. 3336 (XXIX) of 17 December 1974 1104 n. 28
GA Res. 3452 (XXX) of 9 December 1975 1185 n. 36
GA Res. 32/161 of 8 December 1977 1104 n. 28
GA Res. 34/70 of 6 December 1979 1110
GA Res. 34/169 of 17 December 1979 (Code of Conduct for Law Enforcement Officials) 386
GA Res. 35/169B of 15 December 1980 1110
GA Res. 36/106 of 10 December 1981 (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind) 37 n. 17
GA Res. 37/194 of 18 December 1982 (Principles of Medical Ethics) 386
GA Res. 42/22 of 18 November 1987 (Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations) 1042
GA Res. 43/173 of 9 December 1988 (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment) 386
GA Res. 43/177 of 15 December 1988 1104
GA Res. 45/111 of 14 December 1990 (Basic Principles for the Treatment of Prisoners) 386
GA Res. 46/134 of 17 December 1991 1182 n. 23
GA Res. 46/182 of 19 December 1991 100
GA Res. 47/133 of 18 December 1992 (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) 354 n. 5
GA Res. 48/31 of 9 December 1993 223
GA Res. 48/158D of 20 December 1993 1103 n. 26
GA Res. 51/160 of 16 December 1996 1133
GA Res. 51/190 of 16 December 1996 1104 n. 28
GA Res. 52/250 of 7 July 1998 1103 n. 27
GA Res. 54/230 of 22 December 1999 1104 n. 28
GA Res. 55/2 of 8 September 2000 (Millennium Declaration) 702, 796 n. 70
GA Res. 55/55 of 1 December 2000 1109 n. 53
GA Res. 56/83 of 12 December 2001 (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) 159 n. 26, 569, 1140 n. 34, 1182 n. 24, 1189 n. 48, 1192 n. 55
GA Res. 56/204 of 21 December 2001 1104 n. 28
GA Res. 57/107 of 3 December 2002 1100
GA Res. ES-10/13 of 27 October 2003 1097
GA Res. 58/14 of 24 November 2003 731 n. 73

GA Res. ES-10/14 of 8 December 2003	839 n. 6, 939 n. 6, 1097, 1106 n. 36
GA Res. 58/163 of 22 December 2003	1103 n. 26
GA Res. 58/229 of 23 December 2003	1104
GA Res. 58/240 of 23 December 2003	731 n. 73
GA Res. ES-10/15 of 20 July 2004	1117
GA Res. 59/24 of 17 November 2004	731 n. 73, 732 n. 74, 738 n. 104
GA Res. 59/25 of 17 November 2004	737 n. 101, 731 n. 73, 738 n. 104
GA Res. 59/31 of 31 January 2005	1117

INDEX*

- Administrative tribunals 177, 951-971
African Court of Human and Peoples' Rights 387
African Union 376 n. 20, 663, 771
Aggression 36, 159, 426, 428 n. 19, 429, 758, 1038 n. 4, 1042, 1042 n. 19, 1045-1046, 1048, 1052, 1112, 1182-1183
Airspace 47, 185, 674
Aliens 10, 10 n. 23, 11, 89, 172 n. 2, 190, 264, 365, 456, 462, 511 n. 1, 526, 533, 542, 689 n. 14, 712, 724, 731 n. 71, 734, 738, 739, 741 n. 113, 743, 858, 986 n. 56, 1073-1074, 1121, 1125, 1135-1136, 1143, 1145, 1147
Amnesties 353-355, 361-368, 368 n. 49, 513 n. 5
Antarctica 8, 809-813, 813 n. 14, 814, 814 n. 20, 815, 815 n. 25, 816-817, 819
Arbitration 139 n. 30, 450, 664 n. 13, 666, 706, 726, 730, 730 n. 65, 744, 744 n. 129, 762 n. 36, 767, 768 n. 7, 770, 778 n. 45, 790 n. 43, 930 n. 10, 931 n. 14, 976, 980, 987, 987 nn. 62-63, 988, 988 nn. 65-66, 989, 1061 n. 18, 1063, 1126, 1127 n. 14, 1128, 1128 n. 15, 1129 n. 17, 1130 n. 22, 1133 n. 3, 1135 n. 7, 1138 n. 23, 1139 n. 28, 1140 n. 31, 1146 n. 59-61, 62, 1176 n. 5
Archipelagic waters 674, 761, 761 n. 34
Armed conflict 138, 139 n. 29, 159, 258 n. 12, 264 n. 19, 308 n. 7, 309 n. 9, 421, 429 n. 23, 435 n. 47, 436 n. 50, 489 n. 30, 497 n. 45, 576 n. 31, 589, 1040 n. 8, 1047, 1097
Armed forces 136, 138, 152, 310, 442, 447, 454, 480 n. 4, 1108
Asylum seekers 154, 154 n. 8, 340
Attribution 130-132, 134-137, 137 n. 26, 138-139, 139 n. 29, 141, 145-147, 147 n. 51, 149, 727 n. 48
Aut dedere aut judicare 355, 430, 430 n. 28
Borders 5, 9, 97 n. 14, 98, 183 n. 6, 184, 250, 270, 274-76, 312, 341, 415, 574, 658, 658 n. 2, 659, 661-664, 664 n. 13, 665-666, 668 nn. 18, 20-21, 669-670, 670 n. 25, 671, 671 n. 30, 675 n. 9, 676, 679-681, 681 n. 26, 689 n. 15, 690 n. 18, 691, 691 n. 22, 698, 700, 705, 705 n. 8, 763 n. 42, 767, 767 n. 2, 768, 768 nn. 5-6, 769-772, 772 nn. 24, 26, 773, 773 n. 29, 774-800, 801 n. 5, 806, 831, 905, 908, 930 n. 8, 988 n. 65, 1106, 1118, 1179, 1182-83, 1204-1205
Children 291, 323
Civilians 102, 147 n. 51, 158 n. 20, 159, 307, 381, 432, 446-447, 1049
Civil society 91, 199, 209, 455, 711 n. 21, 712, 712 n. 25
Combatants 138, 158 n. 20
Commission on Human Rights (UN) 95 n. 8, 197-203, 205, 208, 210-211, 321 n. 15, 324, 324 n. 20, 354, 357, 357 n. 18, 459-461, 703 n. 4, 840, 843, 1181 n. 21
Committee against Torture (UN) 793 n. 54
Committee on Economic, Social and Cultural Rights (UN) 796 n. 68
Committee on the Elimination of Racial Discrimination (UN) 585
Common heritage of mankind 676, 755, 761, 1176
Compensation 90, 154 n. 8, 165 n. 44, 220, 236 nn. 6-7, 246 nn. 14-16, 247,

* Prepared by Mrs. Julie Gaudreau, PhD Candidate, Graduate Institute of International Studies, Geneva.

