

101 21/3,9

**Institut de Droit international
Annuaire, Volume 68, Tome I**

Session de Berlin, 1999 – Première partie

Travaux préparatoires

**Institute of International Law
Yearbook, Volume 68, Part I**

Session of Berlin, 1999 – First part

Preparatory Work

Institute of International Law

Yearbook

Volume 68, Part I

Session of Berlin, 1998 - First part

Preparatory work

Justitia et Pace

Editions A. Pedone - 13, rue Soufflot - Paris

Institut de Droit international

Annuaire

Volume 68, Tome I

**Session de Berlin, 1998 - Première partie
Travaux préparatoires**

Justitia et Pace

Editions A. Pedone - 13, rue Soufflot - Paris

Adresses de l'Institut de Droit international

Secrétariat :

M. Christian Dominicé
Secrétaire général
"La Vague"
33, route de Suisse
CH-1297 Founex
Tél. (+41-22) 776.0646
Fax. (+41-22) 776.9626

Mme Hans Wehberg
Conseillère
1, avenue de Frontenex
CH-1207 Genève
Tél. (+41-22) 736.2620

Mme Isabelle Gerardi
Assistante
I.U.H.E.I.
132, rue de Lausanne
Boîte postale 36
CH-1211 Genève 21
Tél. (+41-22) 731.1730
Fax. (+41-22) 738.4306

Trésorerie :

M. Frank Vischer
Trésorier
22, Bäumleingasse
CH-4001 Bâle
Tél. (+41-51) 272.3060

M. Paul Mulhauser
Assistant du Trésorier
4, rue John Rehfous
CH-1208 Genève
Tél. (+41-22) 786 6142
Fax. (+41-22) 700 7416

Mme Emmy Lachenal
12, rue du Vieux Moulin
CH-1213 Onex
Tél. (+41-22) 792.4109

All rights reserved.

No part of this publication may be translated into other languages, reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, microcopying, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Copyright by Editions Pedone
Printed in France by

Bureau de l'Institut de Droit international

1997-1999

Président de l'Institut	:	<i>M. Erik Jayme</i>
Premier Vice-Président	:	<i>M. Mohammed Bedjaoui</i>
Deuxième Vice-Président	:	<i>M. Bengt Broms</i>
Troisième Vice-Président	:	<i>M. Shabtai Rosenne</i>
Secrétaire général	:	<i>M. Christian Dominicé</i>
Trésorier	:	<i>M. Frank Vischer</i>

Table des matières

La prise en considération du droit international privé étranger

The taking into consideration of foreign private international law

(Quatrième Commission)

Rapporteur: <i>M. Kurt Lipstein</i>	13
Note introductory	14
I. Report (November 1998)	15
II. Resolution	54

**

Le règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux impliquant plus de deux Etats

Judicial and Arbitral Settlement of International Disputes Involving more than two States

(Onzième Commission)

Rapporteur : <i>M. Rudolf Bernhardt</i>	57
---	----

I.	Introductory Note	58
II.	Report - final version (November 1998)	60
III.	Correspondence	
1.	<i>Exploratory Note by the Rapporteur</i>	154
	Reply of Mr. Schwebel	156
	Reply of Mr. Amerasinghe	159
	Reply of Mr. Abi-Saab	159
	Reply of Mr. Gaja	161
2.	<i>Tentative suggestions for a Draft Resolution</i>	163
	Reply of M. Rosenne	166
	Réponse de M. Guillaume	173
	Reply of Mr. Caflisch	176
	Reply of Mr. Crawford	181
	Reply of Mr. Torres Bernárdez	186
	Reply of Mr. Gaja	202
3.	<i>Note by Mr. Bernhardt</i>	203
	Reply of Mr. Paolillo	208
	Reply of Mr. Amerasinghe	214
	Reply of Mr. Rosenne	215
	Réponse de M. Weil	216
4.	<i>Note by Mr. Bernhardt</i>	220
	Reply of Mr. Schwebel	226
	Reply of Mr. Rosenne	227
	Reply of Mr. Shahabuddeen	229
	Reply of Mr. Crawford	239
IV.	Draft Resolution (November 1998)	245

L'application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques***The application of international law, in particular humanitarian law, in armed conflicts in which non State entities are parties****(Quatorzième Commission)*

Rapporteur : <i>M. Milan Šahović</i>	251
I. Exposé préliminaire (octobre 1994)	252
II. Questionnaire	260
III. Réponses et observations des membres de la Commission	
Réponse de M. Schindler	261
Reply of Mr. Li	268
Réponse de M. Degan	269
Reply of Mr. Sohn	277
Réponse de M. Carrillo Salcedo	279
Réponse de M. Abi-Saab	281
Reply of Mr. Dinstein	285
Réponse de M. Skubiszewski	286
IV. Rapport provisoire (avril 1997)	288
V. Avant-projet de Résolution	313
VI. Réponses et observations des membres de la Commission	
Reply of Mr. Sohn	316
Additional reply of Mr. Sohn	317
Reply of Mr. Li	318

Réponse de M. Schindler	319
Réponse de M. Degan	321
VII. Rapport définitif (juin 1998)	327
VIII. Projet de Résolution	335
IX. Réponses et observations des membres de la Commission	
Reply of Mr. Müllerson	341
Réponse de M. Schindler	343
Projet de Résolution proposé par M. Schindler	344
Reply of Mr. Cassese	348
Reply of Mr. Ress	354
Réponse de M. Schermers	355
X. Complément au Rapport définitif (janvier 1999)	356
XI. Projet révisé de Résolution	365

**

La compétence extraterritoriale des Etats

The Extraterritorial Jurisdiction of States

(Dix-neuvième Commission)

Rapporteur : <i>M. François Rigaux</i>	371
I. Exposé préliminaire (février 1994)	372
II. Réponses et observations des membres de la Commission	
Réponse de M. Bedjaoui	389
Réponde de M. Bos	396
Reply of Mr. Collins	401
Reply of Mr. Henkin	403

Table des matières	11
Réponse de M. Makarczyk	405
Réponse de M. Matscher	408
Reply of Mr. von Mehren	409
Réponse de M. von Overbeck	413
Reply of Mr. Philip	415
Réponse de M. Salmon	417
Réponse de M. Waelbroeck	422
Réponse de M. Zemanek	425
III. Complément à l'exposé préliminaire (février 1995)	428
IV. Réponses et observations des membres de la Commission	
Réponse de M. Bedjaoui	445
Réponse de M. Bos	452
Réponse de M. Makarczyk	454
Réponse de M. Matscher	456
Reply of Mr. von Mehren	462
Réponse de M. von Overbeck	464
Réponse de M. Salmon	466
Réponse de M. Waelbroeck	472
Reply of Mr. Zemanek	474
V. Inventaire des questions sur lesquelles l'Institut pourrait être invité à se prononcer	477
VI. Réponses et observations des membres de la Commission	
Réponse de M. Bos	485
Reply of Mr. Henkin	490
Réponse de M. Matscher	492
Reply of Mr. von Mehren	495
Réponse de M. von Overbeck	496
Réponse de M. Salmon	499
Réponse de M. Waelbroeck	501
Reply of Mr. Zemanek	503
VII. Rapport provisoire (novembre 1997)	507

VIII. Réponses et observations des membres de la Commission	
Réponse de M. Bedjaoui	565
Réponse de M. Bos	573
Reply of Mr. Dinstein	576
Reply of Mr. Henkin	578
Réponse de M. Matscher	580
Réponse de M. Salmon	581
Reply of Mr. Vischer	585
Réponse de M. Waelbroeck	587
Reply of Mr. Zemanek	591
IX. Rapport définitif et Projet de Résolution (janvier 1999)	593

**

La prise en considération du droit international privé étranger

The taking into consideration of foreign private international law

*Quatrième Commission**

Rapporteur : M. Kurt Lipstein

* La Quatrième Commission comprend : M. Kurt Lipstein, *Rapporteur*, MM. Ferrer-Correia, González Campos, Ikehara, Jayme, Pierre Lalive, Matscher, North, von Overbeck, Parra Aranguren, Philip, Riad, Rigaux, Vischer, Ziccardi.

Note introductory

Le Rapporteur de la Quatrième Commission a d'emblée, dès le début des travaux de la Commission, rédigé un substantiel rapport.

Ce rapport a fait l'objet de plusieurs versions successives, qui ont permis au Rapporteur de tenir compte des observations qui lui avaient été adressées.

C'est la dernière version du rapport, qui date de novembre 1998, qui est publiée ici, avec le Projet de Résolution qui l'accompagne.

Quant aux divers échanges de correspondance entre le Rapporteur et les Membres de sa Commission, il a été décidé, d'entente avec ceux-ci, de ne pas les publier.

I. Report

November 1998

1. Introduction. The Institute considered on two occasions the position of foreign private international law in the setting of the problem of *renvoi*. On the first occasion (1896-1900)¹ the question was expressed in terms as to whether a reference to foreign law pointed to its substantive law or whether it left the final choice to the law referred to in the first instance.² The reporters (Buzzati and Lainé) were not concerned with the examination of existing provisions admitting a final choice of law by the foreign law referred to, but concentrated on the merits and demerits of either solution. They concluded that a reference to foreign law was limited to its substantive law.³

When the topic was reconsidered between 1957 and 1965, the reporter (Maridakis) reached the same conclusion.⁴ Since no agreement could

¹ Cambridge, *Annuaire* 14 (1895) 284 ; Venice, *ibid* 15 (1896) ; Copenhagen, *ibid* 16 (1897) 47, 181, 184 ; The Hague, *ibid* 17 (1899) 14, 36, 212, 230 ; Neuchâtel, *ibid* 18 (1900) 34, 35, 41.

² Copenhagen (*supra* n. 1) 47, 184.

³ *Ann.* 17 (1893) 35, 36 ; 18 (1900) 34, but note the proposals by von Bar, *Ann.* 18 (1900) 41.

⁴ Amsterdam, *Ann.* 47 (1957-II) 176 provisional ; 1 (final) at p. 16 and Annex p. 54ff, esp. 104ff where Wengler stressed the need for an approach based on general principles as well as on exceptions based on experience, by taking into account foreign private international law. A draft proposal (pp. 104-105), enumerated the exceptional situations envisaged by his family law succession, accompanied by an explanatory note

be reached either in 1961⁵ or in 1965,⁶ the Commission was discharged. At the last meeting in Milan (1993)⁷ it was resolved, on the proposal of our former Confrère Wengler, to abandon the project of a Resolution on *renvoi* in a narrow sense and to examine instead :

“la prise en considération du droit international privé étranger (the taking into consideration of foreign private international law)».

This expressed Wengler's attitude ; he said : “As long as the doctrine of *renvoi* cannot state why certain connections must be treated differently from the others and does not show which connections must be treated differently and why and as long as such a modified theory of *renvoi* has not been adopted in practice ... it cannot lead to a greater harmony of laws ...”.

2. Faced with a case involving a foreign element practical needs and the demands of justice may indicate that reliance on the *lex fori* alone can lead to unsatisfactory solutions. However, Customary Public International Law does not provide any specific choice of law rules. Comprehensive international conventions are lacking and conventions dealing with specific topics only bind those States parties to them. In these circumstances every State is free to devise its own rules of private international law.

These rules may in a particular case refer to foreign law. This is in the first instance foreign substantive law, but the foreign legal system to which the choice of law rules of the *lex fori* refer also possesses its own rules of private international law. If these lead to the application of the same substantive law because the solution is the same in both legal systems or

(p. 1077ff). See also Salzburg, *Ann.* 49 (1961-II) 272, 282, 295, 318, 320, 327 ; Warsaw, *Ann.* 51 (1965-II) 145, 150, 151, 156, 258 and contrast Oslo, *Ann.* 37 (1932) 566.

⁵ Salzburg (*supra* n. 4) 318, 327.

⁶ Warsaw (*supra* n. 4), de Nova (1966-II) Hague Rec. 437, 531 ; von Overbeck (1963) 12 AJCL 544-548.

⁷ Milan, *Annuaire* 65-II (1994), 17, 115.

because the same connecting factor is employed by both, the identity of the solution eliminates any further discussion.

If, on the other hand, the rules of private international law of the foreign country referred to themselves contain a reference back to the law of the forum or a reference on to the law of a third country, the question arises as to whether the reference by the *lex fori* to a particular foreign law excludes or includes the latter's rules of private international law.

In favour of the application of the substantive law of the legal system referred to it may be argued that the choice by the *lex fori* is deliberate and unfettered. In reply it has been said such a choice is unrealistic since it ignores the solution which the legal system referred to would have adopted and that the foreign rule of private international law should be taken into consideration and applied. In support of this argument the respect for foreign sovereignty is called in aid somewhat spuriously. The aim to coordinate the two legal systems may carry greater conviction at first sight, but if the purpose should be uniformity of decision the attempt is in vain. The stumbling block has been from the outset that only a *relative identity* is achieved, but no uniformity of results. The forum (X), in relying on its own choice of law rule uses its own particular connecting factor (A) leading to the law of Y before it can take into consideration the foreign rule of private international law containing a different connecting factor (B) which leads back to the law of X. However, the result is the opposite if the process is reversed by starting the proceedings in the foreign Y, although the factual situation is the same and contains the same foreign elements. Here the reference to the law of X, including its rules of private international law leads back to the law of Y.

Nevertheless, even if complete uniformity cannot be achieved by this method, it ensures that in the individual case a different choice of law by the law referred to can be taken into consideration. This possibility may serve a useful purpose if the forum finds it desirable that by taking the foreign rule of private international law into consideration the formal or substantive validity of an act or of a transaction is to be upheld.

Of course the fact is attractive to the forum that in the normal case of a reference back to the *lex fori* the court is enabled to apply its own rather than foreign law. It makes little difference whether resort to the *lex fori* in these circumstances is the direct result of the operation of the foreign rule of private international law or the indirect effect of the refusal of foreign law to apply in the circumstances which opens the door for the application of the *lex fori* as a substitute.

One basic insight is patent. It is a matter for the *lex fori* whether and if so in what circumstances a reference to foreign law is to take into consideration the rules of private international law of the legal system to which the *lex fori* refers. The ensuing examination may serve to fill in the details.

3. The present examination covers both the situation where the problem is dealt with by legislation and, in the absence of legislation, by the practice of the courts. While the latter, being casuistic, discloses directly the particular circumstances in which foreign private international law is taken into consideration, the former does so only where the particular circumstances are set out by the legislation itself. Hitherto this has only occurred in the legislation of four countries. Where legislation ignores this problem (and the practice of the courts has not attempted to raise it independently) or expressly rejects a reference back or on, it is only necessary to note this fact without comment.

Where the legislation permitting the application of foreign private international law is expressed in general terms, or is limited to allowing a reference back or not expressed in provisions which are themselves of a general nature, its impact can only be determined, once again, by a study of the practice of the courts. Where the rules of private international law have not been fixed by legislation, a detailed analysis of the practice of the courts is called for, irrespective of whether the countries concerned are part of the civil law, common law or Scandinavian group. However, even in the States where the legislation draws a clear line between the situations when foreign private international law is to be applied and when it is not, variants, supplementary rules and novel constructions may be observed in the practice of their courts.

The following tables illustrate the diverse solutions adopted by a representative number of States.

4. A. Countries where the legislation sets out the particular instances expressly

Germany	25 July 1986, Rev. crit. d. i. p., 1987, 170 ; Rabels Z., 987, 120.
Switzerland	18 December 1987, Rev. crit. d. i. p., 1988, 402 ; Rabels Z., 1989, 717, 605 ; R.I.D.P.P., 1989, 196 ; (1988) A.J.C.L., 235.
Portugal	25 November 1966, am. 5 Nov. 1977, art. 17(1) 18(1), Rev. crit. d.i.p., 1968, 369 ; Rabels Z. 1968, 513, Makarov (3 ed. 1978) 197.
Louisiana	C.C. 27 April 1991, Rev. crit., 1992, 223 ; Rabels Z. 57 (1993) 508-516 ; 460-507 ; cp. (1990) 38 A.J.C.L. 431.
Italy	Law 31 May 1995 n. 218, R.I.D.P.P., 1995, 511, 513 art. 13 ; Rabels Z. 61 (1997) 344-362.
Sweden	Law 5 March 1973 para. 2, and see the survey in Standinger, BGB, Appendix to art. 4 EGBGB N°. 122-123.

5. B. Countries where the legislation ignores the problem

Algeria	Bergmann-Ferid Ehe- und Kindschaftsrecht s.v. Algerien.
Argentina	C.C. 1889 art. 6ff, Goldschmidt, Derecho internacional privado (6 ed. 1988) 135ff.
Bulgaria	15 May 1985 (Family Law only) Rev. crit. 1989, 828 ; Rabels Z. 51, 1987, 228.
Burundi	15 June 1980 (Family Law only) Rev. crit. d.i.p., 1986, 576.
China	12 April 1986, Rev. crit. d.i.p., 1987, 465.
Gabon	C.C. 29 July 1972, Makarov (3rd ed. 1978) 117.
Guatemala	10 January 1986, Rabels Z. (1987) 214, 111.

Netherlands	Divorce 25 March 1981, Rev. crit. d.i.p., 1981, 809.
Paraguay	23 December 1985, Rev. crit. d.i.p., 1987, 468, Rabels Z., 1987, 440, 454.
Tchad	21 March 1967, Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht IX (1990) s.v. 10.
Yemen (North)	C.C. 21 April 1979, Rev. crit. d.i.p. 1987, 650.
now Yemen (United)	27 March 1992, Rev. crit. d.i.p. 1993, 363 and most of the Central - and South American Codes dating from the 19th century.

6. C. Countries where the legislation rejects a reference back or on

Brazil	C.C. 1942 art. 16, Makarov (3rd ed. 1978) 57 ; Dir. Int. 1964-I, 351-362.
Egypt	C.C. 1948 art. 27, Makarov (3rd ed. 1978) 17 = Jordan) C.C. 1976, art. 28, Rev. crit. d.i.p., 1987, 643, 649 ; Libya C.C. 1953 art. 28(2), Bergmann VI (1983) s.v. 8.
Greece	C.C. 1940 (1946) art. 32, Makarov. (3 ed. 1978) 120.
Kuwait	14 February 1966 art. 72, Makarov (3 ed. 1978) 72.
Peru	C.C. 14 November 1984 art. 2048, Rev. crit. d.i.p., 1986, 193, Rabels Z. 49 (1985) 486, 522 ; (1985) 25 I.L.M. 997, 1002.
Québec	C.C.V. 18 December 1981, art. 3080, Rev. crit. d.i.p., 1992, 574, 592 ; Rabels Z. 1996, 327-352.
Sudan	C.C. 1972 art. 16, Makarov 3 ed. 57.
Syria	C.C. 1949, Makarov I (1953) s.v.
Yemen, South	art. 36(2), Rev. crit. d.i.p. 1987, 654.

7. D. Countries where the legislation permits the application of foreign private international law unconditionally

Austria	15 June 1978 art. 5, Rev. crit. d.i.p. 1979, 174, Rabels Z. 1979, 375, 245 ; Z.f.R.V. 1979, 1 ; (1980) 28 A.J.C.L. 223.
---------	---

Central African Republic	3 June 1965, art. 38, Rev. crit. 1973, 394 ; = Madagascar 19 September 1962 art. 26(2), Makarov, (3 ed. 1978) 164.
Finland	Bergmann (1989) s.v. p. 13.
Poland	12 November 1965 art. 4(1) and (2), Rev. crit. d.i.p. 1966, 323, Clunet 1966, 346 ; (1966-67) 15 A.J.C.L. 330, 334, Makarov (3 ed. 1978) 184.
Taiwan	6 June 1953 art. 29, Makarov (3 ed. 1978) 272.
Turkey	22 May 1982 art. 2(3), Rev. crit. d.i.p. 1983, 141, Rabels Z. 47 (1983) 131 ; I.P.Prax 2 (1982) 254 ; Z.f.R.V. 23 (1982) 173.
Yugoslavia	15 July 1982, art. 6, Rev. crit. d.i.p. 1983, 353, I.P.Prax 3 (1983) 6 ; N.I.L.R. 30 (1983) 220, 222, R.I.D.P.P. 1983, 391, 813 ; (1985) 33 A.J.C.L. 283.

8. E. Countries where the legislation restricts the application of foreign private international law either to a reference back or on

Albania	21 November 1964, art. 25 ; Bergmann, I s.v. p. 52, Rabels Z. 52 (1968) 603 n.9 ; Makarov (3 ed. 1978) 22 back only.
Arab League	13 April 1974 art. 87, Rev. crit. d.i.p. 1984, 383, 390 : back.
Hungary	13 May 1979 art. 4, Rev. crit. d.i.p. 1981, 158. Clunet 1980, 636, Rev. internat. dr. comp. 1980, 87, 88 ; (1980-81) 55 Tulane L. Rev. 63 ; Z.V.R. 1982, 266, Jb. Ost. R. 20 (1979) 473 ; Ost. Eur. R. 26 (1980) 50 : back.
Iran	C.C. 16 February 1935 am. 26 February 1959 ; 27 February 1983 art. 973 ; Bergmann IV s.v. (1988) p. 18.
Japan	Horei 21 June 1898 art. 29, consolidated 28 June 1989, Rev. crit. d.i.p. 1990, 844, (1992) 40 A.J.C.L. 1, 51, Rabels Z. 1990, 579 : back, limited

	reference on ; upon the reform of 1989 art. 32 admitted for succession of immovables in Japan ; note to Supreme Ct 8 March 1994, Cl. 1995, 390. Law on Private International Law, 19 September 1997 article 5, Rabels Z. 1997, 545-562.
Liechtenstein	
Rumania	22 September 1992 art. 4, Rev. crit. d.i.p. 1994, 167, 173, Rabels Z. 1994, 465, 479, 534, I.P.Prax 1994, 156: back
Spain	C.C. 1889 accr. 22 July 1975 art. 12(2), Rabels Z. 1975, 724 ; A.S.D.I. 22 (1976) 400 : back only.
Togo	Family Code 31 January 1980 art. 727 ; Rev. crit. d.i.p. 1982, 602 : back.
Thailand	10 March 1938 art. 4, Bergmann IX (1983) s.v. 6, Makarov (3 ed, 1978) 279.
Venezuela	Law 6 August 1998 art. 4, Official Gazette 6 August 1998 reproducing the Draft of 1963-1965, Makarov (3 ed 1978).

9. F. Countries where the legislation restricts the application of foreign private international law by general provisions

Czechoslovakia	4 December 1963 par. 35 ; Rev. crit. d.i.p. 1965, 614, Clunet 1966, 783, Makarov (1978) 293 : "if reasonable and equitable".
Mexico	C.C.D.F. art. 14(2), Bergmann VI (1989) s.v. 16 : "exceptionally owing to special circumstances".
See also Germany	25 July 1986 art. 4(1), Rev. crit. d.i.p. 1987, 170, Rabels Z. 1986, 663 ; (1988) 27 I.L.M.1 : "Unless it contravenes the purpose of the reference or back".
Louisiana	Law 923 of 1991, 27 April : art. 3517(1) prohibits the application of foreign private international law "sauf indication contraire" art. 3517(2) allows the application "peut être prise en considération (discretion)".

**I. Detailed Analysis of the various types of legislation and Practice.
Countries in which the circumstances are set out when foreign
Private International Law is to be taken and when not**

10. Germany 25 July 1985, Rev. crit. d.i.p. 1987, 170 ; Rabels Z. 1987, 120.

- (i) *In principle* foreign private international law is to be taken into consideration.⁸
- (ii) *The individual instances* in which foreign private international law is taken into consideration are capacity,⁹ declaration of death,¹⁰ name,¹¹ formalities,¹² marriage,¹³ marriage, effects,¹⁴ matrimonial property,¹⁵ divorce,¹⁶ legitimacy,¹⁷ illegitimate children¹⁸ (descent, relationship with parent), legitimation,¹⁹ adoption,²⁰ consent

⁸ Art. 4(1).

⁹ Art. 7 *lex patriae*.

¹⁰ Art. 9 *lex patriae*.

¹¹ Art. 10(1) *lex patriae*.

¹² Art. 11(1) *lex loci actus*.

¹³ Art. 13(1) *leges patriae*.

¹⁴ Art. 14 Kegel's ladder.

¹⁵ Art. 15(1).

¹⁶ Art. 17(1) = art. 14(1).

¹⁷ Art. 19 = *lex patriae* of either party.

¹⁸ Art. 20.

¹⁹ Art. 21 = art. 14(1).

²⁰ Art. 22.

- concerning paternity, legitimation and adoption,²¹ guardianship,²² succession,²³ and form of wills.²⁴
11. a. *Exceptions* : where parties exercise a choice of law, especially in respect of contracts,²⁵ foreign private international law is not taken into consideration.
- b. The *individual instances* in which foreign law is not to be taken into consideration.

Name (choice in Germany)²⁶ formalities (*inter praesentes* or *lex causae*),²⁷ rights of a proprietary nature,²⁸ capacity to enter into a contract in another country,²⁹ marriage – alternative German law if one party lacks capacity and resides in Germany,³⁰ form of marriage in Germany or before an authorized representative of one of their national States ;³¹ marriage-effects ; choice of dual national³² or neither a national of the State of residence or no common residence ;³³ matrimonial property, choice by dual national or residence or situs of movables immovables,³⁴ divorce,³⁵

²¹ Art. 23.

²² Art. 24(1) : law of ward.

²³ Art. 25.

²⁴ Art. 26(1) : law of testator at time of making or death.

²⁵ Art. 4(4), 35 (i.e. arts. 24-34).

²⁶ Art. 10(2)-(5).

²⁷ Art. 11(1).

²⁸ Art. 11(5).

²⁹ Art. 12.

³⁰ Art. 13(2).

³¹ Art. 13(3).

³² Art. 14(2).

³³ Art. 14(3).

³⁴ Art. 15(2).

³⁵ Art. 17(3) Versorgungsausgleich only – see O.L.G. Koblenz, I.P. Ropr. 1991 N° 89.

maintenance;³⁶ legitimate children, protective measures,³⁷ guardianship, if persons involved are unknown or in another State;³⁸ succession : choice, immovables in Germany³⁹ – wills, form, alternatives, *lex loci actus*,⁴⁰ law of residence at time of making or death,⁴¹ *lex situs* of immovables.⁴²

12. Switzerland

Principle : foreign private international law forming part of the law applicable is only taken into account where the Swiss Law of 1st January 1989 so provides.⁴³ More specifically Foreign Private International Law is taken into account in matters of personal and family status.⁴⁴

Individual instances taking foreign private international law into account :

Name of a person ordinarily residing abroad – law of residence⁴⁵ including private international law.

Exception : person choosing national law.⁴⁶

Succession : law of ordinary residence of the deceased including private international law.⁴⁷

³⁶ Art. 18(1).

³⁷ Art. 19(1).

³⁸ Art. 24(2).

³⁹ Art. 25(4).

⁴⁰ Art. 26(2).

⁴¹ Art. 26(3).

⁴² Art. 26(4).

⁴³ Art. 14(1).

⁴⁴ Art. 14(2).

⁴⁵ Art. 37(1).

⁴⁶ Art. 37(2).

⁴⁷ Art. 91(1).

Exception : if jurisdiction exists in Switzerland, Swiss law applies to the succession of a Swiss national last ordinarily resident abroad, unless the deceased chose expressly the law of his last ordinary residence.⁴⁸

Form of a contract concerning immovables is governed by the *lex situs*, unless that latter allows the application of another law.⁴⁹ In the law governing a contract requires formalities as a means of protecting a party, the formalities are governed exclusively by that law unless it permits the application of another.⁵⁰

13. Portugal – Law of 25 November 1966

Principle : Portuguese law does not require consideration of foreign private international law,⁵¹ but if foreign private international as part of the law applicable according to Portuguese Private International Law refers to another law, the internal law of the latter applies.⁵²

Exception : if the reference to foreign law involves status (and therefore the *lex patriae*, art. 31(1)), and the person resides habitually in Portugal or in a country whose Private International Law refers to the internal rules of the *lex patriae* of that person.⁵³ The general principle (Art. 17(1)) applies to guardianship, personal relationship between spouses, adoptive relationships, succession or if the *lex patriae* refers to the *situs* of immovables.⁵⁴

A reference to Portuguese law by the Private International Law of the foreign *lex causae* is a reference to internal Portuguese law.⁵⁵

⁴⁸ Art. 91(2).

⁴⁹ Art. 119(3).

⁵⁰ Art. 124(3).

⁵¹ Art. 16.

⁵² Art. 17(1) : reference on.

⁵³ Art. 17(2).

⁵⁴ Art. 17(3).

⁵⁵ Art. 18(1) : reference back.

Exception : In matters of status a reference back to Portuguese law is only accepted if the person is habitually resident in Portugal or if the law of his habitual residence abroad refers to Portuguese law.⁵⁶

General Exception : The foregoing articles (17 and 18) do not apply :

- 1) if their application results in the invalidity or ineffectiveness of an act valid according to the applicable internal law according to the general principle of art. 16 (*supra*) or renders it illegal if it would otherwise be legal ;⁵⁷
- 2) if Portuguese Private International Law allow the parties to choose foreign law.⁵⁸

14. Italy – Law of 31 May 1995 N° 218, art. 13 ; R.I.D.P.P. 1995, 511, 513 ; *ibid.* 907 ff at 956 with a commentary by Mosconi.