- 249 n. 18, 324, 326, 335, 346-348, 352, 382-383, 384 n. 9, 391, 396, 412, 415, 448-451, 569-571, 573, 576-577, 579, 581-590, 626, 632, 713, 831, 976, 1007, 1008 n. 13, 1022 n. 20
- Complementarity 227-228, 317, 330, 333-334, 338, 433-435
- Conciliation 9, 9 n. 17, 827, 837 nn. 1-2, 892-894, 905, 935 n. 27, 942-943, 974, 987, 987 n. 62, 1063, 1139 n. 28
- Consent 214, 224-233, 295, 385, 430, 436, 480, 481 n. 5, 487, 494, 494 n. 43, 495, 524, 555, 587, 604, 620, 749 n. 6, 863 n. 26, 899, 907-909, 912 n. 42, 939 n. 40, 1005, 1012-1014, 1043
- Contiguous zone 761, 800, 800 n. 2, 801-803, 911
- Continental shelf 768 n. 7, 772 n. 27, 778, 792 n. 53, 800, 800 n. 4, 801-803, 826, 914, 930, 930 n. 7
- Council of Europe 77, 81-82, 82 n. 2, 90, 181, 231 n. 82, 236 n. 5, 238 n. 8, 239, 241 n. 10, 244, 267, 279, 349, 354 n. 4, 371, 373, 374 n. 13, 645, 647 n. 24, 648-649, 951-952, 952 n. 3, 953-954, 954 n. 10, 955-963, 966, 966 n. 57, 967-971
- Crimes against humanity 33-35, 40-42, 42 nn. 35-36, 38, 43, 43 n. 41, 45, 50, 115, 143, 159, 194, 316 n. 3, 331, 354, 354 n. 3, 361, 365, 367-368, 368 n. 50, 435 n. 47, 466-467, 472, 519 n. 21, 523, 540, 1024, 1181, 1186, 1188, 1188 n. 46
- Crimes against peace 35-37, 37 n. 10, 38 n. 18, 41, 42 n. 35, 45, 356, 513
- Criminal responsibility 33, 36, 38, 40, 47, 138-139, 146-147, 167, 264 n. 21, 265-66, 320-321, 325-327, 333, 335, 337 n. 41, 338, 356-357, 367 n. 47, 432 n. 39, 433, 436, 472, 473, 519 n. 21, 528, 555, 1101, 1119, 1181
- Cultural property 255-258, 258 nn. 11-12, 259, 259 n. 12, 260-261, 261 n. 15, 264 n. 19, 265-266, 309 n. 9, 446
- Customary international law 156 n. 14, 158, 161, 163, 225, 257-258, 415, 442, 470, 491, 574, 675, 750-752, 760-761, 764, 783-784, 790, 792, 907, 915, 945, 976, 978 n. 24, 1043, 1054, 1055 n. 66, 1118, 1146, 1146 n. 62, 1202 n. 15
- Damage 51 n. 73, 82-91, 359, 374, 531, 533 n. 51, 648, 690 n. 21, 693, 713, 720, 739, 740 nn. 108, 110, 741, 744-745, 745 n. 131, 858, 956, 1133, 1136 n. 14, 1138-39, 1139 n. 26, 1142, 1142 nn. 40-41, 1143-1144, 1144 n. 49, 1145, 1145 n. 54, 1149, 1151, 1153 n. 88, 1192
- Delimitation 5, 9, 477, 652, 662, 666, 668-669, 674-675, 681-682, 688, 705 n. 10, 768, 768 n. 7, 770, 775-778, 800-801, 801 n. 5, 802-803, 806, 832, 835, 866, 929-930, 930 nn. 7-8, 974 n. 5, 988 n. 65
- Demarcation 316, 319, 491 n. 38, 492 n. 38, 669, 675-676, 682, 768, 770, 778-779, 1204
- Democracy 124 n. 107, 304, 342-343, 346, 382-383, 429, 483 n. 11, 499, 549, 549 n. 2, 550-551, 551 n. 8, 553 nn. 12, 14-15, 554, 554 n. 19, 555, 556 n. 23, 557-559, 559 nn. 28, 30, 560, 560 n. 32, 561-564, 564 n. 43, 565, 565 nn. 44-45, 566, 566 nn. 48-49, 567, 567 n. 51, 568, 589, 589 n. 69, 590, 593, 595-596, 643 n. 13, 1030
- Denunciation 158 n. 20, 458, 460, 464, 474, 477, 876-886, 886 n. 39, 887-890, 899, 900 n. 6, 902, 904, 908-911, 912 n. 43, 913-915, 917-918, 920, 924, 1180
- Dignity 112, 142, 169, 256, 284-286, 293-295, 302-303, 322-323, 328-329, 341, 392-393, 418, 499-501, 504 n. 25, 505-507, 530, 554, 559, 707, 715, 962, 966, 1063, 1075, 1186
- Diplomacy 200, 866, 977, 1029 n. 48, 1057, 1058 n. 5, 1061-1062, 1067, 1072, 1135
- Diplomatic protection 6, 11, 11 n. 24, 536, 706, 712, 732, 732 n. 75, 739, 739 n. 108, 740, 740 n. 110, 741, 741 n. 111, 742-743, 743 n. 122, 745, 1123, 1133-1136, 1136 nn. 12, 14, 1137, 1137 nn. 16, 21, 1138, 1138 n. 24, 1139-1140, 1142-1144, 1145 n. 54, 1147-1148, 1150, 1151 n. 82, 1152-1153, 1153 n. 88, 1154, 1154 nn. 94, 96, 1155, 1155 n. 98, 1205-1206
- Discretionary power 63, 175, 839-840, 840 n. 9, 850, 852, 1137, 1149
- Discrimination 24 n. 29, 78 n. 39, 79, 82, 156 n. 16, 157 n. 16, 159, 200 n. 9, 202, 204, 231 n. 77, 268, 283,

- 287, 298, 302, 347-348, 384-385, 418, 503, 531-532, 560, 570, 585, 585 n. 54, 586, 591, 630-631, 652, 698, 795
n. 65, 796 n. 69, 903 n. 21, 957, 967, 995, 1031, 1071 n. 55, 1080, 1086, 1090, 1162, 1181, 1181 n. 21, 1204
- Economic and Social Council (UN) 573
- Education, right to 202, 281, 281 n. 2, 282-291, 293-294, 297-298, 300-301, 303-304, 304 n. 49, 305, 591
- Effective control 134, 136, 141, 480-482, 493, 496, 498, 773
- Effectivités* 208, 660 n. 7, 667, 667 n. 18, 668, 668 nn. 18-20, 670, 671 n. 30, 770, 770 n. 16, 771, 771 nn. 16-17, 772-777
- Elections 237-238, 240-242, 244-246, 250, 252, 485, 495, 549, 550-552, 552 nn. 9, 11, 553, 553 nn. 14-15, 554, 554 nn. 16, 18-19, 555-559, 561, 562 n. 37, 563, 565-567, 567 nn. 52-53, 568, 596, 652, 776
- Emergency 109 n. 46, 117, 159 n. 26, 182, 264, 265, 314, 381, 381 n. 4, 382, 387-388, 404, 497, 501, 541, 651-652, 749, 750 n. 7, 752, 755-756, 873 n. 54, 958, 1086, 1097, 1110-1113, 1190, 1205 n. 18