Principle : foreign private international law is taken into consideration both when it refers to the law of a third State⁵⁹ and when it refers back to Italian law.⁶⁰

Exceptions : all cases in which Italian private international law either leaves the choice of law to the parties⁶¹ or concerns formalities⁶² or involves

⁵⁶ Art. 18(2).

⁵⁷ Art. 19(1).

⁵⁸ Art. 19(2).

⁵⁹ Art. 13(1)(a).

⁶⁰ Art. 13(1)(b).

⁶¹ Art. 13(2)(a).

⁶² Art. 13(2)(b).

quasi-contractual obligations,⁶³ namely unilateral undertakings,⁶⁴ bills of exchange and cheques,⁶⁵ agency,⁶⁶ obligations *ex lege*,⁶⁷ tort,⁶⁸ product liability,⁶⁹ also matters concerning the status of children,⁷⁰ namely legitimacy,⁷¹ legitimization⁷² and acknowledgment of paternity of illegitimate children.⁷³

Notwithstanding any of these exceptions, provisions of an international convention adopted by Italy will be followed if they require foreign private international law to be taken into consideration.⁷⁴

15. Louisiana – Law 923 of 1991 : Rabels Z. 57 (1993) 508⁷⁵

Inserted in the Civil Code as articles 3515-3549, this legislation differs from that elsewhere. It combines the American technique of relying on “approaches” (guide lines)⁷⁶ with the orthodox use of “rules” as applied

⁶³ Art. 13(2)(c).

⁶⁴ Art. 58 (C.C. arts. 1982, 1988, 1989).

⁶⁵ Art. 59; however the reference to the Geneva Conventions of 2 June 1930 and of 19 March 1931 would appear to let in foreign private international law indirectly – see arts. 2(1) and 2(1) respectively ; see art. 13(5) below. And see below par. 26 text to fn 102.

⁶⁶ Art. 60.

⁶⁷ Art. 61 : *negotiorum gestio*, unjustified enrichment, payment without good cause.

⁶⁸ Art. 62.

⁶⁹ Art. 63.

⁷⁰ Art. 13(3).

⁷¹ Art. 33.

⁷² Art. 34.

⁷³ Art. 35.

⁷⁴ Art. 13(5).

⁷⁵ See the commentary by Symonides, *ibid* 460-507.

⁷⁶ Expressed as a general principle (art. 3515(1) it is applied to status in general (art. 3519(1)), contractual obligation in general (art. 3537), tort in general (art. 3542) ; see also art. 3547.

elsewhere. This eclectic method is employed in determining in what circumstances foreign private international law is to be taken into consideration. In principle it is excluded.⁷⁷ It must be taken into consideration whenever the statute requires that regard is to be had to "the law that would be applied by the courts of the State referred to". This is the case where the form of wills of immovables,⁷⁸ succession to immovables situated abroad⁷⁹ and real rights in immovables situated abroad are involved,⁸⁰ but not otherwise. The consideration of foreign private international law is *discretionary* ("may be taken into consideration")⁸¹ when a particular question is to be decided on the basis of the law of that State "the policies of which would be most seriously impaired".⁸² In addition to status, contracts and torts this includes the incidents of marriage and divorce⁸³ but not marriage, divorce and judicial separation themselves.⁸⁴

16. The so-called discretionary application of foreign private international law differs from the familiar technique whereby the private international law of the forum refers to foreign law including its rules of private international law. Instead of an initial choice of foreign law, followed

⁷⁷ Art. 3517. The exclusion covers movables acquired as matrimonial property by the spouses (art. 3523), the formal validity of wills (art. 3528 : alternatives), capacity to make a will (art. 3529 : alternatives) and to take under a will (art. 3530), the interpretation of wills (art. 3531) and succession to movables (art. 3532) ; real rights in corporeal movables (art. 3536), the form (art. 3538 : alternatives) and capacity (art. 3539) to make contracts (alternatives), the standards of conduct and safety (art. 3543), loss distribution (art. 3544), and punitive damages (art. 3546 : alternatives).

⁷⁸ Art. 3528(4).

⁷⁹ Art. 3534(1).

⁸⁰ Art. 3535(2).

⁸¹ Art. 3517(2). See *Nunez v. Bartels* (1996) WL 184 194 (La. App. 1 circ.).

⁸² Art. 3515, 3519 (status) ; 3537 (contracts), 3542 (torts).

⁸³ Art. 3519(1), 3522.

⁸⁴ Art. 3520, 3521.

by the consideration and application of foreign private international law, the rules of private international law of the forum and of the potential foreign *lex causae* are juxtaposed. An attempt is then made, having regard to the connecting factors used by the choice of law rules of the forum and of the potential *lex causae*, to pinpoint the legal centre of the relationship between the parties and of the claims of the legal systems affected to be applied in order to ascertain with which State the case is most closely connected. One is reminded of Meijer's proposal⁸⁵ as expressed by the Hague Convention of 15 June 1955 to let the connecting factor "domicile" of the conflict rules of the *lex causae* prevail over that of nationality adopted by those of the *lex fori*. Only the Louisiana law goes further by taking other connecting factors also into consideration.

17. This novel approach to take the respective rules of private international law into consideration in order to determine the seat of the relationship before the court at the initial stage of making a selective choice of law opens up a new aspect of the problem for discussion. Instead of a selective concatenation a selective appreciation of the choice of law rules of the *lex fori* and the potential *lex causae* takes place. Although treated in Louisiana under the heading of "renvoi", an initial cumulative examination in order to determine the appropriate choice of law rule for the solution of the case has little in common with the time-honoured technique of considering the impact of a foreign rule of private international law after the original choice of law has taken place in accordance with the rules of private international law of the *lex fori*. Nevertheless the technique deserves attention. It is noteworthy that the legislation in Louisiana requiring unconditionally the consideration and application of foreign private

⁸⁵ Bull. Inst. Juridique International 38 (1938) 192, 224 and see the lit. quoted by de Nova, Hague Rec. 118 (1966 II), p. 522 ; originally it featured as a subsidiary choice of law rule in the Benelux Conventions of 15 March 1950 art. 15, Rev. crit. d.i.p. 1951, 710 ; 1952, 377 revised 4 October 1968. Rev. crit. d.i.p. 1968, 812, Clunet 1969, 358 (1970) 18 A.J. Comp.L. 420. Struycken, Hague Rec. 232 (1992 I) 267, 357. See also Institut de Droit international, Cairo, *Annuaire* vol. II, 291, 293 N° 7. Ziccardi, Studi Ago IV.

international law is restricted to the preservation of the unity of succession which is threatened in common law countries by the distinction between the law applicable to movables and to immovables. Furthermore any provision offering alternative solutions excludes the consideration of foreign private international law.

II. Practice in countries where legislation ignores the problem

18. Among the countries where the legislation ignores the problem, application of foreign private international law was judicially denied in *Argentina* : Supreme Court 4 May 1920, Larangucira, Gareta del Foro, May 1920 N° 1256, p. 107. The Supreme Court referred back without expressly or implicitly applying foreign private international law in a case where the court below appears to have done so ; *Goldschmidt*, Derecho Internacional Privado (6ed. 1988) 135 ff.

19. Spain

Before the Codigo Civil was amended in 1976, Spanish judicial practice was divided and restricted to succession : in favour Juzgado Hospital 30 June 1900, Clunet 1901, 905, 911, C.A. Granada, 7 February 1925 ; but see Supreme Court, 10 February 1926 referring the case back without any reference to *renvoi* [1947] Ch. 506, 520 ; similarly 21 February 1935, Rev. Gen. Legisl. y Jurispr.t. 217, 567 (1935) : Supr. Ct. 27 May 1968, *Beertram de Herredia y Castro*, referring back the case (involving dual nationality) without mentioning *renvoi* : Rev. Esp. Der. Internac. 22 (1969) 343 ; Pecourt Garcia *ibid* 343 ; Perez Vera *ibid* 561-586 at 571 but note the Dirección General de los Registros y del Notariado 30 June 1956 in favour of *renvoi* ; see von Hoffmann and Artiz Arce, Rabels Z. 39 (1975) 647, 654 ; Neuhaus *ibid*. 15 (1949) 157 ; Goldschmidt *ibid* 345 note to *Re Duke of Wellington* [1947] Ch. 506 ; id Derecho Internacional Privado (6 ed. 1988) 135 ff.

20. Belgium

With the exceptions noted below, foreign private international law was taken into consideration in the following situations :

- Divorce : Cass 9 March 1882 *Bigwood v. Scheler*, Pas. 1882 I 62 ; S. 82.4.67.
 On appeal from Brussels 19 May 1881, Pas. 1881 II 263, Brussels 4 June 1928 J.T. 1928, 511, Cl. 1930, 467
 Trib. Civ. Brussels 31 April 1951, Pas. 1952 III 42, Clunet 1950, 385 Ca. Trib. Civ. Antwerp Febr. 1939, Clunet 1946-49, 84.
- Matrimonial Property : Brussels 7 July 1943 J.T. 1943-45, 41, Clunet 1946-47, 106, Trib. Civ. Brussels, 26 February 1953, Pas. 1956 III 82. Ca. Brussels, 21 June 1954, Pas. 1956 II 25, Clunet 1955, 953, 959 Brussels 16 May 1960, Pas. 1960 II, 265 ; Clunet 1962, 1057.
- Paternity : Brussels 6 February 1914, Clunet 1914, 993 ; Trib. Brussels 20 February 1990 ; Cl. 1996, 165, 16 June 1992, Cl. 1966, 165 ; 13 January 1987, R.G.D.C. 1988, 195 ; Cass. 4 Nov. 1993, Cl. 1996, 166.
- Adoption : Civ. Brussels 31 January 1953, J.T. 17 May 1953.
- Succession : Antwerp, 22 April 1986, Rechtsk. W.bl. 1986-88 col. 876, Cl. 1989, 768.

When dealing with torts committed in Germany, involving Belgian parties only habitual resident in Belgium, Belgian, not German law was applied. It would seem that a subsidiary rule of Belgian law, similar to that in Dutch and German law (see below), was applied, not a rule of German private international law (cp. T.I.G. Paris 21 June 1969, G.P. 1970 1.138 ; D. 1970, 780 – below s.v. France).

Civ. Antwerp 4 November 1976, R.W. 1976-77, 2089
 Civ. Brussels 30 June 1916, R.W. 1976-77, 1176.

This development was initiated by the German Decree of 7 December 1942 (B.G.B.I. 1942 1.706) and is foreshadowed by art. 14(2)

of the Draft of a Uniform Benelux Law of Private International Law of 29 November 1968, Clunet 1969, 358, with a comment by Rigaux at 349-350 ; Rev. crit. 1968, 812, 1969, 334, 358.

21. Netherlands

Practice is sparse and offers little assistance ; probably the selection offered by article 11(2), (3) of the revised Benelux Draft of 3 July 1969 (1970) 18 A.J.C.L. 420 accepting a reference by the foreign *lex patriae* to the Dutch *lex domicilii* will be adopted.

Positively :

Succession :	C A Leeuwarden, 3 March 1954, N.J. 1954, 328, Clunet 1957, 467 ; ca. Rb. Utrecht 12 November 1954, N.J. 1955, 372, Cl. 1957, 469.
Adoption :	D.C. Middleburg, 21 December 1984, N.I.P.R. 1985, 351b.
Divorce :	D.C. Utrecht, 14 May 1969, N.T.I.R. 18 (1971) 89.
in favour :	D.C. Amsterdam, 9 January 1975, N.J. 1976, 50. von Rooij and Polak, Private International Law in the Netherlands (1987) 240, Sauveplanne, Elementair Internationaal Privaatrecht (1965) 82-83 ; Ca. Kosters-Dubbink, Nederlands Internationaal Privaatrecht (1962) 276, 287.

The C.A. The Hague, 18 June 1955, Clunet 1959, 507 applied Dutch law in the case of a tort involving two Dutch parties habitually resident in the Netherlands. It relied on a supplementary rule of Dutch law and not on a reference back by German law, the law of the place where the tort occurred. See Drion, Festschrift für Riese (1954) 225, 229 ; Lüer, N.T.I.R. 12(1965) 124, 126 n. 8.

22. Lebanon

In favour : Succession : C.A. Mt. Lebanon, 16 August 1951, Clunet 1952, 926 ; also Cass. 25 May 1938, Répertoire de Jurisp. des Trib. mixtes N° 60, C.A. 22 February 1945, N° 73/1945.

23. France

An extensive, but sometimes contradictory practice by the courts of first and second instance⁸⁶ is matched by a fairly consistent line of decisions of the Court of Cassation. Foreign rules of private international law appear to be taken into consideration in the following situations : capacity in general,⁸⁷ capacity to marry,⁸⁸ guardianship (adults),⁸⁹ divorce⁹⁰ (treating a foreign reliance on jurisdiction elsewhere as a foreign reference back or on – hidden *renvoi*) and succession.⁹¹ The answer is doubtful in the case of

⁸⁶ Derruppé and Agostini, *Jurisd. dr. internat.* Fasc. 532-2 (1994).

⁸⁷ Paris, 9 November 1935, Clunet 1936, 893 ; Rev. crit. d.i.p. 1936, 182 ; Limoges, 26 June 1939, Rev. crit. d.i.p. 1939, 461.

⁸⁸ T.I.G. Paris, 10 February, G.P. 1962 I.284 but see Paris, 30 November 1934, Rev. crit. d.i.p. 1935, 486.

⁸⁹ Paris, 27 October 1931, Rev. dr. internat. privé 1935, 507 ; Paris, 5 November 1935, Clunet 1936, 893.

⁹⁰ Cass 10 May 1939, *Birchall*, Clunet 1940-45, 107, Rev. crit. d.i.p. 1939, 472, S. 1942, I.73 ; Cass 1 April 1954, *Bradford* Bull. civ. II N° 140 ; Cass 18 April 1972, Rev. crit. d.i.p. 1972, 672 note Lagarde ; Cass 15 May 1963, Clunet 1963, 1016, note Malaurie, Rev. crit. d.i.p. 1964, 532 note Lagarde, J.C.P. 1963 II 13 365 note Motulsky. Regarded by some as supporting reference on (*renvoi* of second degree), it can also be read as relying on a cumulation of laws. See Cass 7 November 1933, Clunet 1935, 88, S. 1934, 1.322, note Audinet. For the practice of treating a foreign refusal of jurisdiction in divorce because the parties are domiciled in another country as a reference to the law of that other country see Niboyet *Traité III*, 1055.

⁹¹ Cass 27 June 1878, *Forgo* D.P. 1878.1.56 ; S. 1878.1.249, Clunet 1878, 285 ; 22 February 1882, D.P. 1882.1.301 ; S. 1882.1.393, 64 ; Cass 6 March 1910, *Soulié* D. 1912.1.262 ; S. 1913.1.205, Rev. dr. internat. privé 1910, 870 ; Cass 7 March 1938, *Marchi della Costa*, Clunet 1938, 784, Rev.crit.d.i.p. 1938, 472 ; cass 7 Nov. 1934, *Guez v. Ben Attar* S. 1934.1.321, Clunet 1935, 88 ; Rev.crit.d.i.p. 1934, 440. In the case of a reference to the law of a non-contracting State also the Hague Succession

adoption,⁹² but probably negative. The form of marriage did not call either for the consideration of foreign private international law. It is true that a French court admitted a religious (Jewish) form of marriage in Italy but the court below had found that Italian law permitted the exercise of Jewish marriage rites in Italy.⁹³ Nor is foreign private international law taken into consideration in matters of paternity,⁹⁴ whatever the practice before 2 January 1972⁹⁵ given the tenor of the new legislation. Foreign private

Convention of 1st August 1989 art. 4, 17 supporting a reference on.

⁹² T.G.I. Nice 3 July 1963 *Lady Hope née Maugham v. Maugham and Searle*, Clunet 1964, 562, note Ponsard, J.C.P. 1964 II 13830, G.P. 1964.1.46 seeing that the same result was reached by French and English law ; Batiffol and Lagarde II N° 467 n. 55.

⁹³ Cass 15 June 1982, *Zagha*, Clunet 1983, 594, note Lehmann ; see also Batiffol and Lagarde II N° 425 ; for Germany see Law of 25 July 1986, art. 11(1) ; Soergel, B.G.B. art. 13 N° 66.

⁹⁴ CC 311-15-34-17. D. Mayer, Clunet 1977, 458 defines them as "règles de conflits engagés", containing alternative choice of law rules ; also art. 311-14 which excludes taking foreign private international law into account ; Foyer, Trav. Comm. fre. d.i.p. 1980-81, 112 speaks of "désignation directe et impérative" (the equivalent, it would seem of "Sachnormverweisung" in German law) ; see also B. Ancel, Rev. crit. d.i.p. 1980, 550 ; Foyer, Clunet 1977, 664-666. For the practice after 2 January 1972 see Paris 11 May 1976 *Anick D. v. Kostia de D.*, Clunet 1977, 656 with a critical note by Foyer, Rev. crit. d.i.p. 1977, 609, 618, note Fadlallah ; Lyon 31 October 1979, Clunet 1981, 55 note Foyer ; Rev. crit. d.i.p. 1980, 558 note Ancel ; D. 1980, inf. rap. 332 note Audit (legitimation), T.I.G. Paris, 27 October 1973, *Coderch*, Clunet 1974, 124 ; G.P. 1973.1.25 ; (legitimation), T.I.G. Paris 12 July 1982, S. 1983, 200, but see T.I.G. Paris 20 April 1982, *Martone v. Hublen*, Clunet 1983, 582 note Derruppé : paternity, double renvoi.

⁹⁵ Cass 8 December 1953, *Sommer* Rev. crit. d.i.p. 1955, 133 ; J.C.P. 54 II, 8080, D. 1954.1.167 (paternity renvoi allowed). Cass 4 November 1958, Clunet 1959, 789, note A.P. Rev. crit. d.i.p. 1959, 303 (legitimam), no renvoi.

international law is also not considered in maintenance cases.⁹⁶ Similarly foreign private international law does not apply in matters of matrimonial property. Unlike in other countries where reliance is placed on the personal or the proprietary aspects of matrimonial property regimes the view is taken in France that the problem is always one of contract, unless the ratification of the Hague Convention of 14 March 1978 will modify it. The contractual nature of the institution and the desirability of a unitary regime provide the guidelines for the courts.⁹⁷ The French practice is followed in Luxemburg, Bernecker, *Rabels Z.* 27 (1962) 262, 270.

24. England

Foreign private international law is taken into consideration in England where succession, testate or intestate, to movables⁹⁸ or immovables⁹⁹ and legitimation¹⁰⁰ is concerned, and, limited to a reference on, to capacity

⁹⁶ T.I.G. Paris 22 February 1957, Clunet 1957, 723 ; Cass 22 May 1957 *ibid.* 737.

⁹⁷ Cass 22 January 1969, *Lardan S.* 1969, 264 ; Rev. crit. d.i.p. 1969, 710 note Derruppé, Clunet 1969, 644 note Ponsard. Cass 1st February 1972, *Goutherz*, Clunet 1972, 594 (note Kahn), Rev. crit. d.i.p. 1972, 644 note Wiederkehr ; J.C.P. 1972 II 17096 ; Paris 25 November 1976, and 1st June 1978, *Massine*, Clunet 1979, 110, 113 note Lebrousseur at 124, 125 ; Paris 3 December 1980, *Liss Zaionz*, Clunet 1981, 578 ; Cass 24 January 1984, *Mari*, Clunet 1984, 468 ; Paris 31 October 1991, Hewitt Clunet 1992, 372 note Idot, esp. p. 383. In favour of considering foreign private international law : Trib. Orleans 27 February 1951, Rev. crit. d.i.p. 1954, 358 also Cass 18 July 1955, *Balzan* Clunet 1906, 446 ; Rev. dr. internat. privé 1906, 200, see also the tentative suggestion by Derruppé note *Mari*.

⁹⁸ Re *Annesley*, [1926] Ch 692 ; Re *Ross* [1930] 1 Ch 377.

⁹⁹ Re *Ross* [1930] 1 Ch 377.

¹⁰⁰ Re *Askew* [1930] 2 Ch 259.

to marry¹⁰¹ and the formalities of marriage.¹⁰² The previous practice on the form of wills¹⁰³ has been superseded by legislation¹⁰⁴ following the Hague Convention 1961 on the Force of Wills.

25. Scandinavian countries

Foreign private international law is disregarded in Denmark,¹⁰⁵ Sweden,¹⁰⁶ and Norway¹⁰⁷ except where an International Convention (The Geneva Convention on Bills of Exchange (1930) and Cheques (1931) so requires.

26. United States of America

In the United States, a number of decisions occurred during the second part of the last century and rarely during the present century. They concerned succession¹⁰⁸ and several involved contracts.¹⁰⁹ At the present

¹⁰¹ *R v. Brentwood Registrar of Marriages, ex p. Arias* [1963] 2 Q.B. 956 unless a previous divorce must be recognized in England . Family Law Act 1986 s. 50.

¹⁰² *Taczanowska v. Taczanowski* [1957] p. 301 ; critical Batiffol and Lagarde II N° 425.

¹⁰³ *Collier v. Rivaz* (1841) 2 Curt 855.

¹⁰⁴ Wills Act 1963 s.6(1). *Dupuy v. Wurtz* 53 N.Y. 556 (1873) formal validity will of movables.

¹⁰⁵ Philip, Dansk International Privat-og-Processret (3 ed. 1976) 50.

¹⁰⁶ Marriage etc. Law 14 December 1973, Bergmann- Ferid VIII (1989) superseding Marriage etc. Law 8 April 1904 ch. 1 par. 2 ; Standinger EGBGB (13 ed. 1996) Appendix to art. 4 N° 122-130.

¹⁰⁷ Bergmann- Ferid VIII (1985) ; Standinger *supra* N° 106 N° 109-111.

¹⁰⁸ *Matter of Tallmadge* (1919) 109 Misc. 696, 181 N.Y.S. 336 Re *Schneider's Estate* (1950) 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S. 2d 652, Clunet 1950, 976 ; Re *Zietz* 198 Misc. 79, 96 N.Y.S. 2d 442, 446.

¹⁰⁹ Negatively *Siegelmann v. Cunard White Star* (1955) 176 F (2d) 189, 194 [3, 4] but see 203 [34] ; doubtful : *Mason v. Rose* (1949) 176 F (2d) 486 488-489, but 490 with references ; positive : *University of Chicago v. Dater*

time, the Restatement Second, Conflict of Laws art. 8 envisages only two instances : first if the solution (as distinct from the legal basis of the issue) is the same in both legal systems and secondly if the need arises to ascertain with which law the case is most closely connected – a test taken up by the recent legislation in Louisiana (*supra*).

III. Special problems

27. Contracts

It has also been argued at one time in Germany¹¹⁰ that in contracts, too, foreign private international law should be taken into consideration in the absence of an express choice of law. This assumes that the choice of law has become an objective one, independent of the intention of the parties. Where the intention is express or implicit, an attempt to superimpose upon that choice of law the choice of law rules of the *lex causae* would frustrate free choice in contract. This view is supported by art. 15 of the Rome Convention of 19 June 1980. Naturally if the parties themselves should make a choice which includes the rules of private international law of the law chosen, the law so rendered applicable would represent the law freely chosen by them, albeit by a strangely circuitous route. In Europe the unorthodox solution has found some support in Germany¹¹¹ and was rejected in England,¹¹² France¹¹³ and elsewhere ; for the USA see above.

¹¹⁰ 166 Misc. 465, 1 N.Y.S. 2d 951 ; *Re Lando's Estate* – 112 Minn. 257, 127 N.W. 1125 (1910) : marriage, validity.

¹¹¹ But see now Law of 27 July 1986 art. 4(2), 35 (incl. arts. 24-34) and C.A. Cologne 2 October 1992, I.P. Rspr. 1992 N° 45 p. 92.

¹¹² See above. See now the revised par. 1051(1) second sentence of the Code of Civil Procedure (ZPO) BGBL 1997 I 3224. And see Soergel, BGB vol. 8 (11 ed. 1983) art. 27 N° 34 ; N° 388 before art. 7 with cases and lit. in favour and against ; it was rejected e.g. in Switzerland BG 21 October 1955, BGE 81 II 391, 393(1) ; von Overbeck, Hague Rec. 176 (1982, III) p. 147, 150 N° 324 : also Austria Law 15 June 1978, par. 11(1) : Portugal 25 November 1966, art. 19.

¹¹³ In England : *United Railways of Havana and Regla Warehouses* [1967] A.C. 1007 ; *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*

It must be admitted that as a means of ascertaining with which legal system the contract is most closely connected by the process of weighing the choice according to the choice of law rules of two(or more ?) possible legal systems before selecting either of them (and not by the usual rigid method of a reference on or back after an initial choice of law), the US Restatement and the Louisiana Civil Code (*supra*) offer a new perspective as to how to take foreign private international law into consideration.

28. Torts

Occasionally voices have been raised in Germany advocating that foreign private international law should also be taken into consideration when torts are concerned.¹¹⁴ In the United Kingdom the Private International Law (Miscellaneous Provisions Act 1995 s. 9(5) excludes the consideration of foreign Private International Law where, as in Germany (old EGBGB) and according to the Court of the European Union¹¹⁵ the law of the place of acting and the law of the place where the accident occurred apply alternatively, consideration of foreign private international law seems to be excluded.¹¹⁶

An exception has been detected where an international convention, here the Hague Convention on Traffic Accidents (art. 3), prescribes special

[1984] A.C. 50, 61-62 ; for the reason why the reference to foreign private international law in *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] A.C. 277 can be disregarded see Lipstein (1977) 36 Cambridge L.J. 47, 48-49.

¹¹³ Paris 3 March 1994, Cl. 1995, 609 note Legier.

¹¹⁴ Kegel in Soergel, Kommentar zum BBG vol. 8 (11 ed. 1983) art. 12 N° 78 with references to conflicting German practice (FN. 14) ; von Bar, Internationales Privatrecht I (1987) N° 621 ; ca. Beitzke, Festschrift Wilburg (1975) 31-39 ; Kropholler, Internationales Privatrecht par. 24 II.7 ; von Overbeck, N° 328, p. 152.

¹¹⁵ Art. 12 : *Handelskwekerij Bier v. Mines de Potasse d'Alsace* [1976] E.C.R. 1735.

¹¹⁶ See *infra* N° 28.

rules of private international law. In this case some German courts have argued that the Convention represents the *lex loci delicti* and that its choice of law rules must be taken into consideration by the forum elsewhere as foreign rules of private international law.¹¹⁷

In fact the Hague Conventions – and this one in particular – seek to create uniform rules of private international law ; the rules of the Convention are themselves the conflict rules of the *lex loci delicti* and assume an identity of solutions due to the identity of the law in the respective contracting States.¹¹⁸ The answer may be different if the law applicable under the Convention is that of a non-contracting State.¹¹⁹

International Conventions can of course take a different course, but few have done so.¹²⁰ In the wake of war-time legislation by Germany¹²¹ which applied German law to torts committed abroad between German nationals, the principle was adopted by German courts in the post-war period and extend to collisions abroad between German vessels.¹²² The rule did not apply if one of the parties only was a German national, even if both resided

¹¹⁷ L.G. Schweinfurt 25 October 1979, I.P. Rspr. 1979 N° 23a ; I.P.Rax 1981.1.26 ; L.G. Nürnberg-Fuerth 31 January 1980 I.P.Rspr. 1980 N° 32 but see *Annuaire de l'Institut de Droit international* 59 (1981) I, 252 ; von Overbeck, Hague Rec. 176 N° 141.

¹¹⁸ Cass 4 October and 18 October 1989, Clunet 1990, 415, 418 ; Rev. crit. d.i.p. 1990, 712, 720.

¹¹⁹ Graue, Rabels Z. 57 (1993), 26,51. Hague Succession Convention of 1st August 1989 art. 4 if the law applicable is that of a non-contracting State. The early Hague Conventions took a more favourable view generally. Marriage Convention 1902 art. 1 ; Effects of Marriage Convention 1904 art. 5(2).

¹²⁰ Geneva Conventions on Bills of Exchange, 7 June 1930 art. 2(1) ; Migliazza, R.I.D.P.P. 1996, 499.

¹²¹ Decree 7 December 1942.

¹²² Soergel, BGB art. 12 N° 29 with cases: BGHZ 34, 222, I.P. Rspr. 1960-1961 N° 47(a) and (b) ; 57, 265, 268, I.P.Rspr. 1976, N° 17.

in Germany,¹²³ nor if one German party resided in the country where the tort was committed.¹²⁴ Subsequently it was held that if special circumstances disclosed that the application of the *lex loci delicti* would be accidental or inappropriate and that the application of another legal system would be more adequate, the *lex loci delicti* may have to give way to another law.¹²⁵ In the end German law was applied if two foreigners were involved in a motor car accident abroad, provided that Germany was the centre of their life and activities and their motor cars were registered and insured in Germany.¹²⁶ The rule was not applied in the converse case when two Dutch nationals were involved in a motor car accident in Germany.¹²⁷ The rule remained a unilateral one.

29. International conventions

If an international convention formulates uniform choice of law rules, their purpose is normally to prevent their circumvention by taking into consideration the divergent national choice of law rules of the system of laws designated by the Convention.¹²⁸ An exception exists when the Convention

¹²³ BGHZ 5 October 1976, I.P.Rspr. 1876 N° 17.

¹²⁴ BGHZ 87, 95, 98. I.P.Rspr 1983 N° 31.

¹²⁵ BGHZ 87, 95, 98, I.P.Rspr. 1983 N° 31 ; 90, 294, 298, I.P.Rspr. 1984 N° 29 ; 93, 214, 216, I.P.Rspr. 1985 N° 37 ; 108, 200, 202, I.P.Rspr. 1989 N° 56.

¹²⁶ BGHZ 119, 137, I.P.Rspr. 1992, N° 58.

¹²⁷ BGHZ 57, 265, 268, I.P.Rspr. 1976, N° 17.

¹²⁸ Hague Conventions of 15 June 1955 art. 2, 3(sale) ; 15 April 1958, art. 3 (sale, transfer of title) ; 24 October 1956 art. 3 (by implication) ; 2 October 1973 art. 4,6 (maintenance obligations) ; 5 October 1961 art. 2,3 (guardianship of minors) ; 5 October 1961 art. 1 (wills) ; 4 May 1971 art. 3 (traffic accidents) ; 2 October 1973 arts. 4,5 (products liability) ; 14 March 1978 art. 3,4 (matrimonial property) ; 14 March 1967 art. 6 (agency) ; 25 October 1980 art. 1 (implied, child abduction) but see 1 August 1989 art. 17 (succession), with the exception if the law applicable is that of a non-contracting State (art. 4) ; also : Rome Convention of 19 June 1980 art. 15 (contracts) ; I.C.S.I. Convention on Investment Disputes, 18 March 1985 art.

extends its operation to non-contracting States.¹²⁹ However, a contrary trend has also found expression.¹³⁰ It is another question whether the parties can autonomously evade the operation of an international Convention.¹³¹

30. Specific Problems

Incidental or Preliminary Question

The question before a court, whether of a private character (*e.g.* status, title to property) or in the nature of public law (acquisition of nationality, entitlement to social security) may depend upon the determination of another question (the validity of a subsequent marriage, or of a previous contract). If the principal question : legitimate birth, validity of a marriage is governed by the *lex fori*, that law, including its choice of law rules will apply. Therefore the individual substantive question which forms the object of the Preliminary or incidental question in the case before the

42(1) ; International carriage by rail, 9 May 1980, Appendix A art. 8 ; Appendix B art. 10 abrogating the previous Conventions of 7 February 1970 and 22 February 1966. The same applies to bilateral conventions ; see Zweigert, Rabels Z. 16 (1950-51) at 637 with lit. N° 5 ; Lewald, Rec. des Cours 29 (1929 : IV) 573, 578, 579 ; Wengler, N.J.W. 1951, 505 ; Niboyet III N° 1084 ; Chambéry, 17 December 1934, Rev. crit. d.i.p. 1935, 505 ; van Hoogstraten in De Conflicter Legum, Mélanges Kollewijn and Offerhaus (1962), 209, 211, 222.

¹²⁹ Hague Convention, 1 August 1989 arts. 4,17 ; the provision of art. 12(1) of the Marriage Convention of 14 March 1978 is purely jurisdictional ; Jayme, Festschrift für Beitzke (1979) 541, 542.

¹³⁰ Geneva Convention, 7 June 1930 on the Conflict of Laws in matters of Bills of Exchange and Promissory Notes art. 2(1) ; 19 March 1931 on the settlement of certain Conflicts of Laws in connection with cheques, art. 2. But see the critique by Gutteridge (1931) 12 Brit.Yb.I.L. 12, at 25(4) ; Lewald, Rec. des Cours 29 (1929 IV) 581.

¹³¹ Derruppé, Juriscl. dr. internat. Fasc. 532-3 (1993).

court will be determined uniformly in the forum, irrespective of whether or not the substantive problem arises as Preliminary or as a Principal question.

If, however, the Principal Question is governed by foreign law, the problem is whether any individual substantive Preliminary or incidental question is governed by the foreign *lex causae* and, if necessary, by its choice of law rules or by the *lex fori* and its conflict rules. In both cases reliance on foreign private international law may be involved, but when the Principal Question is governed by the *lex fori* a reference back or on will be exceptional. If however, the Principal Question is governed by foreign law and its choice of law rules should apply as well (which is open to debate), foreign Private international Law is automatically taken into account by the forum.

The basic issue remains whether the individual substantive question which forms the object of the Preliminary or Incidental Question before the court is to be determined differently according as the Principal Question is governed by the *lex fori* or by a foreign *lex causae*. The criterion is whether it is desirable that a Preliminary or incidental Question should be determined uniformly by the *lex fori* in all cases before the *forum* or differently according as the *lex causae* may vary from case to case.¹³²

In simple, uncomplicated cases, a Preliminary or Incidental Question arising contemporaneously with the Principal Question will be governed by the same law as the Principal Question, i.e. the *lex fori* or the *lex causae*. Thus in an action on a contract question of capacity, consent and mistake will be governed by the same law. In more complicated situations Preliminary Questions may involve the application of another legal system and thus the need to take the conflicts rules not only of the *lex fori* but also of the *lex causae* into account. However, this is controversial. Reliance on the *lex fori* and its own choice of law rules alone is illustrated by the decision of the

¹³² *Annuaire de l'Institut de Droit international* 49 (1966-II) 278, Wengler, *ibid.* 47 (1957-II) 110 and Rabels Z. 16 (1950-51) 1 at 23ff. Rigaux, *Rec. des Cours* 117 (1966 I) 353, 422.

House of Lords in *Shaw v. Gould*¹³³ where the Principal Question before an English court was legitimacy governed by Scots law because the parties were domiciled there at the time of the child's birth. The wife's previous marriage governed by English law had been dissolved in Scotland, but the divorce was not recognized in England, while it was so recognized in Scotland, as was the wife's subsequent marriage. The House of Lords relied throughout on the *lex fori*, English law and English private international law, although Scots law governed the Principal Question ; the second marriage was void and with it the issue of legitimacy.

On the other hand, reliance on the foreign *lex causae*, governing the Principal Question, Scots law, would have led to the opposite result. The reason for supporting the latter solution is that, unlike in a simple contemporaneous emergence of one or several Preliminary or Incidental Questions, the intervention in time of a situation giving rights or status opens up a new dimension. It recalls the specific debate raised by an anomalous situation where justice rather than strict adherence to law seems to require the recognition of a legal position approved of at an earlier stage (see also below N° 31).

31. Situations Acquises

Given currency by Raape¹³⁴ but probably first raised by von Bar¹³⁵ – this classic problem envisages the validity of the marriage in Russia of two Swiss nationals, uncle and niece, both domiciled in Russia. The marriage is valid by Russian law, the law of the place of celebration and by Swiss private

¹³³ *Shaw v. Gould* (1868) L.R. 3 H.L. 55 ; *R. v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriages, ex parte Arias* [1968] 2 Q.B. 956 Clunet 1974, 411-414 note Lipstein ; *Caliero v. Wydler*, BGE 80 I 427 ; Rev.crit.d.i.p. 1957, 52 (Swiss).

¹³⁴ Rec. des Cours 50 (1934 IV) 405, 413 ; von Overbeck *ibid.* 176 (1982.III) 13, at p. 170 ff N°. 363, 364, citing Benelux Uniform Law, art. 25(2) of the original text, art. 26 of the revised text ; Restatement Second art. 8(3).

¹³⁵ *Annuaire de l'Institut de Droit international* 18 (1900) 41.

international law, but not according to the *lex patriae* of the parties, Swiss domestic law. If the validity is in issue later on in proceedings in an Italian court, at a time when Italian law did not take into consideration a reference back or on by the foreign applicable law, and the marriage is held to be void. However justice and common sense demand that the reference to Swiss domestic law should give way to solution which leads to Russian law.¹³⁶ It may perhaps also be argued that Swiss domestic law forms the Principal Question, but that the effect of a marriage abroad when by the intervention of time or space the connecting factor has changed places this situation on an equal footing with that discussed above in the case of the Incidental or Preliminary Question proper.¹³⁷

Two cases, one Canadian, one English, bear out the proposition made here. In the first the Principal Question before the Ontario court concerned the wife's capacity to marry, governed by Israeli law. The Incidental Question involved the recognition of a previous religious divorce in Italy, where it was illegal. The Ontario court followed the recognition of the foreign divorce by Israeli law and attributed to it the conferment of the

¹³⁶ Von Overbeck (*supra* n. 134) at 171. Lewald, Rec. des Cours 29 (1929 IV) 573 with cases, but 596 ; *ibid.* 89 (1939 III), 58 and n. 3 ; Festschrift f. Fritzsche (1952) 165, 172 = Saarlandische Rechts- und Steuerzeitschrift 1952 N° 1 & 2, p. 1 Batiffol and Lagarde, D.I.P. (7ed 1981) N°. 307, p. 359 ; N°. 308, p. 360 ; Duperré, Juriscl. dr. internat. fasc. 532A N° 16-117 with lit : French doubts (Niboyet, Traité III N° 1005) seem to have been allayed : Weil and Alexandre Juriscl. dr. int. fasc. 532B N° 38, 39 ; see also Buzzati and Lainé, Ann. inst. dr. internat. 17 (1898) at 21 ; von Bar, *ibid* 18 (1900) 42 (2 b) ; A.P. note to Cass. civ. 4 Nov. 1958, Cl. 1959, 788, 794 ; Goldman note to Paris 3 October 1984, Cl. 1986, 156, 164 ff. ; Aix 21 Jan. 1981, D.S. 1981, 569 ; Rev. crit. d.i.p. 1982, 297.

¹³⁷ A further difficulty may present itself if the *lex fori* and the law governing the preliminary or incidental question adopt different characterizations [or connecting factors] ; Rigaux p. 432 no 112, especially p. 426 ff ; Restatement Second art. 8(3) ; for another solution see von Bar (*supra*) Buzzati and Lainé, *Ann. inst. dr. internat.* 17 (1898) at p. 21.

capacity to marry again.¹³⁸ An English court¹³⁹ adopted the same course under the influence of an identical development by international Conventions.¹⁴⁰ The recognition of a divorce implies capacity to marry according to the personal law.

32. Hidden renvoi

Another situation in which foreign private international law is taken into account has been said to occur if the choice of law rule of the forum refers to foreign law and the applicable foreign law (mainly Common Law) regards the issue e.g. of divorce, as one of jurisdiction, treats jurisdiction and choice of law as co-extensive and attributes exclusive jurisdiction to the forum or to a third country¹⁴¹ on the basis of domicile or habitual residence. In these circumstances the attribution of exclusive jurisdiction to the courts of the forum (a test which has since been much diluted in the United Kingdom and in many Common Law countries¹⁴² by the addition of alternative exclusive jurisdiction, especially in response to the Hague Convention of 1st June 1970), is said to include a conflictual reference to the substantive law of the court of the forum or of the third country. In reality, by declining to assume jurisdiction and thus to apply English law in the absence of a domicile, English (and other Common Law courts) follow a unilateral jurisdictional provision which, by having become bilateralized,

¹³⁸ *Schwebel v. Ungar* [1965] S.C.R. (Can.) 148 ; [1965] 48 D.L.R. (2d) 644 ; see also *Dal Bosco v. Walther*, B.G.E. 97 I 389 (Swiss).

¹³⁹ *Lawrence v. Lawrence* [1985] Fam. 106 ; Clunet 1988, 810 note Lipstein.

¹⁴⁰ Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations art. 11 ; *ibid* of 14 March 1978 on Marriage art. 12(1) ; U.K. Family Law Act 1986 s. 50(a).

¹⁴¹ Lewald, Rec. des Cours 69 (1939 III) 58 n. 61 n.2 ; id. Festschrift für Fritzsche (1952) 164 at 171-172 ; Lipstein, Rec. des Cours 135 (1972 I) 99, 212 n. 78 ; Kropholler, Internat. Priv. R. (2 ed 1994) par. 12 IV ; 25.I, English Family Law Act 1986 s. 46-48.

¹⁴² See e.g. the English Domicile and Matrimonial Proceedings Act, 1973, s. 5.

ensures the recognition of judgments pronounced by the courts of the foreign domicile, irrespective of what law these courts apply. For English and similar Private International Law do not contain a choice of law rule in matters of divorce to be considered by the foreign courts where the parties are domiciled. The *lex fori* applies. In short : the jurisdictional rule stands on its own and, even if bilateralized, is not linked to a choice of the law of the domicile.

By declining jurisdiction English law does not call for the exercise of jurisdiction by the courts of the foreign domicile (even it guarantees recognition), nor does English (or similar) Private International Law designate the foreign law of the domicile or any other law as the law applicable in substance by the courts elsewhere. In short ; “The refusal to assume jurisdiction is not equal to a procedural or substantive reference back to another jurisdiction for, *ex hypothesi*, the English or similar Common Law court has never been seized at all”.¹⁴³

33. Alternative choice of law rules (options de législation)

(i) If *alternative* rules of choice of law are available,¹⁴⁴ the question whether the rules of private international law of any one of the legal systems offered as alternatives should also be considered must be answered negatively, if the original choice lies in the hands of the parties acting

¹⁴³ Lipstein, Rec. des Cours 135 (1972 I) at 213 ; Lalive, Rec. des Cours 155 (1977 II) 277-278 – but see the German practice cited in Soergel, Kommentar, art. 27 N° 26, 27 and earlier practice in Jayme in Mélanges Lipstein (1977) 65, at 69 ff and the differentiated solutions proposed by Kropholler, Internationales Privatrecht (2 ed 1994), *supra* N° 116. For cases see e.g. L. G. Cologne 28 April 1959, I.P.Rspr, 1958-59, N° 186 ; L. G. Coburg 25 Febr. 1966, *ibid* 1966-67 N° 223b, but L. G. Hamburg 8 October 1975, *ibid* 1975 N° 38, p. 86-87 ; L. G. Frankfurt 21 April 1976, *ibid* 1976, N° 152.

¹⁴⁴ Kratzke, O.P. Rax 8(1988), 8 at p. 9 ; but see Keller-Siehr, Allgemeine Lehren des Internationales Privatrechts, par. 23 V, p. 281. Ebenroth, I.P. Rax. 1989, p. 1.

together. Such is the case when contracting parties agree to apply the law governing the contract and not the *lex loci actus* to the formalities. The availability of the later law acts as a bonus, if the formal validity is doubted. The principle developed in connection with the facultative choice of law apply. A reference to the rules of private international law of the alternative rule might also frustrate the latter's validating function.

34. (ii) If the selection as to which of the laws available in the alternative is entrusted to one party only,¹⁴⁵ because the transaction or the act involved is unilateral, the answer is not clear. On the one hand, it can be argued that, although facultative, the consent of the beneficiary of the transaction or act (heir, legatee, injured party, descendant) is absent and that in case of doubt the *favor validatis* militates in favour of taking the rules of private international law of both legal systems into consideration. On the other hand, the alternative availability of two laws is specifically designed to give a transaction a positive effect and does not call for a further enlargement. The Hague Conventions support this conclusion,¹⁴⁶ some by underlining the validating purpose of the alternative rule.¹⁴⁷ National legislation provides more examples.¹⁴⁸

¹⁴⁵ See e.g. above n. 78 . e.g. French C. C. art. 311-14 – 311-17 ; von Overbeck, Hague Rec. 176 N° 321.

¹⁴⁶ Of 5 October 1961 on the Form of Testamentary Dispositions art. 1 ; of 4 May 1971 on the Law applicable to Traffic Accidents arts. 3, 4 ; of 2 October 1973 on the Law applicable to Products Liability arts. 4, 5, 6.

¹⁴⁷ Of 2 October 1973 on Maintenance Obligations arts. 4, 5, 6 ; also 24 October 1956, art. 3.

¹⁴⁸ French CC. arts. 311-16 ; 311-17 ; 311-18 ; see note Derruppé, Clunet 1983, 590, 592 with lit ; note Foyer, Clunet 1977, 656 at 665 ; Ponsard, Clunet 1972, 765, 782, 790. Swiss Law on Private International Law of 18 Dec. 1987, art. 37(2) : name ; 56 (marriage contract) ; 70 (legitimacy jurisdiction) ; 93 (will, form) ; 94 (will, capacity) ; 124 (contract, form) ; 135 (product liability) ; 139 (personality law, media) ; German law of 25 July 1986, arts. 11, 14(2)(4), 15(2), 18(2), 18(5), 19(1)(2), 20(1), 23 ; also 14(1), 27, 26.

35. (iii) The answer may be different, if the combination of choice of law rules is a *subsidiary* one, also known as "Kegel's ladder".¹⁴⁹ Here each successive rule retains its own place.

Where a *cumulation* of laws is required¹⁵⁰ the technical difficulties indicated above render it unlikely that the choice of law rules are designed in order to take into consideration two more rules of private international law.

36. Summary

1. The examination of the legislation and practice in a broad survey covering a great number of States shows that only in a very small number of countries legislation rules out expressly the consideration of foreign private international law (see 5). The majority permits it either unconditionally (6) or limits it either to a reference back or a reference on (7) or qualifies this possibility by equitable or teleological considerations(8). Only four States specify expressly the situations where foreign private international law is to be taken into consideration and when it is not (3). Silence or absence of legislation does not necessarily imply that foreign private international law is not to be considered by the practice of the courts (16-23).

¹⁴⁹ E.g. art. 311-14 French CC. German law of 25 July 1986, art. 13(2), 14(1)(3). Trib. Gr. inst. Paris 20 April 1982, Clunet 1983 582, 592 note Derruppé ca. Lyon 31 October 1979, Clunet 1981, 54, note Foyer in favour of closed rule without providing a good reason, apart from an *ipse dixit* ; Paris 22 May 1976, Clunet 1977, 656, 664 note Foyer, with a critique in both notes as to whether art. 311-14 represent a closed rule ; D. Mayer Clunet 1977, 446, 458 ; the same situation arises under the arrêt *Rivière*, Cass. 9 April 1953, Clunet 1953, 860 ; Rev. crit. d.i.p. 1953, 412.

¹⁵⁰ German Law of 25 July 1986, art. 13(1) ; *Chaplin v. Boys* [1971] A.C. 356 as supplemented by *Church of Scientology v. Metropolitan Police Commissioner* (1976) 120 Sol. J. 696 ; *Johnson v. Coventry Churchill International Ltd.* [1992] 3 All ER 14.

2. Where foreign private international law is taken into consideration by legislation generally or in specific situations or by the practice of the courts in a case by case method, a pattern of typical situations can be discerned.

The following categories attract the consideration of foreign private international law : Status (understood in a broad sense) including paternity, (legitimation) adoption, guardianship, capacity to marry, form of marriage divorce and succession. In a limited number of legislations recourse is had to a precise process of enumeration.

3. Consideration of foreign private international law is excluded whenever the parties are given the opportunity to exercise a facultative choice of law and have not done so expressly. The reasons for this unanimous conclusion, except in Louisiana where the consideration of foreign private international law takes place as part of the original choice of ascertaining the seat of an obligation, were analysed above (par. 27).

4. It would seem that alternative rules of private international law rules are equated to facultative and that this applies also to a simulation of laws (par. 29-31).

5. No legislation or practice seems to cover *situations acquises* (par. 31) unless art. 11 of the Hague Convention on Divorce (1970) and the national legislation following it can be cited in support.

6. In deciding whether or not to follow the trend favouring the consideration of foreign rules of private international law, the fact that this trend has found a fair measure of support seems to rule out a rejection out of hand.

7. The arguments favouring taking foreign private international law into consideration stress that it may seem :

- (i) to validate an existing legal situation,
- (ii) to render effective an existing legal situation,

- (iii) to co-ordinate two legal systems after an existing reference to foreign law,
- (iv) to bring about unity of decision.

8. Of these underlying motives those expressed in 7(i)-(iii) can probably be supported even if no identity of decision is thereby reached in both States concerned.

The forum starts by using its own relevant connecting factor in selecting foreign law before taking into consideration the particular connecting factor of the rule of private international law of the foreign law referred to. Uniformity of decision is only reached if both connecting factors are identical or if, despite any difference, the substantive result is the same, but these two possibilities are rare, since in such cases the parties are unlikely to raise the issue as to whether foreign private international law is to be taken into consideration.

Relative uniformity only (i.e. restricted to the State of the forum) is achieved in all other cases, since the result will be the opposite if the same dispute is brought in the courts of the other country concerned.

Example : F refers to the law of A

A refers back to F

but if the same case is brought in State A

A refers to F

F refers to A

Nor can this result be avoided if the "Foreign Court" method developed by English courts is adopted.

To sum up : the method whereby a first reference to foreign law is combined with a subsequent reference back leads to complete uniformity only in those cases where the identity of connecting factor leads to the application of the same law in both countries or if the substantive solutions are the same. But then the problem is unlikely to lead to a dispute in the first instance. However, this method may have served a useful purpose at a time when the enforcement or recognition of judgments in some countries abroad

could be challenged for failure to apply the law applicable according to the choice of law rules of the enforcing court.

The question remains to be examined whether the Louisiana (*supra*) solution offers a better alternative.

9. The absence of a complete uniformity of decision in both States concerned and the existence of a relative uniformity of decision in each of them may not figure to the same extent (if at all) where foreign private international law is taken into consideration for a reference on (renvoi of second degree, *Weiterverweisung*). Both the practice of States and some international Conventions support this limited technique of taking foreign private international law into account.

10. The failure of the technique of taking foreign private international law into consideration to achieve an identical or uniform solution in both countries which renders valid or effective in both countries a legal relationship forming the object of proceedings in one of the countries concerned notwithstanding a co-ordination of their rules of private international law, has formed the cornerstone of the restrictive approach of those who seek real uniformity of decision (Pagenstecher).

11. In these circumstances it may be useful to examine the recent attempt made in Louisiana (*supra* 15) which goes under the name of renvoi but differs greatly from its classic model. Traditionally the original choice of foreign law is made in accordance with the private international law of the forum leading to the *lex causae*. During a second stage the forum must decide whether a rule of private international law of the *lex causae* is to be taken into consideration which either refers back to the *lex fori* or on to a third legal system. This is a technical operation which applies either generally or in a limited number of situations (see the examples given *supra* 4-26).

The Louisiana solution also takes into consideration the private international law of the law referred to in the first place in order to determine the proper choice of law rule applicable by the forum but not after the original reference to foreign law. Influenced by the American doctrines of governmental interests and predominant impairment it introduces policy

considerations in order to determine the original choice of law in lieu of the classic technical operation in two stages. A principle takes the place of rules and it remains to develop the rules which follow from the principle.

12. In substance the new solution seeks nothing else than to ascertain the centre of the legal relationship in issue in order to apply the law. Normally the connecting factors of the private international law of the *lex fori* exercise this function. In certain circumstances they are superseded by the connecting factors of the *lex causae* by taking into consideration the private international law of the latter. According to the Louisiana scheme an evaluation of the connecting factors of the relevant rules of private international law of the *lex fori* and the *potential lex causae* is intended to result in the original selection of the law applicable to the issue.

13. However, the new solution will remain one of principle only unless it is established which connecting factors featuring either in the relevant rules of private international law of the *lex fori* and the potential *lex causae* are to prevail in the particular situation. This method was first advocated by Meijers when he suggested that in a conflict between the connecting factor nationality adopted by the potential *lex causae* the latter is to prevail.

14. If this method should prove attractive, little difficulty should arise in formulating a *general rule* that in a clash between the two systems of private international law that rule is to prevail which validates the legal relationship or renders it effective.

In addition it will be necessary to formulate particular rules dealing either with individual choice of law rules of a general character (such as status, succession and now even contract or tort) or with specific topics such as form of marriage, joint wills, bona fide acquisition for value of movable property subject to a trust). For this purpose effectiveness will again be the test.

15. *To sum up* : consideration of foreign private international law remains, but its haphazard application at present would be superseded by a set of explicit rules of a general or a more specific character.

II. Resolution

November 1998

Whereas by a Resolution adopted in 1993 in Milan "The taking into consideration of Foreign Private International Law" was to be examined and

Whereas this examination was to determine for the greater harmony of laws why and for what reasons certain references to the chosen foreign law include or exclude the rules of foreign private international law and

Whereas the task of private international law is the search for the legal system most appropriate to be applied in the individual case and

Whereas in this search States are free to formulate rules of private international law in the absence of specific rules sanctioned by customary international law or of any relevant International Conventions and

Whereas the legal system most appropriate to be applied in the individual case is that which ensures certainty, effectiveness, uniformity or compliance with the common intention of the parties and

Whereas certainty is achieved by the mutual reliance on the same law in respect of situations created and transactions concluded and

Whereas effectiveness can be achieved by paying special regard to the law which exercises factual control and

Whereas global uniformity of decision is only achieved if the relevant choice of law rules of the countries concerned either contain

identical connecting factors interpreted uniformly or if one of the different connecting factors is accorded precedence and

Whereas even if global uniformity of decision cannot be obtained, a degree of uniformity may be achieved in the individual case if the referring court takes foreign private international law into consideration following established or developing practice and

Whereas in the light of these considerations these aims can be furthered best if in some situations not only foreign domestic law but also foreign private international law is taken into account by the referring court,

Considering that private international law operates only if more than one legal system is in issue and

Considering that if more than one legal system is involved, the court seized of the case follows established practice or adopts a specific solution in the ultimate selection and application of the range of the law so chosen in the absence of national legislation to this effect or of an International Convention.

Resolves

The Taking into Consideration of Foreign Private International Law

1. Should not be excluded altogether, irrespective of whether it involves a reference back or on ;
2. Should not be restricted to solutions ensuring global uniformity or to those where the choice of law rules of one country accept a reference back and the other does not ;
3. Should be considered :
 - a) if the validity or the effectiveness of an act or a transaction is desirable and assured thereby ;

- b) if a uniform treatment and recognition of an act or a transaction is desired ;
 - c) if the parties enjoy a free choice of law, have exercised it expressly and have included foreign private international law ;
 - d) if in a conflict of laws in time an act or transaction valid according to the choice of law rules of the law applicable at the earlier time is questioned incidentally in later proceedings governed by the domestic law of the same applicable law ;
 - e) if the application of the law governing the main question including its choice of law rules should result in the invalidity of an act or transaction while the application of the law governing the preliminary question including its choice of law rules treated as a main question would ensure its validity ;
4. Ought not be considered :
- a) if the parties enjoy a free choice of law, have exercised it expressly and have not included foreign private international law ;
 - b) if the forum contains alternative choice of law rules operating either on an equal footing or as substitutes for other (subsidiarity) ;
 - c) if mandatory rules of a third legal system are applied supplementing the applicable law ;
 - d) if the applicable foreign law treats the matter as one of jurisdiction other than its own and abstains from acting ;
 - e) in the discretion of the court if the *lex fori* and the law referred to contain identical substantive rules or lead to the same result.

**

Le règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux impliquant plus de deux Etats

Judicial and arbitral settlement of international disputes involving more than two States

Onzième Commission*

Rapporteur : M. Rudolf Bernhardt

* La Onzième Commission comprend : M. Rudolf Bernhardt, *Rapporteur*, MM. Abi-Saab, Amerasinghe, Caflisch, Crawford, Fatouros, Gaja, Guillaume, McWhinney, Mosler, Paolillo, Rosenne, Schwebel, Shahabuddeen, Torres Bernárdez, Weil.

I. Introductory Note

The subject to be discussed by the 11th Commission is extremely complex. This complexity as well as some other factors made it, in the view of the Rapporteur, necessary to depart to a certain extent from the usual practice followed by Commissions of the Institute.

The work of the 11th Commission developed as follows :

1. The Rapporteur submitted to the members of the Commission in May 1995 a paper describing the main problems (see *infra* p. 154).

A number of colleagues submitted their comments.

2. On the basis of these papers, a first discussion among the Commission members took place during the Lisbon meeting of the Institute in August 1995.

3. In December 1997, the Rapporteur sent to the members of the Commission a Report and tentative suggestions for a Draft Resolution. The original report was later amended in consequence of the comments received (only the final version is printed below p. 60).

4. Comments from the Commission members were received during the following months.

5. A revised proposal for a Draft Resolution was submitted by the Rapporteur in June 1998.

6. A Commission meeting took place in Geneva in August 1998. The members present at this meeting discussed the proposals and agreed on the main principles and many details.

7. Following the meeting, the Rapporteur submitted a newly revised text of a Draft Resolution and asked for comments of the Commission members.

8. On the basis of these discussions and comments, the Rapporteur elaborated the text of the Draft Resolution printed below on p. 245.

II. Report - final version

November 1998

Judicial and arbitral settlement of international disputes involving more than two States

Preliminary remarks

The present report as well as the proposal for a Draft Resolution are concerned with genuine inter-State disputes and their settlement by a binding judicial decision rendered by an international court or tribunal. The topic could be understood in a much broader sense as comprising all kinds of inter-State controversies and their settlement by international institutions of different kinds. One could also include disputes which are primarily concerned with interests of individuals in which States exceptionally may intervene. In order to illustrate the limits of the present report, some examples may be given of areas which are not dealt with in the present report (or in the work of the 11th Commission).