- Enforcement 300, 318 n. 9, 322, 431 n. 33, 436 n. 51, 483, 489 n. 28, 498, 566, 612, 632, 636-637, 703, 707, 718 n. 5, 764 n. 44, 782 n. 5, 806, 809-811, 811 n. 7, 812, 812 nn. 11, 14, 813, 813 n. 14, 814-817, 817 n. 28, 826-827, 829, 897, 907, 918, 945, 947-948, 1026 n. 38, 1027, 1048, 1052, 1082, 1087, 1114, 1117, 1119
- Enquiry 50-51, 51 n. 74, 52 n. 79, 53, 358-360, 363-364, 457-458, 460, 477, 987
- Environment 300, 318 n. 9, 322, 483, 489 n. 28, 702, 782 n. 5, 806, 809-811, 811 n. 7, 812, 812 nn. 11, 14, 813, 813 n. 14, 814-817, 817 n. 28, 826-827, 947-948, 1184
- Equality 154, 299-300, 303, 313, 341, 445, 507, 525, 554 n. 17, 557, 560, 564 n. 42, 597, 599-600, 603, 689 n. 13, 690 n. 18, 787, 878, 912 n. 42, 1024, 1024 n. 28, 1036, 1041, 1044, 1047, 1049, 1124
- Equity 7 n. 13, 105 n. 35, 348, 451, 517 n. 13, 581, 584, 644, 744, 787, 975, 977 n. 19, 981, 988, 1025 n. 29, 1145
- Erga omnes* 147-148, 227, 233, 363, 466 n. 22, 547, 708, 710, 1105, 1191
- European Commission of Human Rights 56 n. 3, 58, 58 n. 5, 59, 59 n. 8, 64, 64 nn. 20-21, 65 n. 24, 68, 68 n. 28, 186 n. 17, 187 n. 18, 192 n. 33, 344 n. 10, 345 n. 10, 349 n. 18, 594, 597, 916 n. 56, 957 n. 18
- European Community/European Union 57, 58 n. 6, 59, 64, 65 n. 24, 66-67 n. 26, 72-73, 79 n. 40, 102 n. 26, 104 n. 31, 109, 109 n. 47, 171, 191, 201, 699, 699 n. 61, 734, 737 n. 98, 738 n. 103, 811 n. 8, 951 n. 2, 990, 1032 n. 64, 1081-1086, 1088, 1090, 1090 n. 28, 1091, 1091 n. 31, 1092, 1092 n. 33, 1157, 1159, 1161-1165, 1165 n. 10, 1166-1167, 1172
- European Court of Human Rights 3, 7, 12 n. 26, 13, 55, 55 n. 1, 56, 56 n. 2, 57, 59, 59 nn. 8-9, 62-64, 64 n. 20, 65 n. 24, 67 nn. 26-27, 68-70, 74 n. 34, 75, 77-78, 78 nn. 38-39, 79 n. 41, 81, 85 n. 3, 88, 90, 135, 135 n. 18, 136 n. 20, 137, 137 nn. 25-26, 149, 151, 151 n. 1, 152 n. 2, 153, 153 n. 6, 154, 154 n. 9, 155, 155 nn. 1-2, 11, 156, 156 nn. 13, 15, 157-158, 162-163, 165-167, 167 n. 54, 173-176, 179, 181 nn. 2, 4, 183 n. 6, 184, 185 nn. 9, 11-12, 186, 186 nn. 15-16, 187, 190, 190 n. 25, 191 nn. 26, 28, 192, 192 nn. 31-33, 193, 193 n. 34, 194 n. 39, 195, 195 n. 40, 231 n. 79, 235, 235 nn. 1-2, 236 nn. 3-4, 259 n. 12, 267, 268 n. 2, 271 n. 7, 272 nn. 9-10, 274 nn. 16-17, 276 n. 23, 277 n. 25, 278 n. 26, 283 nn. 7-8, 287-291, 291 nn. 24-25, 292-295, 295 n. 32, 296, 296 n. 35, 297-298, 300, 300 n. 40, 301-302, 305, 339, 340 n. 3, 343, 343 nn. 6-7, 344 n. 8, 345 n. 12, 346, 346 n. 13, 347 n. 14, 348, 348 n. 16, 349 n. 19, 350, 350 n. 20, 362, 362 n. 33, 372 nn. 8-9, 373, 379, 380, 381 nn. 3-5, 383, 384 n. 8, 387-390, 409-410, 410 nn. 1, 3, 411, 411 n. 4, 412, 412 n. 9, 413, 413 n. 10, 414 nn. 12-13, 415, 415 n. 15, 416, 416 n. 18, 417-418, 418 nn. 20, 22, 419-420, 420 n. 24, 499 n. 1, 518, 518 nn. 16, 20, 531 n. 43, 532 n. 49, 534, 534 n. 56, 536-537, 537 n. 68, 538 n. 77, 539 n. 81, 540, 540 nn. 84-85, 543-544, 544 n. 94, 545, 554 n. 17, 561 n. 35, 575, 586, 586

- nn. 60-62, 587, 587 n. 64, 589, 591, 593-598, 601, 602, 604, 604 n. 5, 607-608, 608 nn. 17, 609 nn. 23-24, 613, 613 nn. 40-41, 614 nn. 44-45, 615-616, 616 n. 47, 617 n. 49, 618 n. 55, 619 n. 58, 620, 620 nn. 59, 62, 621, 623, 624 n. 9, 625 nn. 11-13, 626 nn. 14-15, 627 n. 16, 628 n. 17, 629 n. 18, 630 n. 20, 631 nn. 22-23, 632 n. 24, 633 n. 28, 635 n. 29, 637 n. 30, 639, 640, 640 n. 1, 642, 642 n. 8, 643 n. 10, 644, 644 nn. 14-16, 645 n. 19, 646 nn. 21-22, 647 n. 23, 649 n. 26, 652 n. 29, 653 n. 32, 713-714, 781 n. 2, 799, 807, 919, 919 nn. 57-58, 920 n. 59, 952, 957 n. 18, 958 n. 20, 961 n. 33, 967 n. 59, 1004 n. 4, 1005, 1005 n. 6, 1007, 1007 nn. 10-11, 1008, 1008 n. 14, 1009-1013, 1013 n. 23, 1017, 1021-1022, 1022 nn. 21-22, 1026 n. 38, 1152, 1192-1193, 1193 n. 58, 1213-1215, 1217
- European Court of Justice 247-248, 250, 727 n. 45, 730 n. 66, 934-935, 1023, 1169 n. 11, 1170 nn. 12, 14-15, 1190 n. 51, 1207 n. 20
- Exclusive economic zone 11, 733, 800-806, 826, 829, 857, 869, 874, 928 n. 5
- Exequatur 56, 67, 190-191
- Exhaustion of local remedies 625-626, 626 n. 14, 634, 738-739, 831, 1004, 1140-1141, 1141 n. 36, 1142, 1149
- Expropriation 171, 178, 268-70, 273, 344, 346-347, 347 n. 15, 348, 904 n. 23, 1109, 1125
- Expulsion 56, 175, 182-183, 183 n. 6, 1065
- Extradition 45 n. 43, 56, 160, 162, 183 n. 6, 190-191, 195, 366, 383, 430, 524 n. 26, 602, 607-608, 613-615, 617, 1026 n. 39, 1029
- Fair trial 60, 66-67, 69, 90, 159, 183-184, 237, 277, 327, 339, 373, 376, 376 nn. 19-20, 380, 384, 390, 395, 396 n. 18, 409, 413, 586 n. 62, 614, 648, 650, 882-885, 888, 921, 921 n. 65, 923, 1165, 1172, 1206, 1209 n. 23
- Fisheries 258, 677, 683, 718-720, 723 n. 26, 729 n. 62, 730-731, 735, 735 n. 92, 736, 736 nn. 93-94, 737, 743-744, 857-858, 872 n. 48, 874, 988, 988 n. 65
- Forced disappearances 115, 143, 200, 204, 354 n. 5, 535