The International Court of Justice can give advisory opinions, and it has done so quite often. Without going into details or discussing the problems involved, advisory opinions can also deal with inter-State controversies concerning more than two States (or even a great number of States) ; an example could be the advisory procedure in 1948/1950 in respect of the admission of new members to the United Nations Organization. Such questions remain outside the scope of the present report.

Another example : Procedures before international courts for the protection of human rights can also involve more than two States. Under the European Convention on Human Rights, a State can introduce an inter-State

application to the European Commission and later apply to the European Court of Human Rights (Articles 24 and 48 of the Convention), and this can also be done by several States jointly. A complaint can also be addressed to more than one State ; this happened in fact when sometime ago applicants complained that France and Spain were jointly responsible for certain events in Andorra. Human rights disputes of this kind remain also outside the present report.

The same applies to the competences of and the procedure before the Court of Justice of the European Communities. The European Union and its institutions have so many unique characteristics, that it does not appear reasonable to include possible inter-State disputes in this field in the present report.

Other examples could be added, but the scope of the present report will become clear when seen in the context described below.

Introduction

The judicial settlement of international disputes is based on the consent of the parties to the dispute. This principle is valid without any exception, at least as far as inter-State disputes are concerned¹, and there are no indications permitting us to expect where we are confronted with the so-called compulsory jurisdiction, *i.e.* the jurisdiction of the International Court of Justice based on Art. 36 paragraph 2 of the Statute, express consent to the jurisdiction is required. Difficulties arise where international disputes involve more than two States, not all of which have submitted to the jurisdiction of the body competent to settle the dispute.

¹ The recently instituted international criminal tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda are the only international tribunals not based on the principle of consent, but on a binding resolution of the UN Security Council taken on the basis of Chapter VII of the UN Charter. Since, however, this report is only concerned with inter-State disputes, the Yugoslavia and Rwanda tribunals will not be considered in more detail.

Moreover, traditional international judicial dispute settlement is bilaterally conceived ; the interference of a third State may affect the consent of the main parties which have framed their special agreement or their dispute strategy in a strictly bilateral manner ; while the settlement of the dispute on the bilateral basis may affect the rights or legal interests of third States.

The resolution of this potential conflict has been taken into account by provisions concerning intervention of third States in proceedings pending before an international court or tribunal. Nearly all statutes of institutionalized international courts or tribunals contain a provision concerning intervention, and also nearly all rules for arbitral tribunals to be constituted *ad hoc* under a convention system do the same ; nevertheless, practice is rare and, with a view to this practice, it has to be asked whether the existing provisions are sufficient and adequate for the settlement of the increasing number of multilateral disputes in modern international relations.

After a short delineation of multipartite proceedings involving more than two genuine parties to a dispute (I), the following study will provide an overview of the provisions on third party participation in bilateral judicial dispute settlement, namely the provisions on intervention (II). In a third part (III) we will consider the practical application of those provisions and the problems, ambiguities and shortcomings surrounding intervention ; in this part, we will be concerned in particular with the International Court of Justice since it is the only international court with practical experience in intervention issues. In part IV we will try to give an overview over the actual legal regime of intervention as it results from the provisions in the Statute and the Rules of the Court as well as the practice. In part V we will have to treat related problems, such as the „indispensable party“ issue. Part VI will be concerned with alternative solutions, particularly the institution of *amicus curiae*. In part VII third State interests in cases concerning *erga omnes* obligations have to be examined with a view to the rights of non-directly-concerned States. In our concluding remarks in part VIII we will try to give an evaluation of the results found and some indications as to possible enhancements in the approach to and method of handling disputes involving more than two States.

I. *Multipartite proceedings with more than two genuine parties to the dispute*

The first point of reference in the context of international disputes involving more than two States concerns those cases where more than two States are genuine parties to the dispute. Such a situation has only rarely occurred² in the sense that a dispute has been brought before a court or tribunal initially by more than two parties. It is therefore questionable whether the scarce practice would make it desirable to change the provisions on unilateral applications to international courts or tribunals or whether this would be feasible with a view to the leading principles of international jurisdiction³. Multipartite proceedings resulted in fact in practice out of the junction of two cases, as in the North Sea Continental Shelf Cases⁴ before the International Court of Justice. Such situations may occur more frequently in the future, since, as already mentioned in the introduction⁵, future disputes, particularly in the field of environmental or maritime affairs, normally will not be bilateral in nature.

This situation has been taken into account by the statutes and rules of international courts or tribunals by provisions concerning the joinder of two parallel cases submitted by different parties against a common opponent (or vice versa) on issues which are related to the same subject-matter. These situations, consequently, concern merely procedural issues, not issues of consent to the jurisdiction. It is, however, interesting to note that provisions concerning the junction of two cases are systematically imbedded in the context of the *composition* of the Court, and are not conceived as autonomous provisions in the context of the procedure. As

² Cf. S.S. "Wimbledon", P.C.I.J. Series A, N° 1, where France, Great Britain, Italy and Japan jointly instituted proceedings against Germany before the Permanent Court of International Justice.

³ It seems, however, possible to bring a multipartite case before a court or tribunal by means of a compromis.

⁴ North Sea Continental Shelf cases, *ICJ Report* 1968, p. 9 ss.

⁵ Cf. *supra* p. 2.

examples may be mentioned Art. 31 para. 5 of the Statute of the International Court of Justice, and Art. 17 paragraph 5 of Annex VI of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea concerning the International Tribunal for the Law of the Sea as well as Art. 40 of Annex VI concerning the Sea Bed Disputes Chamber. Also the provisions concerning the composition of arbitral tribunals contained in Annex VII on Arbitration to the Law of the Sea Convention have to be mentioned in this context. They, too, provide that in the case of States parties to a dispute and acting in the same interest only a single national judge will be appointed (Art. 3 (g) of that Annex). The same provisions are contained in Annex VIII, Art. 3 (g) on special arbitration and conciliation provided for in Annex V, Art. 3 (g). Also the 1992 OSCE Convention on Conciliation and Arbitration contains similar provisions in Art. 21 concerning conciliation and in Art. 28 concerning arbitration.

The fact that questions of joinder may become relevant also under different aspects than those of the composition of the court or tribunal has to be seen as the reason for the insertion of the new Art. 47 into the revised Rules of the International Court of Justice in 1978⁶. This rule codifies a practice not only of the International Court of Justice, but also of its predecessor, the Permanent Court of International Justice, in providing on the one hand for the formal joinder of two or more cases, and on the other hand for common procedural action in parallel cases which are not formally joined. This last provision takes into account the fact that States may not always accept the formal joinder of their cases and that there may exist differences as to whether the parties "are in the same interest" according to Art. 31 paragraph 5 of the Statute. All these provisions presuppose that the parties are "in the same interest", and whether that is really the case may be disputed. Although it would be desirable that there is agreement between the parties that they are acting in the same interest⁷, the decision on this

⁶ Cf. G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 300.

⁷ Cf. for example to Art. 17 para.5 and Art. 40 of Annex VI to the 1982 Law of the Sea Convention.

point is left, in the last resort, to the Court. In particular, the International Court of Justice is empowered to *order* the joinder of the proceedings in two or more cases⁸; however, it has never done so *against* the will of the parties⁹. This attitude is undoubtedly due to the fact that the applicants, if not agreeing to the joinder, may withdraw the case from the Court. This may be the reason why the Court has not formally joined the Fisheries Cases, the Nuclear Tests Cases and the Lockerbie Cases where, however, the proceedings were held in common. Thus, the Court has to strike a balance between the wishes of the parties and the economy of the proceedings; such a balance will normally be in favour of the wishes of the parties, in particular since the second alternative of Article 47 of the Rules of the Court¹⁰ responds to the practical advantages of joining two or more cases without a formal junction in case of disagreement of the parties. With

⁸ Cf. G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice* 1983, p. 220, 223 ss and 300 ss.

⁹ Cf. to Certain German Interests in Polish Upper Silesia Case, PCIJ Series A, N° 6; the situation was slightly different in the Case Concerning the Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, where the Court joined the requests of Norway and Denmark without, however, meeting any contradiction of the Parties, PCIJ, Series A/B, N° 48, p. 268; a third case concerns the Appeals from Certain Judgments of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal; where the Court joined the two separate requests of the Czechoslovak Government, PCIJ, Series E, N°9, p. 154. The ICJ has been confronted with the question of joinder in the South West Africa Cases, where Liberia and Ethiopia had manifested their intention to choose a common judge *ad hoc* which led to the junction of the cases, ICJ Rep. 1961, 13 and in the North Sea Continental Shelf Cases where the Court joined the requests of Denmark and the Netherlands according to the agreement of those States. There are, however, several cases where a joinder could have taken place, such as the Fisheries Cases in 1974 and the Nuclear Tests Cases in 1973 as well as most recently the Lockerbie Cases, where this question has explicitly been treated in a common declaration of Judges Bedjaoui, Guillaume and Ranjeva. *ICJ Report* 1998.

¹⁰ The same provision may be found in Art. 47 of the Rules of Procedure of the Law of the Sea Tribunal.

a view to the practical implications arising in parallel or joined cases, in addition to those of the composition of the Court, namely *i.e.* the sequence of written or oral proceedings, it is up to the Court to decide on them in conformity with the principles of a fair procedure.

II. Provisions on intervention in the statutes and rules of international courts and tribunals

Provisions on intervention are to be found for numerous international courts and tribunals¹¹. Those provisions are of three types : a) intervention where the interpretation of a multilateral treaty is at stake as a right for those States that are parties to the convention¹², b) intervention of third States that have a legal interest that might be affected by the decision¹³ and c) intervention to support the submissions of one of the

¹¹ A list comprising the provisions on intervention is to be found in Annex I to this paper.

¹² Hague Convention for the Peaceful Settlement of International Disputes of 1907, Art. 84, and the Convention of the International Civil Aviation Organization (ICAO), Art. 19 of its Rules for the Settlement of Differences of April 1957.

¹³ Art. 33 of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes of 1957 ; the Swiss Model of a Treaty for Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration of 1960, Art. 32 ; Art. 29 paragraph 3 of the Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE of 1992 ; the GATT Understanding for Dispute Settlement, point 15, which, however, gives only an opportunity to the contracting party that has a substantial interest in a matter before the panel to be heard ; Art. 47 of the Treaty instituting the Benelux Economic Union of 1958 ; Art. 9 of the Arbitration Procedure of the Agreement relating to the International Telecommunications Satellite Organization (INTELSAT) of 1971 ; Art. 6 of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter of 1972 ; Art. 38 of the Special Protocol to the Agreement Establishing OAPEC of 1968 ; Point 15 of the Annex on Arbitration to the UN Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and

parties to the case.

Courts or tribunals with general jurisdiction mostly provide for intervention according to a) and b)¹⁴ ; only few international courts or tribunals¹⁵ provide merely for intervention according to c) in which case the bilateral character of the dispute is not interfered with. The overwhelming and steadily increasing number particularly of arbitral tribunals instituted in the framework of conventions concerning special matters, as for example the protection of the environment, provide for intervention, with the consent of the tribunal, of (only) a contracting party or parties which has/have an interest of a legal nature in the subject matter of the dispute which may be affected by the decision in the case. The majority of those provisions are

International Lakes of 1992 ; Art. 8 of the Annex on Arbitration to the Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region of 1986 ; Art. 7 of the Annex for an Arbitral Tribunal to the Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities of 1988 ; Art. 9 of the Annex on Arbitration to the Bamako-Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes Within Africa of 1991 ; Point 15 of the Annex on Arbitration to the UN Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context of 1991 ; Art. 7 of the Schedule on Arbitration to the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty ; Point 15 of the Annex on Arbitration to the UN Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents of 1992 ; Art. 10 of the Annex on Arbitration to the Convention on Biological Diversity of 1992.

¹⁴ The following bodies provide for both kinds of intervention by copying more or less Art. 62 and 63 of the Statute of the ICJ : the Geneva General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928 and 1949, Art. 36 and 37 ; Art. 31 and 32 of the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea of 1982.

¹⁵ Art. 37 of the Statute of the European Court of Justice ; Art. 40 of the Treaty of the East African Common Market and Art. 2 of the Rules of the Second Division of the Supreme Restitution Court ; Art. 14 of the Arbitration Procedure of the European Fisheries Convention of 1964.

framed in a similar or even identical manner as the first provisions of this kind, namely Art. 62 and 63 of the Statute of the Permanent Court of International Justice which was introduced materially unchanged into the Statute of the International Court of Justice¹⁶. Due to the fact of the long-standing lack of any practice particularly as to intervention for the protection of a legal interest in the sense of Art. 62 of the Statute of the ICJ, the ambiguities and shortcomings of those provisions have not been given any re-consideration and have been maintained until now. Thus, the term "interest of a legal nature" has raised a lot of difficulties as is shown under III concerning the practice of the International Court of Justice. Also the question of whether the intervener must have a jurisdictional link with regard to the main parties has raised a multitude of problems with important consequences for the status of the intervener. These ambiguities have all resulted from the wording of Art. 62 of the Statute of the International Court of Justice, which was based on a conception of comprehensive compulsory jurisdiction over legal disputes. If that concept had been realised no question could have arisen regarding the acceptance of jurisdiction and its consequences by a State party to the Statute seeking to intervene¹⁷; the situation would have been comparable to that of national jurisdiction. Since that concept was not realised, it seems not surprising that difficulties have arisen in practice with intervention, a fact that is also due to a change in the kind of international disputes, which have become more and more multilateral as is demonstrated by the increasing number of cases concerning environmental or maritime affairs. One conclusion which may be drawn already at this stage is that the framers of intervention provisions

¹⁶ At least the French version has been introduced into the Statute of the ICJ unchanged, while in the English version the words to intervene "as a third party" have been deleted in the Statute of the ICJ underlining, however, that this deletion did not imply any change as to the meaning of the provision ; cf. to D. W. Greig, Third Party Rights and Intervention Before the International Court, in Virginia Journal of International Law, 32 (1991/92), 285 ss, 299.

¹⁷ For the details of the drafting history cf. S. Rosenne, Intervention in the International Court of Justice, 1993, p. 19 ss.

did not take into consideration the new necessities but simply continued to take over the wording of the traditional intervention clauses¹⁸.

III. International Court of Justice : Case Law

The International Court of Justice was conceived, in the same way as its predecessor, the Permanent Court of International Justice, as a body to settle bilateral disputes in particular. The possibility of multilateral disputes was taken into account expressly only with regard to intervention¹⁹. However, the practice of the Court includes also cases which constitute in some way the other side of the coin of intervention, namely the situation where a third State is affected by the dispute, but does not want to intervene or is not admitted to intervene ; that is the constellation of the problem of indispensable parties. In order to see how the Court has treated those questions in their different contexts it will be proper to analyse the case law of the Court.

Intervention provisions

The Statute provides for two types of intervention laid down in Articles 62 and 63 of the Statute. Art. 62²⁰ requires the *permission* of the

¹⁸ This is particularly interesting with a view to the Convention on the Law of the Sea where the multilateral character of maritime disputes has been taken into account by including in each annex, the one on conciliation, arbitration and special arbitration, a clause for disputes involving more than two parties (clause 3 paragraph h), such clause, however, has not been introduced into the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, a fact which, however, has to be seen in the context of the procedure of composition of those non-institutional tribunals ; cf. Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 198 s.

¹⁹ Cf. Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 6/7.

²⁰ Art. 62 reads : "1. Should a State consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene. 2. It shall be for the Court

Court for cases in which a State considers that its legal interests may be affected by the decision ; Art. 63²¹ in contrast gives States a *right* to intervene whenever the case involves the construction of a treaty to which they are parties. Thus, it is evident that intervention under Art. 63 raises far fewer problems than intervention under Art. 62, a fact which is illustrated by the practice of the Court. The provisions of the Statute have been elaborated upon by the Rules, which, in their current version date from 1978, have contributed to clarify the provisions of the Statute. Rules 81 to 86 set out in particular the requirements for an application (Art. 62) or a declaration (Art. 63) to intervene and will be treated in the appropriate context.

1. Intervention under Art. 63 of the Statute

a) Permanent Court of International Justice

The only intervention case under the Permanent Court was the S.S. Wimbledon case²². Britain, France, Italy and Japan had brought a claim against Germany for violating Art. 386 of the Versailles Peace Treaty for having refused transit through the Kiel Canal to a ship carrying arms to Poland. In its defence, Germany relied on its neutrality in the war between Poland and Russia. Poland first requested intervention under Art. 62 of the Statute in order to protect its legal interest to receive the arms. Considering, however, that it was also a party to the Versailles Treaty it amended its request and claimed intervention under Art. 63, which was granted by the Court.

to decide upon this request."

²¹ Art. 63 reads : "1. Whenever the construction of a convention to which States other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such States forthwith. 2. Every State so notified has the right to intervene in the proceedings ; but if it uses this right, the construction given by the judgement will be equally binding upon it."

²² P.C.I.J. Series A, N° 1, p. 12, cf. also to I. von Münch, The Wimbledon, in R. Bernhardt (ed.) EPIL, Instalment 2, 1981, 293 ss.

b) International Court of Justice

aa) Haya della Torre case²³

In this follow-up case to the Asylum dispute between Columbia and Peru concerning the question whether Columbia's grant of asylum to Mr. Haya della Torre in its embassy in Lima was in accordance with the treaties in force between Columbia and Peru, Cuba submitted a declaration of intervention according to Art. 63 of the Statute. Since the Court had already taken a decision on the grant of asylum in the Asylum case²⁴, Peru objected that the intervention was intended to obtain a reconsideration of the decision taken in the Asylum case. In the order granting Cuba leave to intervene, the Court therefore instructed Cuba to present exclusively arguments to such aspects of the Havana Treaty which had not been treated in the Asylum case. The Court thus made it plain that intervention under Art. 63 is only admissible if the construction of a treaty is at stake, if, as some author put it, the intervention is "genuine"²⁵; it is not admissible if it would constitute a circumvention of this original aim as had been supported by Peru in the Haya della Torre case.

bb) Nicaragua/ United States Case²⁶

In the case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua El Salvador based its declaration of intervention on its Art. 63 right to intervene in a case involving the construction of treaties to which it was a party. The two former cases of intervention under Art. 63 supported the view that under Art. 63 the Court has no discretionary power to admit or not admit intervention, but that intervention is a right for the other States parties to the treaty or treaties under construction. The

²³ *ICJ Report* 1951, p. 71, cf. also K. Hailbronner, *Haya della Torre Cases*, in R. Bernhardt (ed.) EPIL, vol. 2, 683 ss.

²⁴ *ICJ Report* 1951, p. 76.

²⁵ Cf. C. Chinkin, *Third parties in international law*, 1993, p. 178/179.

²⁶ *ICJ Report* 1984, 392 ss.

particularity of this case was that El Salvador intervened in the jurisdictional phase of the proceedings because its intention was to support the argument of the United States concerning the lack of jurisdiction of the Court given the fact that other involved States were not parties to the case. The Court, however, did not admit the intervention and held that it had been premature because, as the Court stated, it was in fact related to the merits. The Court has been strongly criticised for having not even granted a hearing to El Salvador.

The question which this case raises is whether the Court was of the opinion that intervention under Art. 63 is excluded in any other phase than the merits phase of a case. If this would be the consequence of this case there would be strong reasons to urge the Court to reconsider these findings because there seems to be no reason within the Statute not to allow intervention for challenging jurisdiction or admissibility. However, looking closer to the case at stake, it must be argued that the jurisdictional phase was not concerned with the *interpretation* of an international convention, namely in this case the UN Charter, but merely with the *application* of that convention. Intervention according to Art. 63 of the Statute is, however, dependant on the condition that the construction of a convention is in question ; where this condition is not met, as in the case of El Salvador, there is no room for intervention under Art. 63 of the Statute²⁷. The question would perhaps call for a different answer if we were confronted with a request for intervention under Art. 62 of the Statute. However, it seems difficult to imagine a situation where the legal interests of a third State would already be *affected* by the mere fact of a finding in favour of jurisdiction. Since the Court has so far not had to decide this question and

²⁷ Cf. in this context to S. Torres Bernárdez, L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice, *Recueil des Cours*, 1995, 256, 197 ss, 400 ; it is worth mentioning that the Statute of the Law of the Sea Tribunal explicitly refers to intervention whenever the interpretation or *application* of the Convention is in dispute, intervention being altogether limited to the interpretation or application only of the Law of the Sea Convention.

since, at least, the terms of the Statute do not exclude explicitly any kind of intervention in the jurisdictional phase, it may be said that intervention could be admissible also in the jurisdictional phase of a case. However, as already mentioned, it seems more likely that this situation could arise rather with regard to intervention under Art. 63 of the Statute than with regard to Art. 62 of the Statute²⁸.

Conclusion : Intervention under Art. 63 of the Statute is generally regarded as a **right** of any State party to the treaty under construction ; questions of jurisdictional link and legal interest of the intervener are not at stake. However, the Court does not automatically admit intervention under Art. 63 : the attitude taken in the *Haya della Torre* case that intervention as an attempt to reopen a case already decided is inadmissible, is clearly in conformity with the *raison d'être* of this type of intervention. The question whether intervention under Art. 63 is confined to the merits phase of a case or may be exercised already during the jurisdiction or admissibility phase has not been answered clearly until now. With a view to the wording of the Statute and the Rules as well as the underlying scope of Art. 63, nothing seems to support a restrictive attitude. Although the Court, in the *Nicaragua* case, dismissed El Salvador's declaration to intervene, this case is a good example for demonstrating that already a decision on jurisdiction may be considered by a third State as sufficient reason to apply for intervention under Art. 63 of the Statute. However, the prerequisites of Art. 63 must be met in order to exercise the right to intervene, that means that the construction of a convention must be in question ; where this is not the case, the declaration on intervention has to be dismissed²⁹.

Annex : In this context mention has to be made also of the so-called **Vandenberg reservation** which incorporates the idea underlying Art. 63 of the Statute into the optional clause in the sense of limiting its reach. This

²⁸ Cf. S. Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p.425/26.

²⁹ Cf. Günther, Zulässigkeit und Grenzen der Intervention bei Streitigkeiten vor dem IGH, *German Yearbook of International Law*, 34 (1991), p. 254 ss, 291.

reservation concerns directly the question at stake in the case of intervention of El Salvador in the Nicaragua case and is of immediate relevance to the question of involvement of third States in cases before the ICJ. According to this reservation of the United States, the jurisdiction of the Court shall not apply to “disputes arising under a multilateral treaty, unless 1) all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court, or 2) the United States specially agrees to jurisdiction”. As it is worded, the reservation leaves room for two different interpretations : namely whether *all parties to the treaty* must be also parties to the pending case or whether *only all parties affected by the decision* are required to be parties to the case. If at all, only the latter interpretation could be reasonable since it concerns the problem of multilateral disputes, not that of multilateral treaties. However, it may be mentioned that it is not the duty of the parties to preserve the rights of third States by means of their optional clause. Third States are called upon to take care of their rights by themselves : that is the reason for the provisions of Art. 62 and Art. 63 of the Statute. In the case of Art. 63 they even have a *right* to intervene, so that a clause in the optional clause like the Vandenberg reservation allows third States to impede the settlement of a dispute by the ICJ simply by not becoming party to a particular case³⁰. Such a kind of reservation raises the old question known from the Connally reservation whether an optional clause containing such reservation is really meant to accept the jurisdiction of the Court or whether it has to be regarded as an “escape-clause” to circumvent in an actual situation the formally accepted jurisdiction of the Court.

In the context of the Vandenberg reservation one author has raised the question whether it would be admissible to include in an optional clause a reservation excluding jurisdiction of the Court in any case where a claim for intervention is made³¹. That author does not see any problem in bringing such a reservation arguing that the question of jurisdiction is examined as

³⁰ L. F. Damrosch, Multilateral Disputes, in L. F. Damrosch (ed.), The International Court of Justice at a Crossroads, 1987, p. 376 ss, 393 ss.

³¹ C. Chinkin, *op. cit.* note 25, p. 193.

it stands at the moment of bringing the claim ; whether later the optional clause is withdrawn or affected by an application for intervention or altered does not have any consequence for the case brought before the Court³². This argument does not seem convincing and in any case clearly presupposes that an application for intervention is not made in the jurisdictional phase of a case. That question, as has been demonstrated, is not definitively decided. Moreover and more importantly, that opinion raises the question whether a State is enabled, by means of the optional clause, to interfere with the validity of rules governing the procedure of the Court, which, as an institutionalized organ, may not leave at the disposal of the parties the rules governing its functioning. Since intervention is a means provided for in the Statute of the Court, it is not in the power of the States to opt out of some of the provisions of the Statute. If States want to make sure that no intervention will be requested they have to submit their dispute to an *ad hoc* arbitral tribunal not to the International Court of Justice.

It would therefore be advisable for States not to include a clause like the Vandenberg reservation into their optional clause and it would seem altogether inadmissible to insert a clause excluding the jurisdiction of the Court in case of a request for intervention.

2. Intervention under Art. 62 of the Statute

- a) Tunisia/Libya Continental Shelf case and Libya/Malta Continental Shelf case³³

³² Cf. as an actual example to the Military and Paramilitary activities in an against Nicaragua-Case, where the United States first tried to amend and then terminated their optional clause. *ICJ Report* 1984, p. 415 ss.

³³ *ICJ Report* 1981, 1 ss and judgement of 1982, *ICJ Report* 1982, 18 ss and *ICJ Report* 1984, 3 ss. Cf. also K. Oellers-Frahm, Continental Shelf Case (Tunisia /Libyan Arab Jamahiriya, in R. Bernhardt (ed.), EPL, Instalment 11, 19, 94 ss and K. Oellers-Frahm, Anmerkungen zur Intervention Italiens im Verfahren zur Abgrenzung des Festlandsockels zwischen Malta und Libyen, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 44

It is convenient to treat these two cases together because they present the same particular context which seems relevant to appreciate the legal consequences to be drawn from them. Both cases had been introduced by the filing of a Special Agreement. The jurisdiction of the Court was thus based exclusively on Art. 36, paragraph 1, of the Statute. Tunisia and Libya had asked the Court to state the principles and rules of international law applicable for the delimitation of their respective parts of the continental shelf. In taking its decision the Court was asked to take account of equitable principles and the relevant circumstances in the area as well as the recent trends admitted at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Furthermore the Court was asked to specify the practical applicability of those rules and principles.

In the Libya/Malta case the Court was also only asked to state the principles and rules of international law applicable to the delimitation of the areas of the continental shelf appertaining to the parties and how those principles and rules could be applied in the practical delimitation. In both cases, the Court was thus not invited to decide upon the actual delimitation. In the Tunisia/Libya case Malta applied for permission to intervene under Art. 62 of the Statute ; in the Libya/Malta case Italy did the same.

Malta's request was unanimously dismissed, including by the two *ad hoc* judges³⁴. Malta's claimed legal interest was based on its location vis-à-vis Libya and Tunisia in that at some point the boundaries of their continental shelves would come up against its own. Malta thus was of the opinion that the decision of the Court would affect its interests in that area both through its formal operation and through the enunciation of substantive elements of law. The Court held that this latter interest concerning the enunciation of the substantive applicable law was shared with all members of the world community and was not exclusive to Malta. As to Malta's first claim, where Malta had expressly stated that it did not intend to put its own claims before the Court, the Court stated that Malta had not put forward a

(1984), p. 840 ss.

³⁴ *ICJ Report* 1981, p. 3.

legal interest that could be affected by the decision. This holding concerned a number of judges who emphasized that any demarcation of the continental shelf involved a specific maritime area and was not, therefore, an abstraction and could affect claims of third States. Therefore, in this situation, Art. 59 of the Statute according to which a decision has binding force only between the parties and only in respect to the particular case, was not sufficient to protect the rights of third States.

It is noteworthy that the Court, in this case, did not decide the question of the jurisdictional link and did not even go deeper into this question because it could reach its decision on the deficiency of a legal interest of Malta.

As a consequence of Malta's application to intervene the Court did not, however, take any decision as to the extension of the delimitation line northeastwards since this would depend on the delimitation to be agreed with third States, so that in this respect the Court lacked jurisdiction.

The request of Italy was rejected by a majority of 11 votes (including the *ad hoc* judges) to 5³⁵ on the ground that permission to intervene would have involved the Court in pronouncing upon Italy's rights. Also in this case the Court avoided making a clear statement on the question of the jurisdictional link by basing its decision on the scope of intervention.

As compared to the decision on Malta's request to intervene, this decision leaves room for confusion, for Malta's claim had been dismissed because its claim was too general, whereas Italy's request, which had learned from the Maltese experience, to the contrary, was seen as going too far for intervention and was regarded as raising a new dispute which was not within the terms of the special agreement founding the Court's jurisdiction in the case³⁶.

³⁵ *ICJ Report* 1984, p. 3.

³⁶ Cf. S. Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 136 ss ; Chinkin, *op. cit.* note 25, p. 168 ; D.O Jennings *ICJ Report* 1984, 150.

Although the Court dismissed Italy's request for intervention, the Court confined the decision in the case to merely those areas of the region where Italy had not advanced any claims. In doing so the Court gave full weight to the claims of Italy without even commenting upon their legal soundness.

This decision gives rise to the more general question as to what is left in substance for the merits phase after having heard the arguments of the "would-be-intervener" in the proceedings on admissibility. As the present case demonstrated, the Court, whether finally admitting the intervention or not, cannot simply ignore the position of the third State. Whether thereafter the participation of the admitted intervener during the merits phase is really necessary is therefore open to doubt, although it seems to be in accordance with the principles of international jurisdiction.

This decision reveals the legal dilemma in which the Court found itself in those two cases : given the fact that the Court's jurisdiction was based on a special agreement, and given the fact that the principal parties to the case did not consent to the intervention, the Court would have been forced to decide on the question of the jurisdictional link to admit the intervention. In the context of disputes brought to the Court by a special agreement this question was "not ripe" for decision. The Court, by its decision, particularly in the Libya/Malta case, made it clear, however, that the decision under those circumstances had to be limited to those areas in which the claims of the principal parties were the only competing claims.

Conclusion : The particularity of these two cases is the fact that they had come before the Court not on the basis of Art. 36, paragraph 2, of the Statute but pursuant to a special agreement which may be regarded as representing a "closed regime". In the presence of the Court's jurisdiction instituted by a special agreement the intervention of a third State may be a danger for the substantive balance of the interests of the parties reflected in the special agreement and also, but that is less important, for the timely resolution of their case. This raises the question whether, in a case brought to the Court by a special agreement, intervention is inadmissible unless the principal parties agree. This position would be supported by the argument

that the principle of consent of states to international jurisdiction is a fundamental principle that allows States to frame their consent to the jurisdiction in a manner to define the parties with whom they are willing to litigate and the issues that they are prepared to submit. This argument may be valid for arbitration, which “is bilateral and casual (*ad hoc*)” and therefore imposes “a barrier against third-party *ingérence* in a bilateral process. The special agreement by which the dispute is referred to any of those processes is, for other States, *res inter alios acta*³⁷. Although it seems understandable that in *ad hoc* arbitration the parties need protection from outside interference and from the abuse, which could possibly be made otherwise, it seems much less evident that the same should be valid in a case of a dispute brought to the ICJ by a special agreement. The permanence of the ICJ and the structural and institutional differences as compared to arbitration strongly support that the restriction of third-State intervention in bilateral dispute settlement processes, namely arbitration, is not transposed to cases brought to the ICJ. This question has, however, not been answered by the Court which in the cases described above did not grasp the opportunity to take an unambiguous position in this respect. That was done later by the chamber of the Court seized to decide the Land, Island and Maritime Frontier Dispute case which gave a clear and convincing answer to this problem.

However, one aspect was decided clearly by the Court in the case of the Italian application to intervene, namely that intervention is not meant to bring the intervener’s own claims before the Court and that the Court cannot decide claims of the third State intervening. This statement has marked an important step in the clarification of the understanding of Art. 62 of the Statute and was thus fundamental for the decision of the Chamber in the Land, Island and Maritime Frontier Dispute case.

³⁷ Cf. S. Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 6.

- b) The Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case (El Salvador/Honduras)³⁸

This case had also been brought before the Court by the filing of a special agreement. In this case, however, the parties had not referred the dispute to the whole Court but to a chamber to be constituted according to Art. 26, paragraph 2, of the Statute.

The case embraced a number of separate disputes between the parties one of which concerned the Gulf of Fonseca. This part of the dispute had already been the subject of a procedure before the Central American Court of Justice between El Salvador and Nicaragua and had been decided by that Court by a judgement in 1917, which Nicaragua had rejected³⁹. Against this background it was not surprising that Nicaragua applied for permission to intervene in the case before the Chamber of the ICJ according to Art. 62 of the Statute.

The first particularity of this case was of procedural nature : Nicaragua did not address its application for intervention to the Chamber instituted for deciding the case but to the full Court since it was of the opinion that its request was a matter exclusively within the procedural mandate of the full Court. The Court did not share this opinion. It stated that the tribunal seized of the principal issue had also to decide upon any issue subsidiary thereto. Especially in the case of an intervention under Art. 62 of the Statute where the question of "the interest of a legal nature which may be affected by the decision" was at stake, only the body which had to give the decision on the merits could determine whether those conditions were fulfilled. This view was not shared by all judges of the Court ; some of them expressed serious doubts as to whether the Chamber, constituted according to the wishes of the parties, would be prepared to admit the intervention of a third State against the will of the principal parties.

³⁸ *ICJ Report* 1990, 92 ss.

³⁹ Cf. Vol. VI of the *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, Nos. 16-18. English translation in *AJIL* 11 (1917), Supp. P.674.

Despite those fears the Chamber unanimously admitted the application of Nicaragua to intervene, limited, however, to the part of the case concerning the legal régime of the waters of the Gulf of Fonseca. In this case, only one of the main parties, El Salvador, had objected to the intervention. Thus it was the first case where the principal parties were divided in their reaction to an application for intervention under Article 62 of the Statute, which did not make the task of the Chamber easier.

The first question the Chamber had to decide concerned the existence of a legal interest of Nicaragua. With a view to the precedents of the application to intervene by Malta and by Italy in the Continental Shelf cases the Chamber had to find a way between a request "asking for too little (request of Malta) and a request asking for too much (request of Italy)"⁴⁰. In the present case the Chamber was satisfied that Nicaragua had demonstrated the existence of a legal interest. Since the Chamber had to take a decision on the question whether the waters of the Gulf were subject to a condominium, there was no question that the answer would affect the legal interest of all three riparian States of the Gulf. Nicaragua had even claimed that it was therefore an indispensable party to the case in the sense of the Monetary Gold case, a meaning which was not shared by the chamber and which will be treated in more detail in the context of the problem of indispensable parties.

As to the question whether Nicaragua had stated the "precise object" of its application to intervene in the sense of Art. 81, paragraph 2 (b) of the Rules of Court, the Chamber found that the application to intervene was not meant to include an exhaustive account of the interests of the State applying for intervention, since otherwise "there would be no point in the institution of intervention and in the further proceedings to which it should give rise under the Rules of Court"⁴¹. The Chamber therefore found it "perfectly proper, and indeed the purpose of intervention,

⁴⁰ Cf. for this way to put it to Judge Jenning's dissenting opinion in the case of the intervention of Italy in *ICJ Report*, 1984, p. 150.

⁴¹ *ICJ Report* 1990, p. 130, par. 89.

for an intervener to inform the Chamber of what it regards as its rights or interests, in order to ensure that no legal interest may be ‘affected’ without the intervener being heard”⁴².

Having thus found for the first time in the history of the two Courts that a legal interest of the intervener could be affected by one part of the decision on the merits, the Chamber had to turn to the question of the requirement of a jurisdictional link between the intervener and the main parties.

With a view to the scope of intervention as an incidental procedure, not as a substitute for contentious proceedings, the Chamber came to the conclusion that a jurisdictional link was not required, because the “competence of the Court in this matter of intervention is not, like its competence to hear and determine the dispute referred to it, derived from the consent of the parties to the case, but from the consent given by them, in becoming parties to the Court’s Statute, to the Court’s exercise of its powers conferred by the Statute....The nature of the competence thus created by Article 62 of the Statute is definable by reference to the object and purpose of intervention, as this appears from Article 62 of the Statute.” (par. 96). The consequence of this statement that a jurisdictional link is not required is, however, that the permission to intervene does not give the intervener the status as a party to the case ; this would only be possible if a jurisdictional link exists or is created by the consent of the main parties to admit the intervention. Whether, however, under those circumstances, there would be any longer a case of intervention in the sense of Art. 62 of the Statute, is rather questionable.

The fact that the intervener did not become a party to the case results in some procedural consequences which the Chamber felt bound to state. First the intervener has not the rights and obligations which the Statute confers upon the parties except the right to be heard, which is granted, however, only so far as the intervention issue is concerned. What

⁴² *Ibid.* par. 90.

is most important is, however, that the fact of not becoming a party to the case implies that the decision, not even in the part concerning the admitted intervention, does not become binding upon the intervenor, since according to Art. 59 the decision "has no binding force except between the parties..." .

Conclusion : The decision of the Chamber in the Land, Island and Maritime Frontier Dispute, which, according to Art. 27 of the Statute, is "considered as rendered by the Court", marks an important step forward in clarifying the concept of intervention. Although this case, like the two other intervention cases under Art. 62, had been brought to the Court by a special agreement, the Chamber did not hesitate to admit intervention. With a view to the other two cases this was not really surprising since the members of the Chamber were mostly those judges who had dissented in the Malta and the Italy cases arguing from the scope of the instrument of intervention as they did in the present case, namely underlining that intervention is not intended to be an alternative to bringing a proper claim and that therefore the prerequisites concerning in particular the consensual basis must not be fulfilled. Since intervention is not meant to decide on claims of the intervening State, as the Court had stated in the case of the intervention of Italy, but only to protect the legal interests of the third State, there is no need for the intervenor to be bound to the principal parties by a jurisdictional link and for it to become a party to the case.

IV. The legal régime of intervention according to the existing provisions and practice

The overview over the case-law of the Court in connection with the provisions in the Statute and the Rules of the Court leads to the following conclusions concerning the present legal régime of intervention :

1. Intervention under Art. 62 of the Statute

a) *Procedural questions of admissibility* : Article 81 of the Rules of Court provides in general form for the moment for filing an application to intervene. According to this provision such an application "shall be filed as soon as possible, and not later than the closure of the written procedure".

Exceptions are possible. Thus, the application to intervene presupposes the existence of a main case pending before the Court to which intervention is incidental. The fact that the application should be filed as soon as possible does, however, not mean that the application will be treated in any case with priority, (Art. 84, paragraph 1, of the Rules). Thus, as the practice shows, applications for permission to intervene are in general not treated by the Court before having reached a result on the question of jurisdiction. This attitude has led to the consequence that in quite a series of cases the applications for intervention have not been addressed at all : e.g. the nuclear test cases of 1973/74 as well as that of 1995 (where 5 States had applied for permission to intervene) ; the case of Pakistani prisoners of war ; and the Nicaragua/ United States case. In the latter case, the situation was slightly different, since El Salvador expressly applied for intervention under Art. 63 of the Statute in the jurisdictional phase. Thus the question arose, whether there may be situations where intervention could be aimed at expressly in the jurisdictional phase of a case. This question was not decided in the negative by the Court, which dismissed the declaration only because it did not satisfy the conditions of Art. 63 of the Statute.

Applications for permission to intervene have to be addressed to the formation of the Court seized with the case : if the case is submitted to a chamber, the application for permission to intervene has to be directed to the chamber, since intervention is an incidental procedure so that only the body that has jurisdiction to decide the merits has also competence to decide on the question of intervention.

In most of the cases, the procedure on admissibility of the request for intervention implies a comprehensive presentation of the position of the requesting State so that it seems that its participation in the merits phase is at least not indispensable.

b) *Legal interest* : According to Art. 81, paragraph 2 (a), the State applying for permission to intervene has to set out “the interest of a legal nature” which it considers may be affected by the decision in the case. The notion of legal interests that are to be protected by way of intervention is rather imprecise, particularly in view of the fact that dispute settlement is

not conceived for deciding upon legal *interests* but rather concerns *rights or obligations* of States. The scope of intervention, as the practice of the Court shows, is not to join a new case or to decide on claims of a third State (intervention of Italy), but also not to take into account more or less remote interests of a third State (intervention of Malta) or economic or political interests ; intervention rather aims at not to interfere with the *rights* of a third State. Therefore, the legal interests to be given protection by intervention concern the preoccupation of a State with regard to a right that might be affected by the decision in the pending case⁴³. The legal interests thus may be defined as a direct and immediately concerned interest⁴⁴ of the State applying for intervention “supporting or supported by concrete rights”⁴⁵, it does, however, not follow from this that in all circumstances a legal interest is synonymous with a legal right⁴⁶, nor that the right must be an exclusive right of the intervening State⁴⁷. It is neither the existence of the right, nor its reach or particular characteristics that have to be decided upon in the intervention procedure, but only the probability of its existence. Since that right will not be the subject-matter of the case, but only define the limit of the Court’s jurisdiction, it is the interest for the protection of a proper claim that characterises the interest as a legal one⁴⁸. This definition which seems to be the only feasible one⁴⁹, makes it clear why the exact purpose of

⁴³ Cf. in this sense to Greig, *op. cit.* note 16, p. 295.

⁴⁴ Cf. Greig, *op. cit.* note 16, p. 300.

⁴⁵ See Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 198.

⁴⁶ See Greig, *op. cit.* note 16, p. 297 and Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 288.

⁴⁷ See Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 288.

⁴⁸ There was no such legal interest for particular States in the South West Africa cases, *ICJ Report* 1966, p. 6 ss, but only obligations for the League of Nations ; in the Barcelona Traction case the difference between legal rights and mere interests has also been traced by the Court, *ICJ Report* 1990, p. 36 (Greig, *op. cit.* note 16, p. 296) ; and finally in the case of the intervention of Malta the interest advanced by Malta was too diffused and unclear (Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 378).

⁴⁹ Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 198.

the intervention is of decisive significance for the question of admitting intervention or not⁵⁰.

c) *Purpose of the intervention* : the amendment of the Rules in 1978 added to the prerequisites of admissibility that “the precise object of the intervention” be set out (Art. 81 paragraph 2 (b) of the Rules of Court). As has already been mentioned, the application for intervention of Malta as well as that of Italy had been dismissed on the ground that the purpose of their applications did not meet the conditions of intervention under Art. 62 of the Statute, which, however, have not been defined expressly. With regard to the practice of the Court it may be said that the purpose of intervention is closely linked to the requirement of the mere protection of a legal interest in the sense that an intervener has to give substantial reasons why its rights could be affected by the decision between the main parties without, however, aiming at anything more than just the *protection* of those rights. As the cases of Malta *and* Italy have shown, the formulation of the purpose of intervention is an intricate matter. The Chamber in the El Salvador/Honduras case has given a useful orientation in linking the purpose of intervention to the existence of a legal interest which has to be taken into account in taking the decision, without forming itself the subject-matter of the decision or part of the decision. The problem in this context concerns the fact that the interests of the third State may not always be easily ascertainable except in relation to rights, claims, counter-claims or obligations. It is, however, the task of the would-be-intervener to justify in its application for intervention in a substantial way why and how far its rights might be interfered with by a decision between the principal parties. If this possibility is shown to the satisfaction of the Court, and if the application aims at nothing more than the protection of these rights, the intervention will be admitted and the third State may substantiate its claims in the further proceedings. The purpose, however, must always be limited to avoid any interference with the claimed right, and not aim at reaching a decision on that claim. Thus, the purpose of intervention may be defined as

⁵⁰ Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 368.

aiming exclusively at informing the Court⁵¹, as the Chamber stated in the Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case, and never “to tack on a new case, to become a new party, and to have its own claims adjudicated”⁵². This would be, as the Court continued in the cited case, a new case, and “the difference between intervention under Art. 62 and the joining of a new party to a case, is not only a difference in degree, it is a difference in kind”⁵³. The admission of the application of Nicaragua in the Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case has thus contributed substantially to clarify the purpose of intervention under Art. 62 of the Statute. The reach accorded to intervention by this decision is thus not comparable to intervention under national law, because it clearly excludes any intervention aiming at a decision on claims of the intervener⁵⁴, and only admits intervention in order to inform the Court on the legal interests of the third State. Therefore, the consent of the principal parties to the intervention is not required⁵⁵. The fact that intervention under Art. 62 of the Statute is not admissible in order to have the claims of the intervener decided, has consequently decisive importance for the question of the jurisdictional link between the main parties and the intervener.

d) *Jurisdictional link* : Art. 81, paragraph 2 (c) of the Rules of Court requires that the application for permission to intervene sets out “any basis of jurisdiction which is claimed to exist as between the State applying to intervene and the parties to the case”. This provision, which has been inserted into the Rules in 1978, has given raise to a lot of confusion and problems. It has been interpreted in the sense that intervention would require the existence of a jurisdictional link, leaving thus only very limited room for intervention. In the El Salvador/ Honduras case the chamber

⁵¹ *ICJ Report*, 1990, p. 129/30.

⁵² *ICJ Report*, 1990, p. 133/34.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ In the same sense G. Sperduti, *Etude sur l'intervention dans le procès international*, *Comunicazioni e Studi*, XIX-XX, 1992, p. 91 ss, 97/98 ; Greig, *op. cit.* note 16, p. 306 ss ; Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 376.

⁵⁵ Cf. Chinkin, *op. cit.* note 25, p. 192.

rightly stated that “intervention cannot have been intended to be employed as a substitute for contentious proceedings” (par. 99 of the judgement)⁵⁶. If all prerequisites for instituting proceedings were also required for the admissibility of intervention, the only scope of intervention would be economy of proceedings. The scope of intervention goes, however, further in that it aims at avoiding that the Court takes decisions interfering with rights of States not parties to the dispute. The fact that the binding effect of the judgement exclusively upon the parties to the case is not in any event enough to protect the rights of third States is reflected in the institution of intervention. Particularly in international law, intervention is of special importance since there does not exist a comprehensive compulsory jurisdiction and thus no protection for the rights of third States ; furthermore, in international law, judgements are final and there is no possibility for third States to obtain the annulment or revision of a judgement. Therefore it is of utmost importance that protection is granted before the decision is taken. Intervention thus works in two directions : in the first place, it is a means to preserve the rights of third States, but in the same time it is a means to assist the Court not to take decisions *ultra vires*. Since it is not the existence of the rights of the third State which has to be stated upon, but the extent of the rights of the parties to the case, intervention serves, with a view to the jurisdiction of the Court, the same end as the giving of information to the Court in advisory opinions according to Art. 66 paragraph 2 of the Statute. This function, which is known in the anglo-saxon law system as *amicus curiae* function and which exists also for some international tribunals⁵⁷ aims at assisting the Court in finding a

⁵⁶ See in this sense already K. Oellers-Frahm, Anmerkungen zur Intervention Italiens im Verfahren zur Abgrenzung des Festlandsockels zwischen Malta und Libyen, Zeitschrift für ausländisches öffentlichen Recht und Völkerrecht, 44 (1984), p.840 ss, 854.

⁵⁷ The *amicus curiae* function has been provided for expressly only in Art. 23 of the Rules of Procedure of the Third Division of the Supreme Restitution Court of 1957 and Art. 74 of the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and that of Rwanda : “A Chamber may, if it considers it desirable for the

decision in conformity with all aspects of the case to be taken in consideration. This institution does not at all constitute an exception to the rule of consent to international jurisdiction, because the jurisdiction is exercised only with regard to the dispute brought before the Court by the parties to the case and only strictly limited to this dispute. The intervention, like the *amicus curiae* briefs, only serve to define the limits of the dispute which may be decided by the Court on the basis of the given consent. In other words, the Court would even have to examine *ex officio* whether its jurisdiction goes so far as the parties to the case suppose. The mere taking into account of possible rights of a third State, however, does not involve the question of a jurisdictional link. That in the case of intervention the initiative for safeguarding the own rights is taken by the third State and not by the Court is not at all relevant for the question of a jurisdictional link. Therefore, since the purpose of intervention is limited to the sole preservation of the possible rights of the intervener (the actual existence or extent of which is not decided upon), there is no requirement for a jurisdictional link between the intervener and the main parties⁵⁸. The argument, that intervention may intrude into the autonomy of the parties to present their case is not convincing, because the parties may not bring a

proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to appear before it and to make submissions on any issue specified by the Chamber". A provision very similar to the one cited above, is contained in Art. 66 of the Statute of the ICJ which, in the context of its advisory functions, provides for similar assistance by States or international organizations entitled to appear before the Court.

⁵⁸ Cf. to Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 303 ; K. Günther, *op. cit.* note 29, p. 254 ss, 277 ss ; interestingly, the Rules of Procedure for the International Tribunal for the Law of the Sea, which are framed similarly to those of the ICJ, do not provide that the would-be intervener sets out the existence of a jurisdictional link, Art. 99, making it thus clear that no jurisdictional link is required and avoiding the uncertainties which that provision has caused for the ICJ. Although the provisions differ, intervention under the Statute of the Law of the Sea Tribunal and intervention under the Statute of the ICJ are in fact identical.

case affecting the rights of a third State. The fact that intervention under Art. 62 of the Statute does not presuppose the existence of a jurisdictional link between the principal parties and the intervener raises the alternative question of the consequences in the case that there is a jurisdictional link. This question will be treated below under point f), because it concerns also other items like the purpose of intervention and the status of the intervener.

e) *Discretion* : Finally it has to be asked whether the Court has any discretionary power not to admit intervention under Art. 62 of the Statute even if the conditions set forth are fulfilled. This question is neither answered in the Statute nor in the Rules of the Court and did not arise in an actual case, however, some authors plead in favour of discretion of the Court⁵⁹. With regard to the *raison d'être* of intervention and the characteristics of international adjudication, it seems, however, more convincing not to admit a discretion for the Court if the prerequisites are present. Intervention under Art. 62 aims at the protection of the legal interests of third States and if the Court finds that those interests may be affected by the decision, there is no room for any discretion of the Court⁶⁰, the Court has to take into account those interests in the way provided for by the Statute. This is proven by the attitude of the Court in the Continental Shelf Cases, where the application for intervention of Malta and of Italy had not been granted : although the Court could not admit the requests for intervention in these cases, it felt, however, bound to take into account the claimed legal rights of the States concerned. This kind of proceeding is in complete conformity with the competence of the Court which does not allow to interfere with the rights of States not parties to the case. Where the effect of Art. 59 of the Statute is not sufficient and where intervention is not granted or not applied for, the Court is justified to limit the scope of the case to those items not claimed by third States. This kind of proceeding is

⁵⁹ Chinkin, *op. cit.* note 25, p. 174 ; Fitzmaurice BYBIL 34 (1958) p. 126 ; Greig, *op. cit.* note 16, p. 306.

⁶⁰ Cf. Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 253 ; Günther, *op. cit.* note 29, p. 282 referring to *ICJ Report* 1981, p. 12 and 1984, p. 9 concerning the applications for intervention by Malta and by Italy.

required by the principle of good administration of justice which obliges the Court not to act *ultra vires*.

f) *Procedural rights/status of the intervener* : The Statute and Rules of Court are silent as to the status of the State admitted as intervener. Art. 85 of the Rules provides only that the intervener should “be supplied with copies of the pleadings and documents annexed and shall be entitled to submit a written statement..” (paragraph 1) and that it “shall be entitled, in the course of the oral proceedings, to submit its observations with respect to the subject-matter of the intervention” (paragraph 3). The Chamber seized with the Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case was the first to address the question of the status of an intervening State. Since the Chamber had found that there must not exist a jurisdictional link between the intervener and the original parties, it consequently found that the intervener does not have the status of a party including all the rights and obligations of a party to the case, but that it has only a right to be heard with regard to its legal interests. The purpose of the intervention being restricted to giving the Court the necessary information in order to justify whether the decision may in fact affect any legal interest of the third State or not, thus also determines the status of the intervener, which is that of a “non-party intervener”. This status is thus the only one admitted under Art. 62 of the Statute⁶¹.

These findings in the El Salvador/Honduras case raise the question whether an intervener who has a jurisdictional link to the principal parties, has to be accorded all the rights and obligations of a party to the case, whether it has to be admitted as a “party-intervener”, or whether also in this alternative, the status of the intervener is limited *per definitionem* to that of a non-party and thus restricted to the necessary hearing on the question concerning its legal interests. This question has not yet been decided explicitly by the Court. However, on the basis of the practice available, it seems clear that intervention under Art. 62 of the Statute only allows for

⁶¹ Günther, *op. cit.* note 29, p. 284 ; Greig, *op. cit.* note 16, p. 291 ; Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 406.

non-party intervention. Since the Court has stated that the exclusive purpose of intervention is the protection, not the adjudication, of claims of the third State and that intervention is not meant to tackle a new case on top of the pending case, the position of the intervenor is defined by the statutory purpose of intervention which is independent of the existence of a jurisdictional link. The case pending before the Court is the one brought by the main parties ; if the third State applying for intervention is seeking more than the mere protection of its legal interests, if it intends to become a party in the case or to obtain a judgement on its claims, it is leaving the realm of intervention⁶² and entering into questions of the enlargement of the dispute by a new party or changing the subject matter of the original request, what is not feasible without the consent of the original parties. Intervention under Art. 62 of the Statute is thus by definition, given by the Court's practice, only non-party intervention, whether there is a jurisdictional link or not. If the third State, even if it is bound to the main parties by a jurisdictional link, restricts the purpose of its application to intervene to the limits inherent in Art. 62 of the Statute, that is the mere protection of its legal interests and participation as a non-party, intervention would be admissible. But if the third State applying for intervention and linked to the main parties by a jurisdictional link wants to have the status of a party with all the rights and obligations, this would not be possible by way of admitting him as intervenor, but would require the consent of the main parties and lead to a modification of the original application or a joinder of a new case to the pending one⁶³.

The status of the intervenor as a non-party has some further consequences regarding particularly the question of the composition of the Court, which had arisen in the Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case. In that case, Nicaragua addressed the question of a judge *ad hoc* for the intervening State. This question has found the answer resulting logically out of the status of the intervenor as a non-party, namely that there is no

⁶² Cf. Greig *op. cit.* note 16, p. 327 ; Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 410/11 ; Sperduti, *op. cit.* note 54, p. 98.

⁶³ Rule 47 of the Rules of Court.

right for a judge *ad hoc*. According to Art. 31 of the Statute, only *parties* have the right to choose a national judge so that intervention under Art. 62 of the Statute does not imply that right for the intervener⁶⁴.

Finally the status of the intervener raises the question of his procedural obligations. Is it obliged to submit a written statement or to appear? In this regard it has to be underlined that intervention, even after having been admitted, is always of a voluntary character and does not imply obligations. Thus, the intervener is free to participate in the proceedings or not, although such an attitude seems rather unrealistic⁶⁵. Whether the non-participation of the intervener may be regarded as a sort of discontinuance of the intervention or not depends on the stage of the procedure and of whether he has already taken acts of procedure or not. In any case, the admission of an application to intervene cannot produce more obligations for the intervener than those existing for the main parties.

g) *Effect of the Judgement* : As spelled out in Art. 59 of the Statute, the decision has only binding effect between the parties to the case and only with regard to the particular case. Insofar, a distinction has to be made between the decision concerning the *admissibility of intervention*, - this decision being binding also upon the intervener -, and the *decision on the merits of the case* where the third State has been admitted to intervene : the effects of that judgement upon the intervening State are not that of *res judicata* as determined in Art. 59 of the Statute, since the intervener does not have the status of a party. The question remains, however, whether that means that the decision, at least as to the part for which the intervention has been admitted, would have no effect at all for the intervener. Such a position may seem unacceptable, since the intervener has been granted

⁶⁴ Torres Bernárdez *op. cit.* note 27, p. 342 ss and 413.

⁶⁵ A situation where this may be the attitude of the intervener could be given where the scope of the intervention sought and the scope of the intervention admitted differ in such a significant way that the intervener loses the interest in the intervention, cf. Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 287.

some rights by being admitted and should, as a consequence, also have to accept the corresponding obligations⁶⁶. Therefore it would seem to follow that the binding effect of the judgement be extended to the intervener as far as the question of the intervention is concerned⁶⁷. This would also be in conformity with the provision in Art. 63 paragraph 2 of the Statute, according to which the interpretation given of the convention in question, is binding also for the intervener⁶⁸. It would be strange if the construction of a convention would be binding upon the intervener, but not the decision or the part of the decision concerning the intervention under Art. 62 of the Statute. Therefore, it has been argued that the decision, although it is not *res judicata* for the intervener as it is for the parties according to Art. 59 of the Statute, is at least opposable to the intervener so that he is precluded from challenging the decision so far as the intervention is concerned⁶⁹. It may, however, be argued, that the decision relates only to the dispute of the main parties, since intervention *per definitionem* does not enable the Court to decide upon any material aspect of the claims of the intervener, and that therefore nothing in the decision may affect the intervener. The intervention being aimed merely at guaranteeing that no decision would be taken as to the rights or interests of the third State, the problem of the binding effect upon the intervener does not even arise. However, it seems that this view is too narrow, for even a finding of the Court that legal interests of the admitted intervener are not affected by the decision in the case is not

⁶⁶ This argument has clearly induced the framers of the Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE of 1992 to provide explicitly for the binding character of the decision for the non-party intervener. The same provision has been taken in some other cases, *i.e.* the Statute of the Law of the Sea Tribunal.

⁶⁷ Art. 31 paragraph 3 of the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea as well as Art. 29 paragraph 4 of the Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE of 1992 provide explicitly for the binding character of the decision so far as the question of intervention is concerned.

⁶⁸ Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p.430 ss.

⁶⁹ Cf. in this sense S. Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 430/31.

without effect for the intervenor⁷⁰. Therefore the decision so far as it concerns the purpose of the intervention may not be disregarded by the intervenor but produces at least the effect of being opposable to him, even if it does not have the same force as between the parties under Art. 59 of the Statute.

h) *Interpretation and revision of Judgements* : Considering finally the question of intervention into follow-up proceedings to a case, namely interpretation and revision of a judgement, Arts. 60 and 61 of the Statute, we have to distinguish between a case where intervention had already been permitted in the main case and the one where this is not the case. A first initiative for being permitted to intervene in the phase of interpretation or revision proceedings is not admissible, neither under Art. 62 nor under Art. 63 of the Statute. This follows clearly from the terms of Arts. 81 and 82 of the Rules which provide for an application for permission to intervene or a declaration on intervention “as soon as possible and not later than the closure of the written procedure”. If a third State did not take action in order to protect its alleged legal interests during the pending of the main case, it is precluded to remedy such failure in the interpretation or revision procedure. If, on the contrary, a State had been admitted as intervenor in a case, that that State’s intervention would also be admissible in the interpretation or revision procedure if the subject-matter of the admitted intervention is at stake⁷¹

2. Intervention under Art. 63 of the Statute

a) *Questions of admissibility* : Art. 82 of the Rules of Court speaks of the *right* of intervention under Art. 63 of the Statute, which should be exercised “as soon as possible, and not later than the date fixed for the opening of the oral proceedings”. As has been mentioned above (IV, 1.a), the question whether a declaration to intervene may be brought already during the jurisdictional phase of a case, has been relevant in the Case

⁷⁰ Cf. in this context to Günther, *op. cit.* note 29, p. 271.