- Freedom of assembly 278, 652
- Freedom of conscience 591, 593, 595, 597, 599
- Freedom of expression 89, 278, 287, 343-344, 351, 416, 489 n. 28, 585 n. 54, 623 n. 2, 630 n. 20, 1023 n. 22
- Freedom of movement 182-183, 405, 489 n. 28, 585 n. 56, 1106
- Freedom of navigation 686-692, 704
- Freedom of religion 296-299, 591-592, 595, 598-600, 1071, 1071 n. 55
- Freedom of the press 344, 349, 645
- Freedom of thought 287, 293, 298, 506, 591, 593, 645, 652
- Friendly settlements 296, 620 n. 63, 1003-1004, 1004 n. 4, 1005, 1005 n. 6, 1006-1007, 1011, 1011 n. 20, 1012, 1014
- General Assembly (UN) 17-18, 18 n. 2, 26, 30, 159 n. 23, 216 n. 17, 224, 316, 330 n. 28, 385, 484, 494, 499 n. 2, 552 n. 11, 564 n. 42, 569, 769, 774, 783, 830, 833-834, 909, 912 n. 42, 913, 949 n. 50, 1042, 1046, 1046 n. 36, 1097-1099, 1100-1101, 1101 n. 20, 1102, 1102 nn. 22-24, 1103, 1103-1104, 1104 n. 27, 1105, 1106 n. 36, 1107, 1107 n. 44, 1108-1118 (see also the Table of international instruments)
- General principles of law 35, 194 n. 38, 222, 418, 444, 504 n. 26, 662, 664, 1054
- Genocide 34, 41, 43-45, 47 n. 60, 49-50, 53, 111, 113-115, 116 n. 74, 143, 159-160, 194, 194 n. 39, 316, 316 nn. 3-4, 331, 336, 340, 354, 354 n. 3, 355, 355 n. 6, 361, 365, 368 n. 50, 457, 466, 466 n. 22, 467, 477, 503, 503 n. 25, 523, 575, 603 n. 4, 605, 605 n. 10, 640, 751-752, 758, 909, 919, 1186, 1186 n. 38, 1188, 1188 nn. 45-46, 1189-1190, 1195 n. 1
- Good faith 341 n. 4, 470, 505, 606, 613, 693, 869 n. 42, 873, 882, 883 n. 26, 890, 902-903, 907, 918, 922-923, 925, 959, 963, 965, 1075
- Good offices 106 n. 40, 974, 987-988, 1004, 1061, 1063, 1073, 1179

- Grave breaches 10 n. 22, 39-40, 40
n. 27, 47, 47 n. 60, 114-115, 124
n. 107, 137, 138 n. 29, 141, 201, 354,
354 n. 2, 355-356, 456 n. 3, 467, 471,
517 n. 14, 519 n. 21, 525, 534, 540
n. 84, 546 n. 101, 573, 575, 653,
1186-1187, 1187 n. 42, 1188, 1188
nn. 44-45, 1189, 1195
- Grotius 148 n. 56, 400 n. 3, 502, 1056,
1141 n. 36
- Health, right to 202, 405, 707, 715, 793
- High seas 313, 446-447, 453, 719, 735
n. 92, 757, 757 n. 29, 758 n. 29,
759-761, 761 n. 35, 803-805, 824,
909, 911, 934, 934 n. 22, 937-938
- Humanity 143, 158, 158 n. 20, 159,
159 n. 21, 303, 316, 331, 337, 435 n.
47, 437, 443-445, 445 n. 25, 509, 519
n. 21, 523, 749, 1024, 1050
- Human Rights Committee (UN) 17-32,
48, 159, 211 n. 26, 216, 216
nn. 12-13, 231 n. 79, 234, 357, 357
n. 17, 358, 358 nn. 20-21, 402, 417,
554 n. 18, 584, 584 nn. 50-51, 585
nn. 52-54, 915, 1152
- Immunity 10, 10 n. 23, 11, 33, 48, 52
n. 78, 68-69, 124 n. 108, 142,
151-152, 152 n. 3, 153, 153 n. 3,
154-155, 155 n. 12, 156, 162-165, 165
n. 44, 166, 166 n. 49, 167-169, 193,
193 n. 36, 194, 308, 361 n. 29, 366,
366 n. 45, 415, 456, 458-461, 465,
468, 468 n. 30, 469, 469 n. 35,
470-472, 472 n. 47, 473-474, 476-478,
487, 491, 491 n. 37, 511, 511 nn. 1-2,
512-513, 513 n. 5, 514, 514 n. 7,
515-516, 516 n. 10, 517, 517
nn. 13-14, 518, 518 n. 16, 519, 519
n. 21, 520, 520 n. 23, 521, 521 n. 24,
522-524, 524 n. 26, 525, 525 n. 27,
526-530, 530 n. 42, 531-532, 532
n. 49, 533, 533 n. 51, 534-535, 535
n. 64, 536, 536 n. 65, 537, 537 n. 68,
538, 538 n. 76, 539-540, 540 n. 84,
541-543, 543 n. 91, 544-545, 545
n. 97, 546-548, 951, 965, 1059, 1123
- Impunity 33, 47-48, 54, 106, 111, 116,
124 nn. 107-108, 127, 320-321, 321
nn. 15-16, 326, 331-333, 337 n. 41,
338, 389, 353, 354 n. 3, 357, 357 n. 19,
360, 363, 366, 435 n. 47, 455, 512,
514-516, 519 n. 21, 524-528, 570, 1050
- Independence 658-660, 662-666
- Inhuman or degrading treatment or
punishment 159, 385, 389, 393, 417,
617, 634
- Inter-American Commission on Human
Rights 360 nn. 26-27
- Inter-American Court of Human Rights
226 n. 61, 359-360, 360 nn. 23-25,
417, 579, 582, 582 n. 41, 583, 583
nn. 44-45, 48-49, 903, 904 n. 22, 916,
917 n. 53, 919, 921, 921 nn. 63-65,
1037, 1050 n. 49
- Internal armed conflict 39-40, 40 n. 27,
42 n. 36, 256-259, 259, 259 n. 12,
260-266, 353, 355-356, 367-368, 429,
436 n. 50, 589
- Internal waters 674, 761, 761 n. 34,
762, 763 n. 42, 765, 801
- International armed conflict 35, 39-40,
45, 262, 355, 1047, 1188
- International Centre for Settlement of
Investment Disputes 13 n. 31, 1121
n. 1, 1126, 1126 n. 10, 1127-1129,
1129 n. 17, 1130, 1130 n. 22, 1131,
1136 n. 13, 1138 n. 23, 1146, 1146
nn. 59-62, 1147, 1150, 1152
- International Committee of the Red Cross
255 n. 1, 257, 257 n. 7, 262 n. 15,
264 n. 20, 309, 309 n. 11, 310 n. 13,
366 n. 44, 368 n. 51, 400, 404, 404
n. 10, 438 n. 5, 452, 467 n. 24, 474,
480 n. 2, 1050 n. 51
- International Court of Justice 11 n. 25,
34 n. 1, 131, 131 nn. 2-3, 148, 148
nn. 53, 55, 158, 158 n. 20, 161 n. 33,
165, 165 n. 45, 222, 225 n. 59, 316