⁷¹ Cf. Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 437/38.

Nicaragua v. United States, El Salvador trying to intervene. Since in this case El Salvador did not fulfil the requirements provided for in Art. 82 of the Rules, its declaration was dismissed without, however, prejudging in any way the question whether intervention under Art. 63 (or 62) of the Statute would be altogether inadmissible at this phase⁷².

Prerequisite to exercising the right conferred under Art. 63 of the Statute is the pending of a case in which the construction of a convention is essential. The State desiring to intervene has to specify why it considers itself a party to that convention and which provisions of the convention it considers to be under construction as well as its opinion on the construction to be given to the articles in question (Art. 82 Rules of Procedure). It remains, however, unclear, what exactly is meant by the terms "whenever the construction of a convention ...is in question". In this context the question has arisen whether the construction of the convention must be the central item at issue in the dispute or whether any construction of a convention confers the right of intervention to third States parties to the convention. The opinions in this context go from one extreme to the other, it seems, however, reasonable to require that the construction of the convention has to be of some relevance for the decision of the dispute and is not simple a mere marginal point of the dispute⁷³. Since neither the terms of Art. 63 of the Statute nor the provisions in Art. 82 of the Rules are sufficiently precise, the Court has some discretion concerning the question of admissibility of an intervention under Art. 63 of the Statute, since the notification of the registrar, provided for in Art. 63, cannot have the consequence to exclude any evaluation of the question by the Court. On the other hand, the failure of notification by the registrar is no bar for intervening under Art. 63 of the Statute.

The State desiring to intervene must have ratified the convention in question, the mere signing of a convention providing for ratification is not

⁷² For the opposite view see Günther, *op. cit.* note 29, p. 293.

⁷³ Cf. Günther, *op. cit.* note 29, p. 286.

sufficient⁷⁴. Furthermore it is of importance whether the third State has ratified the convention under reservations concerning expressly the question in dispute ; in this case, the third State may not be entitled to intervene under Art. 63 of the Statute⁷⁵.

b) *Legal interest* : Intervention under Art. 63 of the Statute does not require a special legal interest ; the interest is supposed to exist by the mere status of a party to the convention under construction. Therefore, this question is not even examined by the Court.

c) *Jurisdictional link* : The same as with regard to the legal interest is true for the question of the existence of a jurisdictional link. This issue has never been discussed in the context of intervention under Art. 63 of the Statute. The simple fact of being a party to the convention in question entitles the third State to intervene. The role of the third State is limited to its view on the question of interpretation which brings its status very close to that of an *amicus curiae*.

d) *Discretion* : Although the Court has some discretion as to the question whether the construction of the treaty is of such a relevance for the dispute that it entitles intervention, there is no discretion for the Court to admit a third State if the relevance of the construction of the convention is given and if the other requirements provided for in Art. 82 of the Rules are fulfilled. However, even under Art. 63 of the Statute the intervention has to be "genuine" that means that the intervener may not pursue other aims⁷⁶ than the clarification of the interpretation issue.

e) *Status of the intervener* : the intervening State does not become a party to the case ; it only has some procedural rights which are the same as those for an intervener under Art. 62 of the Statute with the only

⁷⁴ W. Fritzemeyer, Die Intervention vor dem Internationalen Gerichtshof, 1984, p. 158.

⁷⁵ See Günther, *op. cit.* note 29, p. 286.

⁷⁶ See *supra* part III, I b) aa), Haya della Torre case.

difference that the observations of the third State are limited to the question of the interpretation of the convention. Contrary to Art. 62 of the Statute Art. 63 provides for the binding character of the decision so far as the construction of the treaty is concerned. Those States parties to the convention which did not avail themselves of their right to intervene are, *de iure*, not bound by the construction given to the treaty in the Court's decision. *De facto*, however, the precedental effect of the interpretation of the Court is not limited to the interveners only.

V. *Indispensable parties*

The institution of intervention has been provided for in the Statute of the Court as a means available to third States at their discretion. There are, however, no provisions concerning the question of the implication on a pending case resulting from the absence of another State whose participation is claimed indispensable by one of the parties or by a third State. Since the Court is not empowered to order any State to intervene, we have to look at the practice of the Court in cases where a third party has been claimed to be indispensable for the solution of the dispute.

*Practice of the International Court of Justice*⁷⁷1. **The Corfu Channel Case⁷⁸**

In this case between the United Kingdom and Albania the core of the question concerned the responsibility for the explosions of mines in the Corfu Channel which had heavily damaged some British warships passing through the Channel without having asked Albanian permission. When it came to the question of the responsibility for the explosions Albania conjectured that perhaps Greece might have laid the mines while the United Kingdom made similar suggestions with regard to Yugoslavia. Thus the question of responsibility of third States not parties to the dispute arose. Whether intervention would have been possible in order to refute the allegations concerning responsibility was left open in the Corfu Channel case. Intervention would have introduced a collateral dispute as to the liability of third States and it is questionable whether this may be regarded as an "incidental procedure" and not as a new dispute. In the Corfu Channel case, however, the Court avoided the question of intervention or essential party in founding Albania's liability on its duty as coastal State irrespective of who in fact had laid the mines.

The Court, nonetheless, admitted in this case evidence from Yugoslavia which was not a party to the case without however indicating

⁷⁷ There is only one case brought before the Permanent Court of International Justice which may be cited here : that is the case of the Status of Eastern Carelia (P.C.I.J., Series B, N° 5, 1923). In a dispute between Finland and Russia concerning the status of Eastern Carelia regulated in a treaty between those States, Finland tried to convince Russia to bring the case to the Court. As this proved unsuccessful, the League of Nations requested an advisory opinion from the Court on the matter. Since Russia refused to cooperate, the Court declined to give the opinion noting among other things the difficulty to decide questions of fact without the participation of a directly interested state.

⁷⁸ *ICJ Report* 1949, 4 ss.

what actual weight it had given to that evidence. The outcome of this decision does not contain any substantial suggestions as to the question of third States not parties to the case.

2. The Monetary Gold Case⁷⁹

The fact that Albania did not pay the amount of compensation fixed by the Court in the Corfu Channel Case and the attempts of the United Kingdom to collect that compensation led to the leading case concerning the problem of indispensable parties, the Monetary Gold Case.

The facts of the Monetary Gold Removed from Rome of 1954 case concerned the Albanian gold that the German army had, in 1943, transferred from Rome to Berlin. According to a Tripartite Agreement of the three occidental Allies, the question of to whom the gold belonged, Albania or Italy, was to be decided by an arbitral award. In the case that the award would be in favour to Albania, the gold should be transferred to Great Britain in order to comply with the decision of the Court in the Corfu Channel Case. Both States had been accorded, however, the possibility to challenge the arbitral award before the International Court of Justice. After the award had in fact stated that the gold belonged to Albania, Italy commenced a suit before the International Court of Justice, claiming that the gold belonged to Italy as compensation for the expropriation of Italian property in Albania. After having brought this request, Italy objected, however, immediately to jurisdiction and admissibility, while Albania kept its distance. One of the preliminary objections brought by Italy was to the effect that the Court could not decide the case in the absence of Albania because Albania had conflicting interests in the subject matter of the dispute making it an indispensable party. The Court agreed emphasising that "Albania's legal interests would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision. In such circumstances, the Statute cannot be regarded, by implication, as authorising proceedings

⁷⁹ *ICJ Report*, 1954, 19 ss.

to be continued in the absence of the third State”⁸⁰.

This is the first case where the ICJ, notwithstanding the unusual facts, elaborated the criteria for finding the participation of a third State indispensable for the continuance of a proceedings. This decision clearly states that proceedings may not be continued where the interests of the third State form the very subject-matter of the case in contrast to a situation where the interests of a third State are merely affected (without forming the very subject-matter of the case). In this case the United Kingdom argued that intervention of Albania under Art. 62 of the Statute would have enabled the Court to hear the case and that the fact that the third State chose not to intervene should lead the Court to refuse to hear the case. However, this argument is not really compelling : intervention is voluntary ; it allows a third State to participate in proceedings that have been legitimately commenced, that however is not the case where the Court has no jurisdiction⁸¹ ; its jurisdiction is and remains based on the consent of the parties to the case. Moreover it has to be mentioned that, with a view to the legal régime of intervention as it stands after the permission of Nicaragua to intervene in the Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case, it seems rather unlikely that an application to intervene in such case could be granted⁸² since this would not be an incidental procedure, but a different one. As the Monetary Gold case is a very specific case concerning the facts and the procedural aspects its significance as a leading case should not be over-emphasised. In any case, it underlined in an unambiguous manner that the principle of consent underlying the Court’s jurisdiction impedes the Court from deciding a case when this decision presupposes the finding on rights or obligations of third States not parties to the case.

⁸⁰ *ICJ Report*, 1954, p. 32 ; cf. also to L. F. Damrosch, *op. cit.* note 30, p. 389.

⁸¹ Cf Chinkin, *op. cit.* note 25, p. 200.

⁸² See *infra* part V.

3. The Trial of Pakistani Prisoners of War Case⁸³

This case had been brought by Pakistan against India concerning trial for actions of genocide. Pakistan claimed against India the exclusive right to try the prisoners of war. India submitted several objections, one of which asserted that the State concerned in the case was Bangladesh, which was the State where the acts had been committed and which was interested in bringing the offenders to trial. Pakistan rejected these assertions because the events had taken place in East Pakistan before Bangladesh existed and because no interests of Bangladesh were at stake since Pakistan was claiming only its exclusive right for trial. The Court did not have the possibility of ruling on these questions because the case was discontinued on the basis of an agreement reached between Pakistan and India.

It may, however, be supposed that the Court would have decided the case without the participation of the third State since there was no question of preliminary decision on questions concerning rights or interests of a State not party to the case. If there had been questions as to the right of a third State to sue the prisoners of war the Court could have come to the simple conclusion that there was no exclusive right of Pakistan for the trial of the prisoners of war.

4. Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua Case⁸⁴

The United States, respondent in this case brought before the Court by Nicaragua, contended that the application was inadmissible on the ground that Nicaragua had failed to bring before the Court parties (namely Costa Rica, El Salvador and Honduras) whose presence was necessary for the rights of those States to be protected and for the adjudication of issues raised in the application. The main argument of the United States was that the Court necessarily would have to rule on the rights of third States with

⁸³ *ICJ Report* 1973, p. 328 ss.

⁸⁴ *ICJ Rep.* 1984, p. 392 ss.

regard to any action which they had taken under Article 51 of the United Nations Charter⁸⁵. Nicaragua denied that the Court's jurisprudence had endorsed an "indispensable parties' doctrine" sufficient to terminate proceedings if these States were absent. The Court stated that the third States were sufficiently protected by Art. 59 of the Statute and that the interests of those third States did not constitute the subject-matter of the case⁸⁶. Most interestingly the Court added that the interested States had the possibility to institute separate proceedings or to apply for permission to intervene according to Art. 62 of the Statute if they considered that their legal rights would be affected by the decision. This case is interesting particularly under the aspect that El Salvador had already applied for intervention, however in the jurisdictional phase and that its application had been dismissed as being premature.

One further particularity of this case was the fact that the indispensable party argument was not raised as a general concept but in the specific context of the Vandenberg reservation which the Court, in contrast to El Salvador's application for intervention, deferred for consideration until the merits phase. The Court, in fact, found that this reservation debarred it from deciding the case in the absence of El Salvador whose interests would be affected by the decision. It found, however, that it was not debarred from deciding the case not on the basis of the multilateral treaty, namely the Charter of the United Nations, but on the basis of customary law⁸⁷. The Court has been criticised for this decision for having not even granted a hearing to El Salvador⁸⁸. The Nicaragua case has been cited as a relevant case to demonstrate that Art. 59 of the Statute is not adequate to protect third States in all cases : if the Court decided to prohibit the United States to take measures in order to assist third States in the exercise of their right to collective self-defence, as in fact it did, then it is

⁸⁵ *ICJ Report* 1984, 392 ss ; cf. also Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 162 ss.

⁸⁶ *ICJ Report* 1984, 431.

⁸⁷ *ICJ Report* 1986, 14, 31, par. 42 -56.

⁸⁸ Cf. *supra* part III, 1 b) bb).

small consolation to say that the decision is not binding on those states⁸⁹. This case clearly demonstrates that the bilateral dispute settlement concept of the Court is not sufficient for the resolution of multilateral cases which will rather multiply than diminish.

5. Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)⁹⁰

This case concerned the delimitation of a boundary between the parties in the absence of a third State, Niger, which might be affected by a tripoint to be fixed by the Court between the three States. In this case, the Court had to consider the relevant documents fixing the boundary line between the parties ; however, the same documents were relevant also for the boundary between Niger and Burkina Faso. The Court, in the particular case a chamber constituted according to Art. 26 paragraph 2 of the Statute, did not see its jurisdiction restricted “simply because the end-point of the frontier lies on the frontier of a third State not a party to the proceedings”⁹¹. In contrast to the delimitation of maritime boundaries, where also aspects of equity have to be respected, the drawing of a territorial boundary line is totally independent of the boundary line to another State. In the case of a land boundary, Art. 59 provided for sufficient protection of the third State. As to the question whether the chamber should determine the whole course of the boundary line what would have implied to specify the point where the boundaries of the three States met, the chamber decided only to indicate the continued extent of the boundary and the point where those boundaries met : “Such a finding implies, as a logical corollary, both that the territory of a third state lies beyond the end point, and that the parties have exclusive sovereign rights up to that point”⁹², it does, however, not “amount to a decision by the Chamber that this is a tripoint which affects Niger. In accordance with Article 59 of the Statute, this judgement will also not be

⁸⁹ Damrosch, *op. cit.* note 30, p.390.

⁹⁰ *ICJ Report* 1986, 554 ss.

⁹¹ *Ibid.* 577.

⁹² *Ibid.* 579.

opposable to Niger as regards the course of that country's frontiers”⁹³.

In support of these findings reference may also be made to the decision of the Court in the Case concerning the Territorial Dispute between the Libyan Arab Jamahiriya and Tchad of February 3, 1994 (*ICJ Report* 1994, p. 33) where the Court underlined that it had not been asked to determine the tripoint but only to declare the course of the frontier line “as far as the fifteenth degree east of Greenwich”. The Court added explicitly with reference to the Burkina Faso/Mali case that “in any event, the Court's decision in this respect, as in the Frontier Dispute case, will ... not be opposable to Niger as regards the course of that country's frontiers”.

These decisions bring the necessary clarification in the sense that the Monetary Gold situation is not involved where the ruling of the Court is not opposable to a third State and does not imply any decision on the rights of that State.

6. Land, Island and Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)⁹⁴

This case has already been treated because it was the first case in which intervention under Art. 62 of the Statute has been admitted. However, in this case the indispensable-party-argument had been contended by the third State itself and not by one of the principal parties or the Court. In admitting the application to intervene, the Court rejected the claim that Nicaragua was an indispensable party, arguing that the admittedly existing legal interests of Nicaragua were not the subject-matter of the case. The Court thus found that the level of interest required to justify an indispensable party claim is more restricted than the one permitting intervention, in an indispensable party claim, the claim of the third State must be separate and exclusive to that State and a precondition for deciding the pending case.

⁹³ *Ibid.* 578 s.

⁹⁴ *ICJ Report* 1990, 92 ss.

7. Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru/Australia)⁹⁵

The arguments of the Chamber in the El Salvador/Honduras case have been confirmed in the case concerning certain phosphate lands. This case was rooted in the administration of the Territory of Nauru firstly instituted by an agreement between Australia, New Zealand and the United Kingdom concerning the Mandate for Nauru. After the Second World War these three Governments were designated as “the joint Authority which will exercise the administration of the Territory” by the Trusteeship Agreement for the Territory of Nauru⁹⁶. Nauru commenced proceedings only against Australia for violation of Article 76 of the United Nations Charter and Articles 3 and 5 of the Trusteeship Agreement and sought reparations for the rehabilitation of the areas where the phosphate had been exploited under Australian administration before the independence of Nauru. Since the dispute concerned treaty violations New Zealand and the United Kingdom could have intervened under Article 63 of the Statute, but would even have grounds for intervention under Article 62 of the Statute. Both States, however, did not see any benefit in intervening and therefore it was not surprising that Australia argued that the Court could not hear the case in the absence of the other States parties to the trusteeship Agreement.

Australia contended that Nauru could not bring a case only against one of the Administrating Powers since, as they formed the joint Authority, no one of them could be held liable separately. Any potential liability could only be joint liability. A judgement in favour of Nauru would necessarily imply liability for the two States not parties to the case, both of which had not consented to the jurisdiction of the Court.

Nauru’s arguments were to the effect that Australia was the dominant partner in the Authority and that the actions complained of concerned only Australian officials and could not necessarily be imputed

⁹⁵ *ICJ Report* 1992, 215 ss.

⁹⁶ Cf. Chinkin, *op. cit.* note 25, p. 204.

to the other States. The Court was thus confronted with the question whether in a situation of co-trusteeship one of the trustees could be sued alone or whether all of them could only be sued in conjunction. The majority of the Court stated in favour of the admissibility of the case finding that the question as to whether the determination of liability was finally joint or joint and several should be reserved for the merits, but that in any case Nauru could bring its claim against Australia alone. In the present case, in contrast to the Monetary-Gold case, the determination of the responsibility of New Zealand or the United Kingdom was not a prerequisite for the determination of the responsibility of Australia, the only object of Nauru's claim⁹⁷. The decisive argument in the Nauru case was for the Court that there was neither a logical nor a temporal link of priority between the finding of the responsibility of New Zealand or Great Britain with regard to that of Australia, that consequently there was no relation between those findings in the sense that one would be the basis for the other. On the basis of an Agreement reached between the parties, the case was discontinued so that the question of joint or several liability has not been decided by the Court.

8. Case Concerning East Timor (Portugal /Australia)⁹⁸

The question of the indispensable third party was the main issue in the case brought by Portugal against Australia for an alleged violation of Portugal's rights as administering authority for East Timor by the

⁹⁷ *ICJ Report* 1992, 261, par. 55.

⁹⁸ *ICJ Report* 1995, 90 ss ; cf. also to the comments to this decisions of I. Scobbie, The presence of an absent third : procedural aspects of the East Timor Case, in : International Law and the Question of East Timor, 1995, Section V, The East Timor Case at the International Court of Justice, 223-242 ; L. Hannikainen, The Case of East Timor from the perspective of *ius cogens*, *ibid.* 103-117 ; R. S. Clark, Some International Law Aspects of the East Timor Case, Leiden Journal of International Law, 5 (1992), 265 ss ; P. Hilbold, Der Osttimor-Fall, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, vol. 2037, 1996.

conclusion of the Timor Gap Treaty between Australia and Indonesia. Portugal did not claim that the treaty was void, but that, in concluding the treaty, Australia had violated the rights of the administering power of East Timor, namely Portugal. Indonesia had invaded the territory of East Timor in 1975 with the consequence that the Portuguese administration retired definitively from the island. Nevertheless, Portugal remained the administering power of the territory and East Timor figured always in the list of non-self governing territories according to Chapter XI of the United Nations Charter. In 1989 Australia concluded with Indonesia a treaty concerning the common exploitation of the part of the continental shelf lying between the coast of East Timor and Australia.

Indonesia could not be sued before the Court because it had not submitted to the jurisdiction ; in suing Australia Portugal claimed therefore that the conclusion of the Treaty violated the right of self-determination of East Timor as well as the rights of Portugal as administering power with respect to East Timor. One of the preliminary objections of Australia alleged that any decision on the merits of the case would necessarily imply a decision on the rights of Indonesia with regard to East Timor and that the Court was not competent to take such a decision in the absence of Indonesia.

The Court followed the argument of Australia by reasoning that any decision on the legality of the action of Australia presupposed an examination on the legality of the presence of Indonesia in East Timor. Since this question was the core of the case and formed the basis, on which the pending case had to be decided, it could only be decided with the consent of Indonesia⁹⁹. The undisputed fact that the violated right in question, the right of self-determination of the people of East Timor, was a right *erga omnes* did not change this result because it did not affect the question of jurisdiction of the Court. The Court underlined clearly the difference between this case and the Nauru case in stressing that in the Nauru case the question of the rights and obligations of the third States not

⁹⁹ *Ibid.* 102.

parties to the case was not preliminary to the question of the case pending before the Court¹⁰⁰.

Conclusion : The overview over the practice of the Court concerning the so called indispensable parties cases gives us a rather clear picture of the attitude of the Court.

1. *Definition of indispensable parties* : The practice of the Court is that only where the decision on legal rights or interests of a third State not party to the case is a *conditio sine qua non* for the decision of the pending case, the indispensable party objection debars it from taking a decision. This is moreover only the case where the necessary preliminary decision concerns the very subject-matter of the case and not only some secondary aspect not essential for the resolution of the pending dispute. The Court did, however, not take a decision on whether in such a situation it should refrain *ex officio* from deciding the case. With a view to the strict principle of consent it may be stated that even without an objection of one of the parties the Court could not decide in such a situation.

2. *Preliminary nature of the question* : While the principle is thus clear, questions remain as to the exact definition of the preliminary nature of a decision on the rights or interests of third States. This question can only be decided from case to case, but the practice of the Court indicates that a very strict test is applied in this context. It may be considered as a rule that if the decision on the rights of the third State not party to the case would be the basis for the decision of the pending case then without this decision the pending case cannot be decided.

¹⁰⁰ *Ibid.* 104 s ; cf. also to P. D. Coffman, Obligations *Erga Omnes* and the Absent Third State, German Yearbook of International Law 39 (1996), 285 ss, who argues in favour of extending the jurisdiction of the Court in cases where *erga omnes* obligations are at stake and where a dispute between the parties before the Court as to those obligations exists, p. 329 ss.

3. *Non-applicability of the intervention procedure* : Finally it may be mentioned that while the Court in a first phase never failed to refer to the possibility of the third State to make a request for intervention¹⁰¹, it did not insist on this point in the East Timor case. Since this decision was rendered after the decision on the intervention of Nicaragua in the Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case, this attitude of the Court may not be regarded as merely incidental. Whenever a third State is an indispensable party in the sense given by the Court, namely that *a decision on rights of the third State is a prerequisite for deciding the pending case*, that means that this question, by its very nature, is *not incidental* to the pending case. Thus, intervention under Art. 62 of the Statute would not be admissible, because the Court would have to state upon a right or question not implied in the main dispute but preliminary to it. The question to decide would thus concern another dispute than the one before the Court and such a decision cannot be obtained by means of intervention¹⁰². Therefore, cases raising the problem of indispensable parties in the narrow sense defined by the Court are cases which the Court could not even decide if an application for intervention would be brought. Those cases would rather require the amendment of the original request by admitting a third party to the case or by enlarging the subject-matter of the dispute or a new application by the third State which could be joined to the pending case, all these alternatives presupposing the consent of all parties concerned, thus a jurisdictional link.

4. *Limits to the indispensable party argument* : The finding that the indispensable party argument holds only where the statement of the rights of the third State is preliminary to the decision in the pending case and where those rights are the exclusive rights of the third State, permits us to outline some situations which are not covered by this argument. Thus, the Court is not debarred from exercising its jurisdiction in a case which concerns rules of public international law, particularly treaties, which are

¹⁰¹ Cf. e.g. to the Monetary Gold Case and to the Nicaragua/United States case.

¹⁰² See in confirmation of this finding Torres Bernárdez, *op. cit.*, note 27, p. 265 ss.

in force equally or primarily between one of the parties to the case and a third State unless there exists a reservation to the opposite effect (Vandenberg reservation). This result is based on the Court's decisions in the Anglo-Iranian Oil Co. Case¹⁰³, the Ambatielos-Case¹⁰⁴, the Nicaragua/United States case and the Burkina Faso/Mali case¹⁰⁵. This finding is rather self-evident and follows also from the right to intervention under Art. 63 of the Statute which would make no sense if in any case all parties to a treaty were required to become parties to the pending case. It is in this context the increasingly relevant question arises of the protection of rights and obligations *erga omnes*. Because of its growing importance this question will be treated separately¹⁰⁶. The practice of the Court furthermore shows that the involvement of third States may be relevant especially in territorial disputes. In such cases the drawing of a boundary line, the declaration of sovereignty over a certain area, or the delimitation of maritime areas, would normally presuppose a statement on the sovereign rights of all neighbouring States. Cases of this kind are by their very nature not bilateral disputes but multilateral disputes¹⁰⁷ and the practice of the Court shows that the handling of those cases is not at all satisfactory when they have to be decided in the absence of the third States concerned. Since these are not cases of indispensable parties, they could find a satisfactory solution by making use of the institution of intervention. If intervention is not applied for or not admitted (which seems rather unlikely), however, the Court is debarred from interfering with possible claims of a third State by limiting the scope of the decision as it did in the Libyan-Malta case after dismissing Italy's application to intervene. There is no possibility of sanctioning the third State not willing to intervene by disregarding its

¹⁰³ *ICJ Report* 1952, 93 ss.

¹⁰⁴ *ICJ Report* 1953, 10 ss.

¹⁰⁵ Cf. in this context to A. Zimmermann, Die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs zur Entscheidung über Ansprüche gegen am Verfahren nicht beteiligte Staaten, *ZaöRV* 55 (1995), 1051 ss, 1059 ss.

¹⁰⁶ Cf. *infra*, Part V.

¹⁰⁷ Cf. Rosenne, *op. cit.* note 17, p. 198.

claims¹⁰⁸ ; this result may not be satisfactory, it is, however, the only one consistent with the principles governing international jurisdiction. This state of affairs may, as is demonstrated by the Libya/Malta case, lead to unsatisfactory results for the main parties who see their dispute restricted by the simple acceptance of the claims of the third State(s) without any discussion or examination of the reasonableness of those claims.

VI. *Amicus curiae function contra intervention?*¹⁰⁹

The practice of the International Court of Justice, especially the reasons given by the chamber for admitting the intervention of Nicaragua in the dispute between El Salvador and Honduras, reminds us largely of the institution known as *amicus curiae* from the anglo-saxon law system and present in some international jurisdictions¹¹⁰. This institution is aimed at bringing all necessary information to the Court without the *amici* becoming parties to the case. In the Statute and Rules of the ICJ there are provisions enabling States or organisations to act as a kind of *amicus curiae* only with regard to advisory proceedings : e.g. Art. 66 paragraph 2 - 4 provides that in advisory proceedings States and international organisations may furnish written and oral information to the Court on the pending question ; Rule 105 provides for more details. Although there is no such provision for

¹⁰⁸ Contrary to this opinion Greig, *op. cit.* note 16, p. 334.

¹⁰⁹ At the Geneva meeting of the members of the Commission in August 1998 it was decided not to include the *amicus curiae* topic in the resolution, but to mention it, however, in the report. The reasons for this decision were essentially that this item was not necessarily covered by the mandate of the Commission, the *amicus curiae* not being a “third” in a strict sense ; another reason concerned the fact that the statutes and rules of most of the international courts and tribunals do not contain specific rules on this topic but only rules the application of which leads more or less to the same effect. Furthermore, the *amicus curiae* question has not yet been researched thoroughly enough and is thus too vague and unexplored as to its implications and that therefore it should not be included in the Resolution.

¹¹⁰ See *supra* note 57.

contentious cases the Court did act accordingly in the Corfu Channel case where it accepted evidence from Yugoslavia, a State not party to the case. Furthermore, according to Art. 34 paragraph 2 of the Statute the Court may “request of public international organisations information relevant to cases before it” and according to Art. 50 the Court may entrust outside bodies to give an expert opinion in order to collect all necessary information¹¹¹. These provisions in fact serve in some way the same aim as do *amicus curiae* briefs. Therefore, in applying those provisions largely, it would seem possible for the Court to have the *amicus curiae* function, or something near to it, fulfilled even in the absence of any explicit provision to this effect¹¹². Although it is clear that Article 34 paragraph 2 of the Statute aims at preserving the rights of international organisations which may not be parties in contentious cases, and Art. 50 at assisting the Court in collecting evidence, these provisions serve in principle the same aim as do *amici curiae*.

With a view to the legal régime of intervention under Art. 62 of the Statute as it results from the Court’s latest practice, it may thus be asked whether there is a clear and significant difference between intervention and *amici curiae* besides the formal aspect that the *amicus curiae* function exclusively aims at assisting the Court, while intervention serves the third State to protect its own legal interests or rights. But this distinction is only apparent because both alternatives are finally aimed at avoiding that the Court takes a decision exceeding its jurisdiction. Therefore the only admissible intervention under Art. 62 of the Statute in the form of non-party intervention non requiring a jurisdictional link and aiming only at informing the Court of the claims of the third State without aiming at a decision on

¹¹¹ As to the practice of the Court in this respect see K. Hight, Evidence and Proof of Facts, in L.F. Damrosch, *op. cit.* note 30, p. 355 ss, 359 -363.

¹¹² Cf. in this context to Damrosch, *op. cit.* note 30, p. 388, who rightly observes that it would be possible to add this function by simply amending the Rules of Court. At the same time she states however that “even short of a formal amendment there is nothing to prevent the Court from receiving and considering the views of non-parties in particular cases”.

those claims¹¹³ comes very close to the *amicus curiae*-function confirming thus that it qualifies for the effective protection of third States' claims as an incidental question in a pending case. Therefore the question whether it would be desirable to include a provision on *amicus curiae*-functions in the Statute or Rules of the Court¹¹⁴ may be answered in the negative : these functions are provided for expressly with regard to advisory opinions (Art. 66 of the Statute) and for contentious cases with regard to organisations which cannot be parties in those cases (Art. 34 of the Statute) ; as to States, the legal régime of intervention under Art. 62 of the Statute fulfils in principle the functions of *amicus curiae* with the sole difference that not all States, but only those claiming a legal interest to be protected may apply for intervention. Since the main obstacles impeding the admissibility of intervention have been overcome by not requiring a jurisdictional link and not giving the intervener the status of a party there is no need for *amicus curiae* provisions¹¹⁵.

VII. *Disputes concerning erga omnes rights or obligations*

The question whether the involvement of an *erga omnes* obligation in a dispute before the Court has any special consequence for the principle of consent has been discussed since the famous *obiter dictum* in the Barcelona Traction Case in 1970¹¹⁶. The speculations whether this dictum

¹¹³ Cf. Land, Island and Maritime Frontier Case, *ICJ Report* 1990, p. 130, par. 90.

¹¹⁴ Cf. Damrosch, *op. cit.* note 30, p. 388.

¹¹⁵ Cf. in this context also to the procedure before the European Court of Human Rights, which provides for sort of an *amicus curiae* function in Art. 41 of its rules ; A. Lester, "Amici curiae" : Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights, in : Protecting Human Rights : The European Dimension, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda, 1988, p. 441 ss.

¹¹⁶ *ICJ Report*, 1970, 32.

had opened the door for something like an *actio popularis*¹¹⁷ have finally found a definite answer in the East Timor case. This answer is in absolute conformity with the Court's case law for even in the Barcelona Traction case the Court had not touched upon the fundamental principle of consent of States to its jurisdiction which it confirmed explicitly in the East Timor case by stating that the concept of rights *erga omnes* and the concept of consent to jurisdiction are two different things¹¹⁸. This statement does, however, not resolve all questions of jurisdiction related to the violation of *erga omnes* norms, because there has been no clarification of what exactly has to be understood by obligations *erga omnes* and moreover what exactly are the implications of such an obligation for each single member of the state community speaking in jurisdictional terms. It rather seems that the Court's use of the term *erga omnes* obligations is not uniform and that it remains unclear whether the simple existence of an obligation *erga omnes* gives every State a legal interest in their fulfilment or whether action is only possible if a corresponding right of protection has specifically been transferred on the State¹¹⁹. While there has been a lot of discussion concerning the question of possible reactions, particularly countermeasures, of third States in case of the violation of an *erga omnes* obligation, the question of its implications on jurisdiction has seldom been treated¹²⁰. The

¹¹⁷ Cf. F. A. Mann, The Doctrine of *Jus Cogens* in International Law, in H. Ehmke (ed.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, 1973, 399 ss, 406.

¹¹⁸ *ICJ Report* 1995, 102, par. 29.

¹¹⁹ The latter sense is supported by par. 94 of the Barcelona Traction Case, *ICJ Report* 1970, 47 ; the opinion that each State has a legal interest in the fulfilment of obligations *erga omnes* is supported by the famous *obiter dictum*. Cf. in this context to B. Simma, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil des Cours*, 250 (1994-VI, 296 ss.

¹²⁰ Cf. for example, C. Annacker, The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations in International Law, *Austrian Journal of Public and International Law* 46 (1994), 131 ss ; and Die Durchsetzung von *erga omnes* Verpflichtungen vor dem Internationalen Gerichtshof, 1994 ; L. Hannikainen, Peremptory Norms (*Jus Cogens*) in International Law,

only aspect which is established now is the fact that the violation of an *erga omnes* obligation in no way affects the fundamental principle of consent to jurisdiction¹²¹. This leads immediately to the question whether action before the Court would be possible by any State which has a jurisdictional link to the violator of the obligation. Reading together the Barcelona Traction dictum and the East Timor findings, this seems to be the logical consequence to be drawn from those statements. This result does, however, not conform to the statement of the Court in the South West Africa case¹²², where the Court required that a right or interest to act "must be clearly vested in those who claim them, by some text or instrument, or rule of law"¹²³. The same doubts arise from another passage in the Barcelona Traction case where the Court stated that "the instruments which embody human rights do not confer on States the capacity to protect victims of

1988 ; J. Delbrück, (ed.) *The Future of International Law Enforcement, New Scenarios - New Land?*, 1993 ; J.A. Frowein, *Reactions by not directly affected States to Breaches of Public International Law*, Recueil des Cours, 248 (1994-IV), 353 ss ; L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite, des contre-mesures à la légitime défense*, 1990 ; C. Tomuschat, *Obligations Arising for States without or against their Will*, Recueil des Cours 241, 1993-IV, 195 ss ; P. D. Coffman, *op. cit.* note 100, 296.

¹²¹ There are, however, attempts to widen the strict bilateral consensual basis of international jurisdiction in the case of violations of obligations *erga omnes* : P. D. Coffman, *op. cit.* note 100, p. 331, argues in favour of adjudication in case of a dispute concerning *erga omnes* obligations, if the violator is not a party to the dispute, "at least, where there is a dispute that the parties could have chosen to solve bilaterally themselves, [because in this case] the Court explicitly respects the principle of effectiveness embodied in the parties' decision to choose bilateral adjudication". Coffman thus argues for giving up the rigid bilateralism in dispute resolution in order to permit at least that the consenting States have adjudicated their dispute concerning *erga omnes* obligations without touching upon the rules on consent (Art. 36 of the Statute) and on the binding force of judgements (Art. 59 of the Statute).

¹²² *South West Africa Case, Second Phase, ICJ Report* 1966, 6 ss.

¹²³ *Ibid.* p. 32.

infringements of such rights irrespective of their nationality”¹²⁴. Both those statements seem to require a special right of protection vested in the claimant State. Those statements should however be seen in the context of the special case ; as has been convincingly stated, the *obiter dictum* in the Barcelona Traction case “may be understood as a reaction by the Court to the criticism expressed concerning the Judgment in the second phase of the South West Africa case : If that is so it is all the more natural that the Court would not have ruled out the possibility of bringing a case before it as soon as a jurisdictional link exists”¹²⁵. This progressive and in multilateral disputes welcome opinion would however lead to the consequence that it would become possible to bring an *erga omnes* violation before the Court even if the directly injured State itself, supposed that there exists a jurisdictional link to the violator, would abstain for whatever reasons, from suing the violator.

This outcome seems rather far reaching and makes it necessary in the first place to have a closer look to what is exactly meant by obligations *erga omnes*. In his lecture at the Hague Academy of International Law, B. Simma tried to define in more detail the characteristics of obligations *erga omnes*¹²⁶. In his view obligations *erga omnes* are such obligations that are owed to the collectivity of States. “Only if the community of States is entitled to demand fulfilment of an obligation we are in presence of a true rule with effect *erga omnes*. Only in that case the ‘omnes’ are deemed to have a legal interest in the fulfilment of the obligation”¹²⁷. Also this description leaves open what those rights are and the use of the notion of *erga omnes* obligations by the ICJ is not very helpful in this respect. In the Nuclear Test cases the Court used the notion with regard to the unilateral commitment of France not to continue its atmospheric tests any longer. In the Tehran Hostages case the Court drew “the attention of the entire international community ... to the irreparable harm that by be caused by

¹²⁴ *ICJ Report* 1970, 47.

¹²⁵ J.A. Frowein, *op. cit.* note 120, p. 349 ss, 428/29.

¹²⁶ B. Simma, *op. cit.* note 119, p. 298 ss.

¹²⁷ *Ibid.* p. 298/299.

those events”¹²⁸ and in its decision on Jurisdiction in the Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia case the Court concluded that the rights and obligations of the Genocide Convention had an *erga omnes* character and that, therefore, the obligation of all States to prevent and punish genocide was not territorially limited by the Convention¹²⁹ and finally, in the East Timor case the Court found that “irreproachably” the right of self-determination was a right *erga omnes*. Thus one can say that the Court does not use this term in a strict definition, but that the two latter cases as well as also the Barcelona Traction case seem not to make a distinction between *ius cogens* and obligations *erga omnes*. Therefore it has to be examined whether obligations *erga omnes* enforceable by any State bound to the violator by a jurisdictional link are nothing else than the other side of *ius cogens* or whether it is a category of itself.

According to the Vienna Convention on the Law of treaties *ius cogens* is the peremptory norms of international law which have the legal force to invalidate conflicting treaties. Although *ius cogens* is thus primarily confined to treaty law what is not the case for *erga omnes* rights, those rights normally flow from *ius cogens*. Even though in theory it is possible that two States by the conclusion of a treaty deviate from obligations *erga omnes*, what would not be possible with regard to *ius cogens*, this hypothesis seems restricted to theory, for in practice it is difficult to imagine a situation where an *erga omnes* obligation does not derive from a *ius cogens*. This situation allows the conclusion that “*ius cogens* and obligations *erga omnes* are but two sides of one and the same coin”¹³⁰ and that “the performance of such essential obligations for the common benefit is due to all members of this community, not just to one or more States engaged in a particular *quid pro quo*”¹³¹. From these conclusions it is only a little step to the question of the legal consequences of the violation of

¹²⁸ *ICJ Report* 1979, 43.

¹²⁹ *ICJ Judgement* 1996, par. 31.

¹³⁰ Cf. Simma, *op. cit.* note 119, p. 300.

¹³¹ *Ibid.* p. 301.

those norms, e.g. to the ILC Draft on State Responsibility¹³². Without going into the details of this question, what is important to note is the difference made between international crimes and international delicts which aimed at making a difference between the legal possibilities of directly and not directly affected States¹³³. If the term international crime, which is too easily connected with the notion of criminal sanctions, is interchangeable with the notion of obligations *erga omnes*, which seems to be widely supported¹³⁴, the consequences for judicial enforcement of the violation of such obligations before the ICJ become much clearer and consistent in the sense that whenever the violator has submitted to the jurisdiction of the ICJ each State linked to it by acceptance of the Court's jurisdiction has the right to sue the violator. The concern which such solution may imply, namely that it becomes possible that the sovereign decision of the directly violated State not to sue the violator may be ignored, may be justified by indicating to the peremptory character of the violated norm. This would amount to accepting the priority of peremptory norms of international law even over the sovereign will of a State. This conclusion seems to conform widely with the necessities of community interests in order to preserve common values in the multi-faceted world of today.

Conclusion : In the present context of involvement of more than two parties in international judicial procedures the violation of obligations *erga omnes* leads to an enlargement of the possibilities of suing the violator of such obligations. According to the requirement of consensual jurisdiction, each State which is linked to the violator by a jurisdictional link to the Court may bring the case even if that state is not the directly affected or violated State. In this way the most important rules of international law can be protected without changing the fundamental principles of international jurisdiction.

¹³² *Ibid.* p. 308 ss.

¹³³ Cf. Frowein, *op. cit.* note 120, p. 411.

¹³⁴ See in this context explicitly Frowein, *ibid.*, p. 411 and note 174 on p. 411

This findings raise the question whether in a case concerning *erga omnes* violations all States would have a right to intervene. This question has to be answered in the affirmative, although intervention would only be possible under Art. 62 of the Statute, not under Art. 63, which would at first glance seem to be more suitable in those cases because it serves for taking into account third States' interests because of their being bound by the provisions of the treaty under construction. The same interest has to be accorded to all States submitted automatically to the peremptory norms of international law. However, since the terms of Art. 63 are explicit insofar as they merely relate to international *treaties*, a case concerning the violation of an *erga omnes* norm would only allow for intervention under Art. 62 of the Statute without posing any problem as to the existence of a legal interest to be preserved. In this context, the difference between Art. 62 and Art. 63 of the Statute would be blurred due to the fact that the simple submission to a peremptory rule not incorporated in an international treaty would empower each State of the international community to intervene as if it were a case of Art. 63 of the Statute. Whether any restriction to intervention in these cases could be justified by requirements of the purpose of intervention seems questionable, because the purpose of intervention, namely the protection of peremptory norms of international law, could probably not be regarded as improper.

In this context it has been asked whether the terms of Art. 63 of the Statute are not too narrowly framed and should be extended to enable third States to intervene under Art. 63 also whenever norms of *jus cogens* or general international law are to be constructed, because the construction of these norms concerns all States¹³⁵. Such an amendment would, however, extend the reach of the right to intervene too far ; this right was aimed at taking account of the fact that States' adherence to international treaties is a voluntary act, that to *jus cogens* and general international law not. If this distinction would be abolished, intervention under Art. 63 of the Statute would be open to nearly all States in nearly all cases, a result which was surely not intended by the frames of the Statute.

¹³⁵ Cf. Chinkin, *op. cit.* note 25, p. 184/85.

VIII. Conclusions and Recommendations

I. With regard to the provisions concerning intervention it has to be mentioned in the first place that they are characterised by a general vagueness. Whether this vagueness has to be regarded as a shortcoming or as an advantage depends on the viewpoint of the observer who may prefer a strict rule to the ambiguities and obscurities of the provisions which, however, leave a very wide room for manoeuvre. The practice of the Court has, in a first stage, been very clear only in two, however decisive, respects, namely that the claimed interests of a third State have always been taken into account, even if intervention had not been admitted and even if the subject-matter of the original dispute has thus been limited to a very considerable extent as in the Malta-Libya Case and secondly, that intervention does not mean to "tack on a new case", as the Court stated in that very case. These findings have clearly paved the way for the decisive decision concerning intervention under Art. 62 of the Statute : the Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case. In this case the Chamber clearly defined intervention under Art. 62 of the Statute as non-party intervention. The Court thus attributed to the institution of intervention its genuine sense of informing the Court of the claims of the third State¹³⁶ by admitting the third State to participate, although not as a party, in the procedure ; this proceeding does in fact more justice to the original parties than the mere and undiscussed taking into account of the claims of the third State not admitted as an intervenor¹³⁷. Intervention as thus defined by the Court does also not affect the principle of consent and conforms to the qualification of intervention as an incidental procedure which only aims at avoiding that the Court takes a decision *ultra vires* by interfering with the claims of a third State not party to the dispute. By simply giving the necessary information to the Court and facilitating the function of the Court without interfering in any way with the original dispute, intervention is open to nearly every State (Art. 35 of the Statute). Intervention as a non-party, furthermore, does not

¹³⁶ Cf. Günther, *op. cit.* note 29, p. 284.

¹³⁷ Cf. once more to the Malta/Libya Case which is supposed would be decided differently today.

involve any question of a jurisdictional link or of an *ad hoc* judge for the intervening State. Intervention under Art. 62 of the Statute as meanwhile defined by the practice of the Court, is sufficient in order to protect effectively the legal interests of third States not parties to the case without affecting in any way the fundamental principles of international jurisdiction, *i.e.* the principle of consent.

The only question which has not yet received a satisfactory answer relates to the effect of the judgement on the intervener as far as the subject-matter of intervention is concerned. Since the intervener does not become a party to the case, Art. 59 of the Statute is not applicable in his regard. This, however, cannot mean that the decision is without any effect on him. The least to be required would be the opposability of the decision to the intervener who may not only be entitled to certain rights flowing from the admittance of the request to intervene, but has to bear also the corresponding obligations.

2. The definition of intervention under Art., 62 of the Statute resulting out of the practice of the Court clearly does exclude any possibility of a "party-intervention". Even if there exists a jurisdictional link, the third State could only intervene in order to inform the Court of its claims to be protected, thus as a non-party. If the third State having a jurisdictional link with the main parties, aims at becoming a party to the case and having its own claims decided, it has either to bring a new claim which may be joined to the principal dispute or to induce the main parties to consent to a change of the original request by amending the subject-matter and/or joining a new party. Whenever there exists a jurisdictional link there is no question of lack of possibilities to protect the rights of the third State, it is thus not necessary to grant protection by means of intervention ; it is, however, possible even in this situation to admit the third State as intervener, but only within the limits of intervention, which means that the existence or not of a jurisdictional link is of no relevance.

3. Since intervention is a voluntary act there remains the problem of third States possibly affected by the judgement but not willing to intervene which has been qualified as one of the most serious problems with regard

to intervention¹³⁸. It seems, however, that this problem has lost a lot of its acuity because in cases which would lend themselves to intervention, the Court has always taken account of the claims of the third State not intervening or not admitted to intervene. Nonetheless, it has to be admitted that in those cases the Court may lack some of the necessary information and that it would be easier to see the third State intervene. For those cases which are characterised as „indispensable party-cases“ and which have been regarded until now as urgently requiring intervention in order to enable the Court to decide the pending case, it has been found that they are not at all suitable for intervention. These are cases which suffer from the particularities of international jurisdiction, namely the strict principle of consent which does not allow any derogation and which can only be decided by the Court if the prerequisites of its jurisdiction are fulfilled.

4. The characteristics listed above concerning intervention under Art. 62 of the Statute result in the fact that a systematic parallelism can be stated between the main features of intervention under Art. 62 and Art. 63 of the Statute : Whenever the prerequisites are present, the intervention has to be admitted ; the intervener does not become a party to the main case, but has only the right to be heard in order to inform the Court of its view on the alleged affected rights or the interpretation to be given to the convention ; the composition of the Court remains unchanged. Only with regard to the effect of the judgement does there seem to be a difference which, however, is rather apparent : in the case of intervention under Art. 63 of the Statute, it is explicitly provided that the construction given in the judgement is also binding upon the intervener ; in the case of intervention under Art. 62 of the Statute, there is no such provision, but it is generally accepted that the judgement cannot be without any effect on the intervener if it contains a substantial finding in its regard which will, however, be an exceptional situation because the only item which is decided by the Court notwithstanding the admission of the intervention is the dispute between the main parties, only their claims are decided so that normally nothing in the judgement could be of any material relevance for the intervener. If,

¹³⁸ Cf. Günther, *op. cit.* note 29, p. 291.

however, there are points of relevance also for the intervener, as for example a finding that the decision does not affect any of his legal interests, this statement is opposable to the intervener.

In this context a clarification would be desirable which would perhaps not be possible in a general *dictum*, but could be defined in any particular case by the Court¹³⁹.

**

ANNEX I

Provisions on Intervention

A. *UNIVERSAL INSTRUMENTS*

1. **Hague Convention on the Pacific Settlement of International Disputes of 1907 :**

Art. 84 :

La sentence arbitrale n'est obligatoire que pour les Parties en litige. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Puissances que les Parties en litige, celles-ci avertissent en temps utile toutes les Puissances signataires. Chacune de ces Puissances a le droit d'intervenir au procès. Si une ou plusieurs d'entre elles ont profité de cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à leur égard.

¹³⁹ See in this sense Torres Bernárdez, *op. cit.* note 27, p. 435 ff.

2. a) Statute of the International Court of Justice :

Art. 62 :

1. Should a State consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene.

2. It shall be for the Court to decide upon this request.

Art. 63 :

1. Whenever the construction of a convention to which States other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such States forthwith.

2. Every State so notified has the right to intervene in the proceedings ; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it.

b) Rules of Procedure of the International Court of Justice

Section D. Incidental Proceedings, Subsection 4. Intervention

Art. 81 :

1. An application for permission to intervene under the terms of Article 62 of the Statute, signed in the manner provided for in Article 38, paragraph 3, of these Rules, shall be filed as soon as possible, and not later than the closure of the written proceedings. In exceptional circumstances, an application submitted at a later stage may however be admitted.

2. The application shall state the name of an agent. It shall specify the case to which it relates, and shall set out :

- a) The interest of a legal nature which the State applying to intervene considers may be affected by the decision in that case ;
- b) the precise object of the intervention ;
- c) any basis of jurisdiction which is claimed to exist as between the State applying to intervene and the parties to the case.

3. The application shall contain a list of the documents in support, which documents shall be attached.

Art. 82 :

1. A State which desires to avail itself of the right of intervention conferred upon it by Article 63 of the Statute shall file a declaration to that effect, signed in the manner provided for in Article 38, paragraph 3, of these Rules. Such a declaration shall be filed as soon as possible, and not later than the date fixed for the opening of the oral proceedings. In exceptional circumstances a declaration submitted at a later stage may however be admitted.

2. The declaration shall state the name of an agent. It shall specify the case and the convention to which it relates and shall contain :

- a) particulars of the basis on which the declarant State considers itself a party to the convention ;
- b) identification of particular provisions of the convention the construction of which it considers to be in question ;
- c) statement of the construction of those provisions for which it contends ;
- d) a list of the documents in support, which documents shall be attached.

3. Such a declaration may be filed by a State that considers itself a party to the convention the construction of which is in question but has not received the notification referred to in Article 63 of the Statute.

Art. 83 :

1. Certified copies of the application for permission to intervene under Article 62 of the Statute, or of the declaration of intervention under Article 63 of the Statute, shall be communicated forthwith to the parties to the case, which shall be invited to furnish their written observations within a time-limit to be fixed by the Court or by the President if the Court is not sitting.

2. The Registrar shall also transmit copies to : a) the Secretary-General of the United Nations ; b) the Members of the United Nations ; c) other States entitled to appear before the Court ; d) any other States which have been notified under Article 63 of the Statute.

Art. 84 :

1. The Court shall decide whether an application for permission to intervene under Article 62 of the Statute should be granted, and whether an intervention under Article 63 of the Statute is admissible, as a matter of priority unless in view of the circumstances of the case the Court shall otherwise determine.

2. If, within the time-limit fixed under Article 83 of these Rules, an objection is filed to an application for permission to intervene, or to the admissibility of a declaration of intervention, the Court shall hear the State seeking to intervene and the parties before deciding.

Art. 85 :

1. If an application for permission to intervene under Article 62 of the Statute is granted, the intervening State shall be supplied with copies of the pleadings and documents annexed and shall be entitled to submit a written statement within a time-limit to be fixed by the Court. A further time-limit

shall be fixed within which the parties may, if they so desire, furnish their written observations on that statement prior to the oral proceedings. If the Court is not sitting, these time-limits shall be fixed by the President.

2. The time-limits fixed according to the preceding paragraph shall, so far as possible, coincide with those already fixed for the pleadings in the case.

3. The intervening State shall be entitled, in the course of the oral proceedings, to submit its observations with respect to the subject-matter of the intervention.

Art. 86 :

1. If an intervention under Article 63 of the Statute is admitted, the intervening State shall be furnished with copies of the pleadings and documents annexed, and shall be entitled, within a time-limit to be fixed by the Court, or by the President if the Court is not sitting, to submit its written observations on the subject-matter of the intervention.

2. These observations shall be communicated to the parties and to any other State admitted to intervene. The intervening State shall be entitled, in the course of the oral proceedings, to submit its observations with respect to the subject-matter of the intervention.

3. Geneva General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928 and 1949

Art. 36 :

1. In judicial or arbitral procedure, if a third Power should consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit to the Permanent Court of International Justice [International Court of Justice] or to the arbitral tribunal a request to intervene as a third party.

2. It will be for the Court or the tribunal to decide upon this request.

Art. 37 :

1. Whenever the construction of a convention to which States other than those concerned in the case are parties is in question, The Registrar of the Permanent Court of International Justice [International Court of Justice] or the arbitral tribunal shall notify all such States forthwith.

2. Every State so notified has the right to intervene in the proceedings ; but, if it uses this right, the construction given by the decision will be binding upon it.

B. REGIONAL INSTRUMENTS

4. **European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes of 1957**

Art. 32 :

1. This convention shall remain applicable as between the Parties thereto, even though a third State, whether a Party to the Convention or not, has an interest in the dispute.

2. In the procedure of conciliation the parties may agree to invite such a third State to intervene.

Art. 33 :

1. In judicial or arbitral procedure, if a third State should consider that its legitimate interests are involved, it may submit to the International Court of Justice or to the Arbitral Tribunal a request to intervene as a third party.

2. It will be for the Court or the Tribunal to decide upon this request.

5. Swiss Model of a Treaty for Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration of 1960

Art. 32 :

1. Le présent traité demeure applicable entre les Hautes Parties Contractantes même si un Etat tiers avait un intérêt dans le différend.
2. Dans la procédure de conciliation, les Parties pourront, d'un commun accord, inviter un Etat tiers.
3. Dans la procédure judiciaire ou arbitrale, si un Etat tiers estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour internationale de Justice ou au Tribunal arbitral une requête aux fins d'intervention.
4. La Cour ou le Tribunal décide.

6. a) CSCE Swiss Draft of a Treaty for Dispute Settlement of 1973

Art. 10 :

1. Das Sekretariat der Kommission informiert unverzüglich auch sämtliche übrigen Hohen Vertragsparteien über die Unterbreitung einer Streitigkeit.
2. Diese haben die Möglichkeit, innert Monatsfrist nach erfolgter Mitteilung an das Sekretariat der Kommission zuhanden des Präsidenten ein Begehren um Anschluß an das Verfahren (Intervention) zu stellen. Das Begehren hat die Interessen des Intervenienten am Verfahren dazulegen.
3. Über die Zulässigkeit des Begehrens entscheidet unverzüglich der Präsident oder, falls dieser verhindert oder vom Intervenienten oder den ursprünglichen Parteien ernannt worden ist, das ranghöchste Mitglied der Kommission, für das keine Hinderungsgründe gelten.

4. Wird dem Begehrum Intervention stattgegeben, ist das vom Sekretariat der Kommission den ursprünglichen Streitparteien unverzüglich mitzuteilen.

Art. 24 :

1. Das Sekretariat informiert unverzüglich auch sämtliche übrigen Hohen Vertragsparteien über die Unterbreitung einer Streitigkeit.

2. Diese haben die Möglichkeit, innert Monatsfrist nach erfolgter Mitteilung an das Sekretariat des Schiedsgerichts zuhanden des Präsidenten ein Begehrum Anschluß an das Verfahren (Intervention) zu stellen. Das Begehrum hat die Interessen des Intervenienten am Verfahren darzulegen.

3. Über die Zulässigkeit des Begehrums entscheidet unverzüglich der Präsident, oder, falls dieser verhindert oder vom Intervenienten oder den ursprünglichen Streitparteien ernannt worden ist, das ranghöchste Mitglied des Schiedsgerichts, für das keine Hinderungsgründe gelten.

4. Wird einem Begehrum Intervention stattgegeben, ist das vom Sekretariat des Schiedsgerichts den ursprünglichen Streitparteien unverzüglich mitzuteilen.

b) Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE of 1992

Art. 29 :

3. Any CSCE participating State which considers that it has a particular interest of a legal nature likely to be affected by the ruling of the Tribunal may, within fifteen days of the transmission of the notification by the CSCE Secretariat as specified in Article 15, address to the registrar a request to intervene. This request shall be immediately transmitted to the parties to the dispute and to the Tribunal constituted for the dispute.

4. If the intervening State establishes that it has such an interest, it shall be authorized to participate in the proceedings in so far as may be required for the protection of this interest. The relevant part of the ruling of the Tribunal is binding upon the intervening State.

5. The parties to the dispute have a period of thirty days in which to address their observations regarding the request for intervention to the Tribunal. The Tribunal shall render its decision on the admissibility of the request.

6. The hearings of the Tribunal shall be held in camera, unless the Tribunal decides otherwise at the request of the parties to the dispute.

c) Rules of the Court of Conciliation and Arbitration within the OSCE

Art. 31 : Intervention

1. In accordance with Article 29, paragraph 3, of the Convention, any OSCE participating State which considers that it has a particular interest of a legal nature likely to be affected by the award of the tribunal may, within fifteen days of the transmission of the notice of the request for arbitration, as referred to in Article 15 of the Convention, address to the Registrar of the Court a request to intervene indicating the legal interest concerned and the precise object of its intervention. Such request, which shall be immediately transmitted to the tribunal and the parties to the dispute, shall also include, as appropriate, a list of the documents submitted in support of the request and which shall be attached to the request.

2. The parties shall have thirty days to comment in writing on the request for intervention.

3. The tribunal shall decide on the request for intervention in the form of an order. If the request is granted, the intervening State shall participate in the proceedings to the extent required to protect its interest. The relevant part of the award shall be binding upon the intervening State in accordance with Article 29, paragraph 4, of the Convention.

C. TREATIES CONCERNING ECONOMIC COOPERATION**7. a) Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Economic Community of 1957 as amended in 1989**

Art. 37 :

Member States and institutions of the Community may intervene in cases before the Court. The same right shall be open to any other person establishing an interest in the result of any case submitted to the Court, save in cases between Member States, between institutions of the Community or between Member States and institutions of the Community. Submissions made in an application to intervene shall be limited to supporting the submissions of one of the parties.