n. 3, 346, 346 n. 13, 399, 404,
406-407, 417, 426 n. 15, 429, 479,
481, 483, 487, 487 n. 23, 488, 488
nn. 25-26, 489, 489 n. 30, 491-492,
492 nn. 39-40, 42, 493, 493 n. 42,
494, 494 n. 43, 495-497, 497 n. 45,
504, 518, 518 n. 20, 526, 547, 547
n. 102, 551 n. 6, 603 n. 4, 604, 605,
605 nn. 8-10, 606, 606 nn. 11-13, 615,
619, 621, 657, 664, 671, 671 n. 30,
688, 688 n. 8, 692, 692 n. 27, 696
n. 47, 705 n. 10, 707, 708 n. 15, 709,
710, 727 n. 46, 729 n. 57, 730, 730
nn. 63, 67, 743 n. 122, 745 n. 130,
753, 768, 768 nn. 5-7, 770, 770 n. 13,
771 n. 16, 772, 772 n. 27, 773 n. 29,
774, 775 n. 34, 783, 785 n. 18, 786
n. 24, 792, 792 n. 53, 800, 825,
827-828, 830, 830 n. 11, 831-832,
838, 838 n. 4, 839 nn. 5, 8, 840,

- 840 n. 9, 841 n. 13, 842, 843, 843 nn. 18-21, 844-849, 851-852, 877, 877 n. 4, 879, 880 n. 17, 881, 883 n. 26, 885, 886 nn. 35, 38, 889 n. 47, 892, 892 n. 1, 898-899, 899 n. 5, 900 n. 7, 902, 902 n. 14, 916, 916 n. 51, 919-921, 921 n. 64, 925, 925 n. 68, 929, 930, 930 nn. 7-8, 931, 933, 939 n. 40, 951 n. 1, 994, 999, 1021-1022, 1022 nn. 20-21, 1026 n. 39, 1041, 1042 n. 17, 1043, 1095, 1096 n. 2, 1098, 1098 n. 10, 1101-1102, 1102 n. 22, 1105, 1105 nn. 29, 35, 1106 n. 36, 1110 n. 55, 1115, 1115 n. 67, 1134 n. 5, 1135 nn. 7, 9, 1137, 1140 n. 33, 1142, 1142 nn. 39, 43, 1143-1145, 1145 n. 57, 1148 n. 66, 1180 n. 18, 1183 n. 26, 1186 n. 40, 1198
- International crimes 36, 36 n. 10, 38, 148, 165, 320 n. 14, 321, 435, 503 n. 25, 523, 525, 535 n. 64, 573, 574 n. 23, 1189
- International Criminal Court 5, 5 n. 7, 6, 12, 33, 35 n. 4, 37-38, 40, 42, 43-45, 47-48, 48 n. 64, 49, 49 n. 67, 50, 51, 51 n. 75, 52-53, 53 n. 82, 54, 116, 124-125, 127 n. 117, 208, 213-214, 214 nn. 4-5, 215, 215 nn. 7-8, 216, 216 nn. 11, 16, 217 n. 19, 219 n. 31, 223, 229 nn. 74-75, 230, 250, 256-257, 257 n. 10, 260 n. 14, 315, 315 n. 1, 321 n. 17, 325, 328, 328 n. 26, 330, 330 n. 28, 331, 333, 335, 353, 356, 357 n. 14, 362, 362 n. 35, 364-365, 365 n. 40, 367, 421, 424 n. 12, 427 n. 17, 428 nn. 19, 21-22, 429 n. 23, 432 n. 39, 433, 436 nn. 49-50, 455, 472, 474, 514, 624, 1017, 1022, 1188, 1188 n. 46, 1198
- International criminal law 214 n. 4, 220 n. 38, 316, 316 n. 3, 337, 367 n. 47, 382, 1113
- International Criminal Tribunal for Rwanda 43, 43 n. 39, 427, 429
- International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia 39 n. 25, 40 n. 27, 42-43, 43 n. 41, 137, 141 n. 40, 147 n. 51, 158, 158 n. 21, 161, 225 n. 59, 356, 356 n. 10, 359, 361-362, 362 n. 33, 538, 538 nn. 74-75, 1186 n. 39, 1188 n. 47
- International Law Commission 131 n. 6, 158, 214, 223, 234, 423-424, 501, 503-504, 569, 747 n. 1, 781, 783, 908, 1052, 1055 n. 69
- International military tribunals 35-36, 36 nn. 7-10, 39 n. 24, 41, 41 n. 34, 42 n. 35, 45, 46, 46 n. 56, 48, 48 nn. 61, 63
- International organisations 7, 50, 56, 61, 66, 68-69, 76-77, 93 n. 1, 104 n. 31, 113 n. 62, 190, 318, 436 n. 49, 464-65, 468-469, 475, 477, 492, 545 n. 99, 550-551, 553 n. 14, 567, 570, 731, 735, 838, 951 n. 2, 959-960, 1018, 1021, 1029, 1036, 1136, 1148, 1213, 1217
- International Tribunal for the Law of the Sea 718 nn. 2-3, 721 n. 12, 723 nn. 26-27, 726 n. 43, 728 nn. 50, 55, 729 n. 60, 738 n. 105, 740 n. 109, 741 n. 114, 807, 823, 827-830, 831 n. 12, 832-834, 834 n. 24, 835, 855 nn. 1, 3, 856 n. 6, 858 n. 11, 859 nn. 13-14, 860 nn. 16, 18, 862 n. 22, 863 n. 27, 865 n. 32, 871 n. 45, 872 nn. 50, 52, 928, 930, 930 n. 10, 931, 931 n. 14, 933 n. 19, 934 n. 22, 935 n. 23, 937 n. 28, 938, 939 n. 40, 942, 944, 946, 948, 948 n. 50
- International watercourses 5, 5 n. 5, 9, 9 n. 20, 11, 12 n. 26, 374 n. 14, 686, 686 n. 4, 688 n. 11, 689 n. 14, 692 n. 29, 694, 694 n. 39, 695 n. 43, 696, 696 n. 47, 702, 781, 781 n. 2, 782, 782 n. 7, 783, 783 nn. 8, 10, 784, 786, 789 n. 40, 790-791, 798, 1176
- Interpretation 21-22, 26-27, 63 n. 18, 83-85, 103, 129, 134, 141, 145-149, 156, 160, 163, 172-73, 175, 177, 182, 222, 224-228, 228 nn. 71, 73, 229, 229 n. 73, 261-62, 276, 281, 288-289, 305, 343, 360, 360 n. 25, 370-71, 409-410, 410 n. 1, 411, 413-414, 416-419, 433, 445, 473, 486, 486 n. 21, 517, 519, 522-523, 525, 533, 554 n. 17, 587, 594, 604, 606, 609, 615, 618, 618 n. 56, 619-621, 629, 632-633, 636-637, 643-644, 664, 669-670, 680, 688, 692, 713, 729, 730 n. 63, 731 nn. 70-71, 739, 764-765, 771, 771 n. 20, 772-773, 775-778, 793 n. 56, 801, 804, 816, 824, 826-827, 829, 840, 842, 845, 847, 883 n. 26, 898, 904-905, 916, 918, 921-923, 927-928, 932-934, 936-946, 995, 997-998, 1000, 1023 n. 22, 1026 n. 38, 1095-1096, 1101 n. 20, 1108 n. 48, 1114, 1118
- Interpretative declarations 214, 221,

- 223, 223 n. 47, 224, 224 n. 55, 225, 227, 228 n. 72, 234
- Investments 892, 1086-88, 1121, 1121 n. 1, 1122 n. 2, 1127, 1128 n. 15, 1130, 1136, 1136 n. 13, 1143, 1146-47, 1151, 1198
- Jurisdiction 10 n. 23, 11, 34, 37, 46, 48-49, 52-53, 55-60, 65, 68-70, 72-73, 73 n. 34, 75-77, 78 n. 38, 79, 79 n. 40, 84, 87, 89, 91, 135-136, 136 n. 19, 144, 152 n. 3, 153, 153 n. 3, 154-155, 161 n. 33, 162-163, 168, 179, 185-190, 192-194, 215, 218, 218 n. 30, 228, 230, 259-260, 265-266, 275-278, 326 n. 22, 328, 328 n. 26, 330-332, 334, 343, 357, 359-61, 361 nn. 29-30, 362, 364 n. 38, 365-366, 369-370, 373, 377, 381, 385, 389, 421 n. 1, 422 n. 6, 422 n. 6, 423, 423 n. 7, 424, 427 n. 17, 428, 430, 432, 434-436, 436 n. 49, 455, 456, 456 n. 2, 458-59, 461, 464, 466, 468, 470-471, 471 n. 45, 472, 472 nn. 48-49, 473-475, 475 nn. 52-54, 477-478, 487, 491, 491 n. 37, 511 n. 1-2, 512, 513 n. 5, 515, 517 n. 13, 518, 520, 521, 524, 524 n. 26, 526-530, 532, 533 n. 51, 534-535, 535 n. 64, 536-537, 537 n. 71, 546-547, 566, 573-575, 579, 601, 604, 605 n. 8, 615-616, 619, 621, 625-627, 634, 646, 648, 650-651, 680, 682-83, 719-720, 722-723, 723 n. 25, 724, 725 n. 36, 729, 729 n. 57, 731 n. 71, 733-734, 735 n. 92, 736, 736 n. 94, 738 n. 103, 741, 767, 794 n. 59, 795 n. 65, 802, 807, 824-832, 845 n. 28, 848, 856, 857 n. 7, 860 nn. 17-18, 867, 868 n. 39, 870, 875, 877 n. 4, 882, 883 n. 26, 886, 886 n. 36, 887, 898-900, 900 n. 7, 901-905, 907, 912 n. 43, 916-921, 924-928, 928 n. 4, 929-931, 931 n. 13, 933-936, 940, 940 n. 41, 941, 943, 951-952, 961, 964, 967, 970, 981, 987, 996-1000, 1004, 1017 n. 1, 1022 n. 21, 1023 n. 22, 1032, 1065, 1090, 1096-1098, 1110, 1112, 1141, 1207-1208
- Jus cogens* 54, 147-148, 151-152, 152 n. 3, 153, 155-156, 156 n. 13, 158-61, 161 n. 33, 162-165, 167-169, 362, 362 n. 33, 366, 466 n. 22, 501-503, 503 n. 25, 504-505, 505 n. 28, 519 n. 21, 525, 531, 534, 535 n. 64, 538-539, 541-547, 747, 747 nn. 1-4, 748, 748 n. 5, 749, 749 n. 6, 750, 750 nn. 10-11, 751 n. 13, 752-753, 753 n. 17, 754, 754 n. 18, 755-758, 758 n. 29, 759-761, 763-765, 1045 n. 30, 1050 n. 39, 49, 1052-1053, 1053 n. 61, 1055, 1149, 1151 n. 82, 1190, 1207
- Justice, administration of 237, 384, 386, 416, 484, 487-488, 788 n. 32, 1005
- Legal personality 49, 374, 682 n. 33, 695 n. 44, 721, 1060, 1135-1136
- Life, right to 23, 177, 275, 381, 400, 406, 418, 507, 614, 617, 707, 713-715, 1006
- “Living instrument” (European Convention on Human Rights) 291, 411, 417, 618, 618 n. 56, 636, 644
- Margin of appreciation 63, 69, 74, 155 n. 12, 238, 271, 279, 297-299, 301, 305, 332, 348, 381 n. 4, 412, 412 n. 7, 588, 595, 599, 624, 628-629, 629 n. 19, 630, 630 n. 20, 631, 631 n. 22, 632, 635, 635, 637, 793
- Mediation 99, 101, 104 n. 32, 117 n. 77, 653, 970, 973, 973 nn. 1-2, 974-975, 975 n. 9, 976, 980, 986, 986 n. 60, 987, 987 n. 62, 988, 988 nn. 65, 67, 989-990, 990 n. 76, 991-992, 992 n. 85, 1061, 1061 n. 18, 1062-1063, 1092, 1179
- Military necessity 445, 445 n. 26
- Minorities 23, 342, 560, 562, 596
- Nationality 46, 52, 78-79, 186, 186 n. 17, 193, 365, 537, 712, 715, 717-718, 718 n. 3, 719, 721-723, 723 n. 26, 724-725, 725 n. 34, 726-727, 727 n. 47, 728, 728 nn. 53-54, 729, 729 nn. 57, 59, 730-732, 732 n. 75, 733, 735-736, 736 n. 93, 737, 739-740, 740 n. 110, 741, 741 n. 111, 742-745, 870, 986 n. 58, 991 n. 84, 1086, 1127, 1136 n. 14, 1137-1138, 1138 n. 24, 1139, 1139 n. 26, 1140, 1140 n. 30, 1142 nn. 41, 43, 1143-1145, 1145 n. 54, 1149-1151, 1153
- Natural law 500-502, 504, 504 n. 26, 506-507, 749 n. 6
- Natural resources 96 n. 10, 106 n. 40, 674, 676-677, 689 n. 14, 1198
- Negotiation 4, 9, 81, 88, 91, 94, 96, 98-101, 104, 104-105 n. 32, 107-108, 110, 112, 112 n. 57, 117, 117 n. 77,

- 121, 121 n. 96, 122 n. 98, 125, 127, 202-203, 206, 209, 211, 268, 693-695, 695 n. 44, 697, 710, 841, 873, 886-887, 894, 974, 1004 n. 5, 1063, 1081, 1083, 1124, 1169, 1171, 1198, 1200, 1203
- Neutrality 263, 442, 447, 449-451, 597-600, 989 n. 71, 991, 1057, 1061-1063, 1075
- Non-governmental organisations (NGOs) 49-50, 60, 98 n. 15, 105, 105 n. 36, 114, 198, 206, 209, 370, 370 n. 4, 375, 419, 455, 458, 460-461, 471, 474-475, 526-527, 560 n. 31, 648, 712
- Non-State actors 158 n. 18, 263-266, 382, 568, 576-578, 829, 832-833, 838, 1051, 1056, 1096, 1200, 1204
- Nuclear weapons 222, 229, 839 n. 8, 1045
- Nullum crimen sine lege* 34, 47, 53-54, 275, 276 n. 23, 423, 560
- Occupation 135, 148, 308, 310, 441, 454, 479-480, 480 nn. 3-4, 481, 481 n. 5, 483, 485, 487, 489 n. 27, 30, 490, 490 n. 31, 34, 491, 491 n. 36, 493-497, 497 nn. 45-46, 498, 762, 774, 1043, 1045 n. 38, 1049, 1050 n. 48, 1097, 1104-1105, 1107-1108, 1119
- Optional clause 875, 877, 878-881, 883-885, 886 n. 39, 887-889
- Organization for Security and Co-operation in Europe 9, 837 n. 2, 892-895, 1021, 1043, 1080, 1211
- Organization of American States 552 n. 11, 1041
- Peacekeeping and enforcement 47, 47 n. 60, 48-49, 52, 103, 103 nn. 29, 31, 104 n. 31, 107, 117, 118 n. 79, 119, 119 n. 88, 120, 488 n. 26, 489, 490 n. 35, 491 n. 36, 988 n. 67, 1069 n. 49, 1189, 1196-1197, 1202 n. 16, 1208
- Permanent Court of International Justice 130, 130 n. 1, 582, 582 n. 40, 604-605, 605 nn. 6-7, 691 nn. 23-25, 742, 831, 833, 842, 873, 887, 899 n. 4, 900, 1124 n. 6, 1134 n. 4, 1135, 1135 n. 7, 1137 n. 19, 1138 n. 23, 1142 n. 43,
- Pollution 697, 706, 737-738, 738 n. 103, 739, 857, 874, 880 n. 16, 1180, 1180 n. 15, 1183-1184, 1187, 1189, 1191, 1191 n. 52
- Positive law 500-502, 505-507, 509, 554, 747, 752 n. 15, 760, 976 n. 13, 978 n. 22, 989
- Prescription and statutory limitation 91, 277, 364, 563, 772, 931, 946-947, 856-858, 863-866, 869, 871, 871 n. 47, 872-874
- Prompt release of vessels and crews 717, 718 nn. 2-3, 719-720, 720 n. 9, 721 n. 12, 741-742, 856, 856 n. 4, 857, 857 n. 8, 859-860, 860 n. 15, 861 n. 21, 863, 865-867, 867 n. 34, 868, 868 n. 39, 869, 869 nn. 41-42, 870, 874
- Property, right to 64, 74, 90, 135, 172, 172 n. 2, 173, 175, 177, 267-268, 270, 272, 273, 305, 346, 349, 351, 516, 645, 680, 723, 741, 1087
- Proportionality 291, 341, 347-348, 396, 629-631, 636, 1046
- Provisional measures 856, 856 n. 5, 857-858, 860-861, 863, 863 n. 27, 864-866, 870-871, 871 nn. 45, 47, 872-873, 873 n. 54, 874, 885
- Reciprocity 78-79, 227, 577, 580, 690 n. 21, 709, 713, 881-883, 886, 902, 916-917, 1179
- Remedy, right to an effective 287, 358-360, 367, 414, 569, 571-572, 572 n. 16, 579, 585, 589, 626, 633, 1023 n. 22
- Reparation 326, 335, 448, 450, 569, 571-572, 572 n. 16, 575-582, 582 n. 40, 583-590, 1095, 1116
- Reservations 28, 91, 177, 206, 213, 213 n. 1, 214-215, 215 n. 9, 216, 216 n. 18, 217, 217 n. 18, 218, 218 n. 29, 219, 219 n. 33, 220, 220 n. 39, 223, 223 n. 47, 224-225, 227, 229-230, 230 n. 76, 231, 231 nn. 77, 79-80, 82, 232, 232 n. 83, 233-234, 302-303, 447, 508 n. 42, 592, 707, 826, 877, 880, 880 n. 17, 881-882, 883 n. 26, 885, 888 n. 45, 900, 902, 904 n. 22, 919, 934, 1040 n. 12, 1080
- Right of access to court 68-70, 85, 153, 155 n. 12, 156, 194, 345, 371 n. 6, 372, 372 n. 8, 373-374, 377-378, 518 n. 16, 536 n. 68, 537, 537 n. 68, 539, 543 nn. 91-92, 603 n. 3, 615-616, 641-642, 642 n. 7, 643-644, 646-648, 651, 653, 965, 971
- Right of passage 691-692, 877, 880, 880 n. 17, 886 n. 37
- Right to respect for private and family life 278, 287, 345, 347, 349, 351

- Rule of law 275-276, 304, 315-316, 318, 322, 324, 324 n. 19, 327, 335-337, 337 n. 41, 341-342, 382, 386, 391, 550, 559-561, 588-589, 589 n. 69, 595, 785 n. 20, 826, 826 n. 7, 834, 890, 1024, 1024 n. 28, 1025, 1026 n. 38, 1028, 1031, 1033, 1035-1036, 1119
- Sanctions 8, 71, 73 n. 33, 111, 118, 122-123, 123 n. 101, 733-736, 736 nn. 94-96, 737, 970, 983, 1187, 1198, 1198 n. 5, 1202, 1204-1205, 1205 n. 18, 1206-1208, 1209 n. 23
- Sea warfare 446, 453
- Secretary General (UN) 217 n. 18, 222, 230, 236, 304, 315, 315 n. 1, 324, 324 n. 19, 336 n. 39, 431 nn. 34-35, 432, 432 nn. 36-37, 433 n. 41, 479, 479 n. 1, 482 nn. 8, 10, 483 n. 11, 484, 484 n. 14, 485, 486 n. 19, 488 nn. 24-26, 493 n. 42, 494 n. 43, 495 n. 44, 551, 566, 589 n. 69, 770, 778, 778 n. 46, 779, n. 47, 793 n. 55, 804 n. 11, 898, 898 n. 2, 900, 911-912, 912 n. 42, 913-915, 915 n. 49, 916, 916 n. 49, 917, 942, 1099, 1106, 1106 n. 36, 1117, 1119
- Security Council (UN) 101 n. 23, 102 nn. 26-27, 117 n. 77, 228 n. 70, 316, 316 n. 5, 317 n. 8, 324, 325 n. 21, 333, 337 n. 41, 381 n. 2, 421, 421 n. 3, 422, 422 nn. 5-6, 423-424, 424 n. 12, 425-427, 427 n. 17, 428, 428 n. 19, 429-430, 430 n. 28, 431, 431 nn. 30-31, 33, 432, 432 n. 39, 433, 433 n. 42, 435-436, 436 n. 49, 482, 482 n. 8, 483, 483 n. 11, 484-486, 486 n. 21, 487, 488 n. 26, 489 n. 30, 492, 492 nn. 38-40, 494, 494 n. 43, 497-498, 551, 769, 827, 912 n. 42, 1024-1025, 1039, 1042, 1042 n. 19, 1044-1046, 1046 n. 36, 1047, 1052, 1095-1096, 1098-1101, 1104, 1104 n. 27, 1108, 1108 n. 48, 1109, 1109 nn. 49, 53, 1110-1114, 1116-1119 (see also the Table of international instruments)
- Self-defence 1039, 1044-1045, 1045 n. 28, 1046, 1046 n. 37, 1052, 1054, 1095-1096, 1103
- Self-determination 159, 554, 561, 1019 n. 5, 1097-1098, 1100, 1103-1105, 1107, 1110, 1113, 1115, 1117
- Ships 717, 717 n. 1, 718, 718 n. 3, 719-720, 720 n. 9, 721, 721 n. 16, 722, 722 n. 22, 723, 723 nn. 25-27, 724-725, 725 n. 38, 726, 726 nn. 39, 43, 727-728, 728 nn. 50, 52-53, 55, 729, 729 nn. 58, 60, 730, 730 n. 65, 733-734, 736, 736 n. 97, 738, 738 n. 105, 739-740, 740 nn. 109-110, 741, 741 nn. 111, 114, 742, 742 n. 115, 743-745, 856, 856 n. 4, 857, 857 n. 8, 858-859, 864, 867, 867 n. 34, 868, 868 nn. 39-40, 869, 869 nn. 40-41, 870, 988, 1181
- Slavery 159, 441, 503, 503 n. 25, 560, 752, 757, 757 n. 27, 758
- Soft law 552, 761, 979, 1030, 1030 nn. 54-55, 1031
- Sovereign equality 154, 512, 525, 912 n. 42, 1024, 1036, 1041, 1044 n. 25, 1047, 1049
- Sovereignty 142, 154, 162, 302, 313, 481, 483 n. 11, 485, 487, 491-492, 492 nn. 38-39, 493, 498, 563-564, 566 n. 50, 568, 634, 636, 756, 758 n. 29, 760-761, 761 n. 34, 762, 765, 771 n. 16, 773, 775-776, 789, 905, 995, 1017-1018, 1018 n. 2, 1019, 1019 n. 5, 1020, 1023, 1023 n. 25, 1025, 1029, 1034-1035, 1036 n. 77, 1103-1107
- Special Court for Sierra Leone 361 nn. 29-30
- State responsibility 58 n. 6, 61-62, 76, 97 n. 14, 130, 131, 131 n. 6, 132, 135, 136 n. 25, 137 n. 25, 138 n. 29, 139, 141, 147, 147 n. 51, 159-161, 180, 185, 187, 193, 195, 354 n. 3, 382, 389, 503 n. 25, 543, 568-569, 573, 576, 578, 580-581, 831, 1054, 1096 n. 3, 1118, 1123, 1137, 1140, 1147, 1153, 1153 n. 88, 1155 n. 99, 1180, 1182 n. 24, 1186 n. 40, 1189, 1192 n. 55, 1204
- State succession 267, 658-59, 661-62, 732 n. 75
- Subsidiarity 58 n. 6, 82, 84, 91, 282, 351, 396, 414, 575, 623-624, 624 n. 6, 625-626, 626 n. 14, 628-629, 631-633, 633 n. 28, 634-637, 644, 935 n. 27
- Territorial sea 47, 671 n. 30, 674-675, 733, 761, 761 n. 34, 762-763, 763 n. 42, 765, 800, 800 n. 2, 801-806, 826, 911
- Territory 10, 34, 39, 46-47, 51-52, 70, 73, 90, 102 n. 26, 108, 112, 121, 179-183, 183 n. 6, 184-189, 189 n. 23, 190-195, 206, 211 n. 27, 258-263,

- 265, 267 n. 1, 270, 355, 355 nn. 6, 8, 361, 364-365, 377, 400-401, 403-405, 460-462, 465-466, 468-471, 473, 514 n. 7, 516, 530-531, 533, 533 n. 51, 534, 657-658, 660-661, 665-668, 668 n. 19, 669, 671, 671 n. 30, 673, 673 n. 1, 674-682, 689 nn. 14-16, 690 nn. 17, 21, 691-692, 697, 705, 708-709, 709 n. 17, 715, 762, 838-839, 839 n. 6, 844, 846-847, 852, 980, 991 n. 84, 1065, 1083-1084, 1128, 1140, 1165, 1181, 1188 nn. 44-45
- Terrorism 48, 194, 203, 341, 379 n. 1, 380-381, 381 n. 2, 382, 382 n. 6, 383, 383 nn. 6-7, 384 n. 9, 387-388, 391, 393, 395-396, 467, 467 n. 25, 531, 1020, 1047, 1049-1050, 1050 nn. 49-50, 1051, 1054-1055, 1096, 1113, 1200, 1203-1204
- Torture 23, 24 n. 29, 35, 42, 56, 89, 97, 115, 142-143, 151-152, 152 n. 3, 153 n. 3, 154 n. 8, 155, 158-165, 165 n. 44, 166, 166 n. 49, 167-168, 184, 193-94, 198, 200-204, 211 n. 26, 322, 341, 355, 355 n. 8, 357-359, 361-362, 362 n. 33, 365-366, 381, 383-385, 385 n. 10, 386-390, 390 n. 13, 391, 391 n. 14, 393-395, 415, 417, 419, 431, 458-462, 464, 466, 471, 477, 506, 516, 518, 522-523, 523 n. 25, 524, 524 n. 26, 525, 531, 532 nn. 47, 49, 535-537, 537 n. 68, 538, 539-542, 545-547, 559 n. 30, 574-575, 614, 634, 636, 652, 1008, 1050, 1050 n. 49, 1181, 1185
- Treaties 154, 156, 161, 161 n. 33, 215, 215 n. 6, 216, 220, 220 n. 39, 223, 223 n. 47, 226 n. 60, 227, 230, 231 nn. 80, 82, 233 nn. 85-86, 234, 385, 387, 396, 415, 417, 419, 430, 451, 499, 501, 501 nn. 7-8, 502, 504-506, 536 n. 66, 577, 601 n. 1, 605, 619-621, 690 n. 20, 749 n. 6, 750-753, 756-758, 771, 771 n. 20, 772, 774, 776-777, 779, 783, 783 n. 8, 791, 793 n. 55, 804, 897-898, 898 n. 2, 900 n. 6, 901-904, 906-910, 910 nn. 36-37, 911, 911 n. 42, 912 n. 43, 913, 913 n. 43, 915-916, 916 n. 49, 918-919, 921-924, 994, 1019 n. 5, 1043, 1046 n. 37, 1128 n. 15, 1146 n. 62 (see also the Table of international instruments)
- Truth commission 318 n. 9, 319, 325, 335, 335 n. 38, 363 n. 37, 582, 589 n. 69
- Unilateral acts 224, 690, 877, 902
- Universal jurisdiction 34, 51, 153 n. 3, 193, 193 n. 35, 194, 334, 364 n. 38, 365-366, 455 n. 1, 456, 456 n. 2, 458, 464, 465, 471 n. 45, 472 nn. 48-49, 475, 475 nn. 52-54, 515, 520 n. 23, 524, 526, 573-575, 575 n. 26, 1188
- Use of force 35, 561 n. 35, 751-752, 1009, 1036 n. 77, 1038-1039, 1039 n. 6, 1041-1042, 1042 nn. 19-20, 1043, 1043 n. 23, 1044-1045, 1045 n. 28, 1046-1052, 1052 n. 55, 1053-1055, 1055 n. 66, 1097
- Utī possidetis* 657-660, 660 n. 7, 661-664, 664 n. 13, 665, 665 n. 14, 666, 666 n. 16, 667, 667 n. 17, 668, 668 nn. 19-21, 669, 670 n. 25, 671, 770 n. 16, 771, 774-775, 779
- Victims 13 n. 32, 43, 50-51, 51 n. 73, 52, 58, 60, 60 n. 10, 85-87, 89, 100, 103, 110, 192, 245, 268-270, 272, 354 nn. 2-3, 358-360, 362, 367, 372, 374, 399, 515, 517 n. 15, 531, 532 n. 47, 533, 536, 542, 544, 713, 739, 745, 874, 957-958, 966, 1135, 1148, 1151 n. 82, 1188
- War crimes 11, 34-35, 36 n. 10, 38, 38 n. 22, 39-42, 42 nn. 35, 38, 45, 50, 50 n. 68, 101 n. 24, 115, 116 n. 74, 124 nn. 107-108, 126, 143, 194, 218, 222, 224, 331, 353 n. 1, 354, 354 n. 3, 355-356, 361, 365, 367-368, 427, 435 n. 47, 462, 472, 535, 1024, 1188, 1188 n. 46
- Water, right to 701, 701 n. 2, 702-704, 707-709, 711, 713-714, 714 n. 29, 715, 791-794, 795-798
- World Trade Organization 157 n. 17, 226 n. 61