Art. 50 :

Any person whose application to intervene has been dismissed by the Court of First Instance may appeal to the Court of Justice within two weeks of the notification of the decision dismissing the application.

b) Rules of Procedure of the European Court of Justice of 1991**Title III, Chapter 3, Intervention**

Art. 93 :

1. An application to intervene must be made within three months of the publication of the notice referred to in Article 16 (6) of these Rules. The application shall contain :

- a) the description of the case ;
- b) the description of the parties ;
- c) the name and address of the intervener ;
- d) the intervener's address for service at the place where the Court has its seat ;

- e) the form of order sought, by one or more parties, in support of which the intervener is applying for leave to intervene ;
- f) except in the case of application to intervene made by Member States or institutions, a statement of the reasons establishing the intervener's interest in the result of the case.

The intervener shall be represented in accordance with the first and second paragraphs of Article 20 of the ECSC Statute and with Article 17 of the EEC and Euratom Statutes.

Articles 37 and 38 of these Rules shall apply.

2. The application shall be served on the parties.

The President shall give the parties an opportunity to submit their written or oral observations before deciding on the application.

The President shall decide on the application by order or shall refer the application to the Court.

3. If the President allows the intervention, the intervener shall receive a copy of every document served on the parties. The President may, however, on application by one of the parties, omit secret or confidential documents.

4. The intervener must accept the case as he finds it at the time of his intervention.

5. The President shall prescribe a period within which the intervener may submit a statement in intervention.

The statement in intervention shall contain :

- a) a statement of the form of order sought by the intervener in support of or opposing, in whole or in part, the form of order sought by one of the parties ;
- b) the pleas in law and arguments relied on by the intervener ;

c) where appropriate, the nature of any evidence offered.

6. After the statement in intervention has been lodged, the President shall, where necessary, prescribe a time-limit within which the parties may reply to that statement.

8. a) Treaty Instituting the Benelux Economic Union of 1958

Chapitre 7. Du Collège arbitral

Art. 47 :

1. Chacune des Hautes Parties Contractantes peut intervenir dans un litige entre les deux autres Parties Contractantes si elle justifie d'un intérêt à la solution de celui-ci ; l'intervention ne peut avoir d'autre objet que le soutien des prétentions d'une des parties.

2. L'intervention ne modifie pas la composition initiale de la section saisie du litige.

b) Decision of the Committee of Ministers of the Benelux Economic Union Determining the Statute of the Arbitral College of 1960

Intervention. Art. 11 :

1. Le Gouvernement d'une Haute Partie Contractante demanderesse en intervention dépose sa demande au greffe du Collège arbitral et en transmet une copie aux parties en litige.

2. La section saisie admet la demande en intervention si celle-ci répond aux conditions prévues par l'article 47 du Traité d'Union.

Art. 17 :

1. La sentence est adoptée à la majorité des voix par la section saisie du différend. Elle doit être rendue dans les trois mois qui suivent la date de communication du dossier aux membres de la section, à moins que les parties en litige ne soient d'accord pour prolonger ce délai. Une demande en intervention n'exerce aucune influence sur ce délai.

9. a) Treaty for East African Co-operation of 1967**Art. 40 Intervention**

A Partner State which is not a party to a case before the tribunal may intervene in that case, but its submissions shall be limited to supporting or opposing the arguments of a party to the case.

b) Rules of Procedure of the Common Market Tribunal of 1973**Intervention Art. 21**

1. A Partner State which is not a party to the case before the Tribunal wishing to intervene in that case shall, within fourteen days of receipt of its copy of the reference, by written notice to the registrar inform the Tribunal of its intention to intervene in the case. It shall in that notice appoint a representative to represent it for the purpose of the intervention and shall thereupon become an intervening party.

2. An intervening party shall within fourteen days after the receipt of its copy of the response of the Respondent file its submission with the Registrar.

3. Within twenty-one days of the receipt of the written submissions of the intervening party, the Applicant and the Respondent may file written observations on those submissions.

10. Economic Community of West African States of 1991

Protocol on the Community Court of Justice

Art. 21 : Application for Intervention

Should a Member State consider that it has an interest that may be affected by the subject matter of a dispute before the Court, it may submit by way of a written application a request to be permitted to intervene.

D. SUBJECTS OF A TECHNICAL NATURE**11. International Civil Aviation Organization**

Rules of Settlement of Differences of 1957

Art. 19 Intervention

1. Any State which is a party to the particular instrument, the interpretation or application of which has been made the subject of a dispute under these Rules, and which is directly affected by the dispute, has the right to intervene in the proceedings, but if it uses this right it shall undertake that the decision of the Council will be equally binding upon it.
2. Any State which desires to intervene in a disagreement shall forthwith file a declaration to that effect with the Secretary General.
3. Such declaration shall be communicated to the parties to the instrument concerned. If within a month of the despatch of this communication, any objection has been notified to the Secretary General with respect to the admissibility of an intervention under paragraph 1. of this Article, the decision shall rest with the Council.
4. If no objection has been notified within the above-mentioned period or if the Council decides in favour of the admissibility of an intervention,

as the case may be, the Secretary General shall take the necessary steps to make the documents of the case available to the intervening party who may file a memorial within a time-limit to be fixed by the Council, in no event later than the date fixed for the filing of the last pleading referred to in Article 7 (4).

5. Any such memorial shall be communicated to the other parties to the disagreement who shall send to the Secretary General their observations in writing within a time-limit to be fixed by the Council. The memorial and observations may be discussed by the parties in the course of the subsequent proceedings in which the intervening party shall take part.

12. International Convention Concerning the Carriage of Goods by Rail (CIM) of 1970

Rules for Arbitration (Annex VII to the Convention)

Art. 2 par. 3 - L'arbitre unique, le troisième ou le cinquième arbitre doit être d'une nationalité autre que celle des parties.

L'intervention au litige d'une tierce partie demeure sans effet sur la composition du tribunal arbitral.

13. Convention Concerning the International Traffic by Rail (COTIF) of 1980

Titre III. Arbitrage

Art. 14 par.3 : L'arbitre unique, le troisième ou le cinquième arbitre doit être d'une nationalité autre que celle des parties, à moins que celles-ci ne soient de même nationalité.

L'intervention au litige d'une tierce partie demeure sans effet sur la composition du tribunal arbitral.

14. Agreement Relating to INTELSAT of 1971**Arbitration Procedure****Art. 9 :**

a) Any Party whose designated Signatory is a disputant in a case shall have the right to intervene and become an additional disputant in the case. Intervention shall be made by giving notice thereof in writing to the tribunal and to the other disputants.

b) Any other Party, any Signatory or INTELSAT, if it considers that it has a substantial interest in the decision of the case, may petition the tribunal for permission to intervene and become an additional disputant in the case. If the tribunal determines that the petitioner has a substantial interest in the decision of the case, it shall grant the petition.

15. Convention on the International Maritime Satellite Organization (INMARSAT) of 1976**Procedures for the Settlement of Disputes, Art. 7**

1. Any Party whose Signatory is a disputant shall have the right to intervene and become an additional disputant. Intervention shall be made by written notification to the tribunal and to the other disputants.

2. Any other Party, any Signatory or the Organization may apply to the tribunal for permission to intervene and become an additional disputant. The tribunal shall grant permission if it determines that the applicant has a substantial interest in the case.

E. LAW OF THE SEA AND INTERNATIONAL RIVERS AND LAKES**16. a) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, Annex VI to the Convention of 1982**

Art. 31 :

Request to intervene

1. Should a State Party consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in any dispute, it may submit a request to the Tribunal to be permitted to intervene.
2. It shall be for the Tribunal to decide upon this request.
3. If a request to intervene is granted, the decision of the Tribunal in respect of the dispute shall be binding upon the intervening State Party in so far as it relates to matters in respect of which that State Party intervened.

Art. 32 Right to intervene in cases of interpretation or application

1. Whenever the interpretation or application of this Convention is in question, the Registrar shall notify all States Parties forthwith.
2. Whenever pursuant to article 21 or 22 of this Annex the interpretation or application of an international agreement is in question, the Registrar shall notify all the parties to the agreement.
3. Every party referred to in paragraphs 1 and 2 has the right to intervene in the proceedings ; if it uses this right, the interpretation given by the judgment will be equally binding upon it.

b) Rules of Procedure

Art. 99 :

1. An application for permission to intervene under the terms of article 31 of the Statute shall be filed not later than 30 days after the counter-memorial becomes available under article 67, paragraph 1, of these Rules. In exceptional circumstances, an application submitted at a later stage may however be admitted.
2. The application shall be signed in the manner provided for in article 54, paragraph 3, and state the name and address of an agent. It shall specify the case to which it relates and shall set out :
 - a) the interest of a legal nature which the State Party applying to intervene considers may be affected by the decision in that case ;
 - b) the precise object of the intervention.
3. Permission to intervene under the terms of article 31 of the Statute may be granted irrespective of the choice made by the applicant under article 287 of the Convention.
4. The application shall contain a list of the documents in support, copies of which documents shall be annexed.

Art. 100 :

1. A State Party or an entity other than a State Party referred to in article 32, paragraphs 1 and 2, of the Statute which desires to avail itself of the right to intervention conferred upon it by article 32, paragraph 3, of the Statute shall file a declaration to that effect. The declaration shall be filed not later than 30 days after the counter-memorial becomes available under article 67, paragraph 1, of these Rules. In exceptional circumstances, a declaration submitted at a later stage may however be admitted.

2. The declaration shall be signed in the manner provided for in article 54, paragraph 3, and state the name and address of an agent. It shall specify the case to which it relates and shall

- a) identify the particular provisions of the Convention or of the international agreement the interpretation or application of which the declaring party considers to be in question ;
- b) set out the interpretation or application of those provisions for which it contents ;
- c) list the documents in support, copies of which shall be annexed.

Art. 101 :

1. Certified copies of the application for permission to intervene under article 31 of the Statute, or of the declaration to intervene under article 32 of the Statute, shall be communicated forthwith to the parties to the case, which shall be invited to furnish their written observations within a time-limit to be fixed by the Tribunal or by the President if the tribunal is not sitting.

2. The registrar shall also transmit copies to : (a) States Parties ; (b) any other parties which have to be notified under article 32, paragraph 2, of the Statute ; (c) the Secretary-General of the United Nations ; (d) the Secretary-general of the Authority when the proceedings are before the Seabed Disputes Chamber.

Art. 102 :

1. The Tribunal shall decide whether an application for permission to intervene under article 31 of the Statute should be granted or whether an intervention under article 32 of the Statute is admissible as a matter of priority unless in view of the circumstances of the case the tribunal determines otherwise.

2. If, within the time-limit fixed under article 101, an objection is filed to an application for permission to intervene, or to the admissibility of a declaration of intervention, the tribunal shall hear the State Party or entity other than a State Party seeking to intervene and the parties before deciding.

Art. 103 :

1. If an application for permission to intervene under article 31 of the Statute is granted, the intervening State Party shall be supplied with copies of the pleadings and documents annexed and shall be entitled to submit a written statement within a time-limit to be fixed by the tribunal. A further time-limit shall be fixed within which the parties may, if they so desire, furnish their written observations on that statement prior to the oral proceedings. If the tribunal is not sitting, these time-limits shall be fixed by the President.

2. The time-limits fixed according to paragraph 1 shall, so far as possible, coincide with those already fixed for the pleadings in the case.

3. The intervening State Party shall be entitled, in the course of the oral proceedings, to submit its observations with respect to the subject-matter of the intervention.

4. The intervening State Party shall not be entitled to choose a judge *ad hoc* or to object to an agreement to discontinue the proceedings under article 105, paragraph 1.

Art. 104 :

1. If an intervention under article 32 of the Statute is admitted, the intervenor shall be supplied with copies of the pleadings and documents annexed and shall be entitled, within a time-limit to be fixed by the tribunal, or the President if the tribunal is not sitting, to submit its written observations on the subject-matter of the intervention.

2. These observations shall be communicated to the parties and to any other State Party or entity other than a State Party admitted to intervene. The intervenor shall be entitled, in the course of the oral proceedings, to submit its observations with respect to the subject-matter of the intervention.

3. The intervenor shall not be admitted to choose a judge *ad hoc* or to object to an agreement to discontinue the proceedings under article 105, paragraph 1.

17. European Fisheries Convention of 1964

Arbitration Procedure

Art. 14 :

1. As soon as the Arbitral Tribunal is constituted, the President shall inform the other Contracting Parties of the dispute submitted to it.

2. Any Contracting Party may intervene, within a month from the date of receipt of this notification if it establishes a legitimate interest in the settlement of the dispute. Intervention shall be with the sole object of supporting or contesting the contentions, or part of the contentions, of the original parties to the dispute. An intervention shall not lead to modification of the original composition of the Arbitral Tribunal.

18. Rules of Procedure of the Committee of Appeals of the Commission for the Moselle of 1970

Art. 13 :

Une tierce partie peut intervenir en appel. Sa qualité en l'instance et les effets de son intervention se règlent d'après le droit du tribunal qui a jugé en première instance.

19. Agreement Concerning the Navigation of Lake Constance of 1973

Art. 23 :

1. Falls die Parteien nicht etwas anderes vereinbaren, setzt die Schiedskommission ihre eigenen Verfahrensregeln fest.

2. Der am Schiedsverfahren nicht als Vertragspartei beteiligte Vertragsstaat kann dem Verfahren jederzeit als Nebenintervenant beitreten.

3.

F. INVESTMENT AND EXPORT

20. Judicial Board of OAPEC, Special Protocol to the Agreement of 1978

Titre III. De la Procédure

Art. 38 :

Tout Etat membre ayant un intérêt existant peut demander à l'organe d'intervenir dans le litige qui lui est soumis. L'organe statuera sur la demande en y faisant droit ou en refusant d'y faire droit.

G. DISPUTES ARISING OUT OF THE SECOND WORLD WAR

21. Convention on Relations between the Three Powers and the Federal Republic of Germany, Charter of the Arbitration Tribunal, Annex B to the Convention of 1952

Art. 9 :

5. Only the Government of one or more of the Three Powers, on the one hand, and the Federal Government, on the other, may be parties before the Tribunal. If the Federal Government brings a complaint against one or two of the Governments of the Three Powers, or if one or two of the Governments of the Three Powers brings a complaint against the federal Government, the other Government or Governments of the Three Powers may apply to the Tribunal to be joined as parties.

22. London Agreement of External Debts

a) Article 28 (6) of the Agreement of 1953

Any Party to the present Agreement which is concerned in the subject-matter of a proceeding before the tribunal shall be entitled to become a party to such proceeding.

Article 31 (3)

Any Party to the present Agreement which is concerned in the subject-matter of a proceeding before the Mixed Commission shall be entitled to become a party to such proceeding.

b) Rules of procedure of the Arbitral Tribunal and the Mixed Commission of 1955

Art. 42 Intervention under Article 28 (6) of the Agreement

a) An application by a Party to the Agreement to become a party to a proceeding under Article 28 (6) of the Agreement may be filed in the Registry at any time before the close of the proceedings before the tribunal.

b) The application shall contain : a description of the case ; a statement justifying intervention ; and a list of the documents in support of the application ; these documents shall be attached.

- c) The application shall be communicated to the parties, who shall send to the Registry their observations in writing within a time-limit to be fixed by the Tribunal, or by the President if the Tribunal is not sitting.
- d) After receipt of the observations of the parties, the Tribunal will decide on the admissibility of the application.

Art. 53 :

An Application by a Party to the Agreement to become a party to a proceeding under Article 31 (3) of the Agreement shall be signed by the agent of the Party and be accompanied by the notification of his appointment. Rule 42 shall apply *mutatis mutandis*.

H. ENVIRONMENT

23. Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter of 1972 as amended by the Final Act, 1996 Protocol and Resolutions

Arbitral Tribunal

Art. 6 :

Any Contracting Party which has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case may, after giving written notice to the parties to the dispute which have originally initiated the procedure, intervene in the arbitration procedure with the consent of the tribunal and at its own expense. Any such intervenor shall have the right to present evidence, briefs and oral argument on the matters giving rise to its intervention, in accordance with procedures established pursuant to Article 7 of this Appendix, but shall have no rights with respect to the composition of the Tribunal.

24. International Convention for the Prevention of Pollution from Ships of 1973**Arbitration, Art. VII**

Any Party to the Convention which has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case may, after giving written notice to the Parties which have originally initiated the procedure, join in the arbitration procedure with the consent of the tribunal.

25. Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region of 1986**Annex on Arbitration****Art. 8 :**

Any party which has an interest of a legal nature which may be affected by the decisions in the case may, after giving written notice to the Parties to the dispute which have originally initiated the procedure, intervene in the arbitration procedure with the consent of the Tribunal which should freely be given. Any intervenor shall participate at its own expense. Any such intervenor shall have the right to present evidence, briefs and oral arguments on the matter giving rise to its intervention, in accordance with procedures established pursuant to article 9 of the Annex but shall have no rights with respect to the composition of the Tribunal.

26. Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities of 1988**Annex for an Arbitral Tribunal****Art. 7 :**

Any Party which believes that it has a legal interest, whether general or individual, which may be substantially affected by the award of

an Arbitral Tribunal, may, unless the Arbitral Tribunal decides otherwise, intervene in the proceedings .

27. Bamako Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes within Africa of 1991

Annex V on Arbitration

Art. 9 :

Any Party that has an interest of a legal nature in the subject-matter of the dispute which may be affected by the decision in the case, may intervene in the proceedings with the consent of the tribunal.

28. UN Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context of 1991

Appendix VII, Arbitration

15. Any Party to this Convention having an interest of a legal nature in the subject-matter of the dispute, and which may be affected by a decision in the case, may intervene in the proceedings with the consent of the tribunal.

29. Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty of 1991

Schedule to the Protocol, Arbitration

Art. 7 :

Any Party which believes it has a legal interest, whether general or individual, which may be substantially affected by the award of an Arbitral Tribunal, may, unless the Arbitral Tribunal decides otherwise, intervene in the proceedings.

30. UN Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and international Lakes of 1992**Annex on Arbitration****Point 15 :**

Any Party to this Convention which has an interest of a legal nature in the subject-matter of the dispute, and which may be affected by a decision in the case, may intervene in the proceedings with the consent of the arbitral tribunal.

31. UN Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents of 1992**Annex XIII, Arbitration**

15. Any Party to this Convention which has an interest of a legal nature in the subject-matter of the dispute and which may be affected by a decision in the case, may intervene in the proceedings with the consent of the tribunal.

32. UN Convention on Biological Diversity of 1992**Annex II, Arbitration****Art. 10 :**

Any Contracting Party that has an interest of a legal nature in the subject-matter of the dispute which may be affected by the decision in the case, may intervene in the proceedings with the consent of the tribunal.

*

Provisions concerning *amicus curiae* functions

1. Rules of Procedure of the Third Division of the Supreme Restitution Court of 1957

Art. 23 *Amici Curiae* :

Dieses Gericht kann Personen oder Organisationen gestatten, in irgendeinem besonderen Falle als *amici curiae* aufzutreten.

2. International Tribunal for the Prosecution of Persons responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991 of 1993 and International Criminal Tribunal for Rwanda of 1994

Rules of Procedure and Evidence as amended in 1995

Art. 74 *Amicus Curiae*

A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to appear before it and make submissions on any issue specified by the Chamber.

**

ANNEX II - Selected Bibliography

Cellamare, G., Le forme di intervento nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, 1991

Chinkin, C. M., Third-Party Intervention before the International Court of Justice, AJIL 80 (1986), 495 ff

Chinkin, C. M., Third Parties in International Law, 1993, 145 ff

Coffman, Peter D., Obligations Erga Omnes and the Absent Third State, German Yearbook of International Law 39 (1996) 285-333

- Damrosch**, L. F. Multilateral Disputes, in Damrosch, L. (ed.) *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987, 376 ff
- Davi**, A., *L'intervento davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, 1984
- Delcourt**, Barbara, *Un seul Etat vous manque....L'application de la jurisprudence de l'*Or monétaire* à l'affaire du Timor oriental*, *Revue Belge de Droit International*, 29 (1996) 191ss
- Elias**, T. O., *The Limits of the Right to Intervention in a Case before the International Court of Justice*, in FS Mosler, 1983, 159 ff
- Fritzemeyer**, W., *Die Intervention vor dem Internationalen Gerichtshof*, 1984
- Greig**, D. W., *Third Party Rights and Intervention before the International Court of Justice*, *Virginia Journal of International Law*, 32 (1991/92) 285 ff
- Günther**, K., *Zulässigkeit und Grenzen der Intervention bei Streitigkeiten vor dem IGH*, *GYIL* 34 (1991), 254 ff
- de Hoogh**, A. J. J., *Intervention under Article 62 of the Statute and the quest for incidental jurisdiction without the consent of the principal parties*, *Leiden Journal of International Law*, 6 (1993), 17 ff
- Jiminéz de Aréchaga**, E., *Intervention under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice*, FS Mosler, 1983, 453 ff
- Klein**, N. S., *Multilateral Disputes and the Doctrine of Necessary Parties in the East Timor Case*, *The Yale Journal of International Law*, 21 (1996) 305 ff
- Lester**, A., "Amici Curiae" : *Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights*, in : *Protecting Human Rights : The European Dimension, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 1988, 341-350
- Macdonald**, R. St. J./. **Hughes**, V., *Intervention before the International Court of Justice*, *African Journal of International and Comparative Law* 5 (1993), 1 ff
- Nagendra Singh**, „*Necessary Parties and Intervention*“, *the Role and Record of the International Court of Justice*, 1989
- Oda**, S., *Intervention in the International Court of Justice, Art. 62 and 63 of the Statute*, FS Mosler, 1983, 629 ff
- Oellers-Frahm**, K., *Überlegungen anlässlich der Zulassung der Intervention Nicaraguas im Streit zwischen El Salvador und Honduras*, *ZaöRV* 50 (1990), 795 ff

- Riquelme Cortado**, R. M. La intervención de terceros Estados en el proceso internacional. Un caso test : La intervención de Nicaragua en la controversia marítima Honduras/El Salvador, 1993
- Rosenne**, S., Intervention in the International Court of Justice, 1993
- Sperduti**, G., Etude sur l'intervention dans le procès international, Comunicazioni e Studi XIX/XX, 1992, 91 ff
- Stanczyk**, J., Permissibility of Intervention Under Article 62 of the Statute before the International Court of Justice, Polish Yearbook of International Law 1987, 121 ff
- Sztucki**, J., Intervention under Art. 63 of the ICJ Statute in the Phase of Preliminary Proceedings : The "Salvadorian Incident", AJIL 79 (1985), 1005 ff
- Torres Bernárdez**, S. , L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice, Académie de Droit international, Recueil des Cours 1995, 256 (1997), 193-458
- Zimmermann**, A., Die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs zur Entscheidung über Ansprüche gegen am Verfahren nicht beteiligte Staaten. ZaöRV 55 (1994), 1051 ff

III. Correspondence

1. Explanatory Note (11 May 1995)

Scope of mandate

Only inter-State disputes concerning rights and duties under public international law.

Not included : Disputes between States and private law persons ; disputes between States under private law, e.g. as partners of contracts ; disputes between States and international organizations (and between international organizations). Also not included : Advisory opinions of international courts (even if they may concern inter-State controversies) ; non-binding dispute settlement procedures (mediation, conciliation, etc.).

General questions

1. Binding dispute settlement still requires consent of the States concerned. Consequence : third States participate in judicial and arbitral proceedings only if all States have consented ; third States are only bound by a decision if they have expressly or tacitly consented. (This does not exclude the binding force *erga omnes* of decisions concerning objective régimes, like State boundaries or the status of a certain territory).

2. The consent required can be given at any time and in any form before, during or after a judicial or arbitral decision is adopted ; it can be expressed in general terms (e.g. in the statute of a given tribunal) or in an *ad hoc* declaration. The consent can be given expressly or implicitly, but the latter cannot be presumed without clear indications.

3. States are strongly urged to settle not only bilateral disputes, but also disputes involving more than two parties by submitting them to international courts and tribunals and to arbitration.

Problems concerning individual courts and tribunals

1. *The International Court of Justice*

Disputes involving more than two States can be brought before the Court according to the normal rules ; on the basis of a treaty, declarations made under the optional clause, an *ad hoc* compromis, or by tacit consent (*forum prorogatum*). Problems arise if the consent expressed by the States concerned does not cover the same area, e.g. under declarations made according to the optional clause. The smallest common denominator determines the jurisdiction of the Court in the relations between all States involved.

Whenever a dispute is brought before the ICJ and rights of third States not parties to the dispute can be affected, it is recommendable that the third State intervenes. The goal should be that all aspects of the dispute are settled by one judgment binding the parties as well as the third State as intervenor.

Conditions and limits of intervention : The main principles governing interventions must be stated in the report of the Commission as well as in the final Resolution. One important problem is the question whether a jurisdictional link between the partners and an intervenor is required. Judges *ad hoc* ? How far should the Commission go into the different details ? The members of the Commission are invited to express their views.

If a third State is neither a party to a dispute before the ICJ nor intervenes, but its legal interests can be affected, the problem arises to what extent the Court can decide. This depends to a large extent on the rights and interests involved. Even if a judgment is legally binding only between the parties, it should not prejudice the rights of third States. Therefore, the

Court may be obliged to deny its jurisdiction (*Monetary Gold Case*) or to limit its pronouncement (*Continental Shelf Case Malta/Libya*).

What other questions concerning disputes between more than two States should be discussed in connection with the ICJ ? Junction of different proceedings ?

2. *Other courts and tribunals*

We should carefully investigate and discuss how far special problems connected with other courts and tribunals must be included in the report and the Draft Resolution. It is obvious that the general rules can be modified for special courts and tribunals, e.g. by provisions in the statute concerning third party interventions. Some courts have a specialized and unique competence to which special considerations apply. At first sight at least, the following institutions come to mind :

- Arbitral tribunals constituted under the rules of the Permanent Court of Arbitration or by any other special agreement.
- Law of the Sea Tribunal.
- Court of the European Communities (and similar courts of other economic integration schemes). The inclusion of such institutions may be doubtful.
- Human Rights Courts.

*

Reply of Mr. Stephen M. Schwbel (29 May 1995)

...

I am in general agreement with the outline of the concerns of the Institut's Eleventh Commission on "Judicial and arbitral settlement of

international disputes involving more than two parties". I shall be glad to take part in an initial meeting of the Commission during the Lisbon session.

As to the scope of the mandate, the study should concentrate on inter-State disputes. I am not sure that disputes between States and international organizations, and between international organizations, should be excluded, even though they cannot be litigated contentiously in the International Court of Justice.

As to general questions, I agree with points 1 and 2, on the understanding that, in respect to the International Court of Justice, Articles 62 and 63 of the Statute provide consent by the Parties thereto to intervention by third States within the terms of those articles. That seems obvious. But some practice of the Court suggests that the point has escaped the Court (notably, in the debarral of intervention by El Salvador in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*).

In the section concerning problems of individual Courts, and respecting the International Court of Justice, I observe that it is recommended that the third State intervenes. The goal then stated is sound. The difficulty of which this paragraph gives no suggestion however is that the Court has imposed narrow – in my view, unduly narrow – constraints upon intervention, with the result that it has largely denied it, however vitally the interests of a third State may be affected. Moreover, it has taken erratic account of the interests of third States whose intervention was refused. In the case between Malta and Libya, it declined to permit Italy to intervene and then in its judgment on the merits gave Italy all that it could have asked for had it been permitted to intervene – without affording the Parties to the case the opportunity to contest Italy's claims. But in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, the Court, while refusing even to hear El Salvador's claim to exercise its "right to intervene in the proceedings" under Article 63, at the same time denied El Salvador at the stage of the merits the least consideration of its interests and indeed rendered a judgment in derogation of them. These examples suggest that, while in the abstract it may be recommended that third States intervene, the results achieved by the attempt may diverge in the extreme.

Moreover, is intervention to be recommended when the third State has good reason not to wish its interests to be subject to third-party adjudication? Or when its adherence to the Court's jurisdiction has excluded the class of dispute at bar?

And what of the case where the interests of the third State "form the very subject-matter of the decision"?

On the conditions and limits of intervention, you are right to draw attention to the important question of whether a jurisdictional link between the Parties and an intervenor is required, on the understanding that it may be maintained that Articles 62 and 63 of the Statute themselves may provide sufficient incidental jurisdictional link.

I believe that the Commission should go into "different details", such as whether an intervening State is entitled to a Judge *ad hoc* and, if so, at what stage (before or only after intervention is permitted?).

You are also right to draw attention to problems of the legal effect of a judgment on the interest of a third State even if it is not and does not seek to become an intervenor. Whether this depends "on the rights and interests involved" in turn depends on closer analysis of them. In *Phosphates in Nauru*, the majority in effect took the view that the Court could pass judgment even though it recognized that the rights and interests of co-trustees were affected, because the determination of the legal situation of co-trustees would be concurrent with and not antecedent to and a precondition of determination of the legal situation of the Respondent. A minority strongly dissented. The case does not appear to support your conclusion that a judgment "should not prejudice the rights of third States" – that was not seen by the Court as the dispositive issue – (and the "unprejudiced" third States in that case ultimately contributed to the financial settlement of the case).

I appreciate that these preliminary comments may go somewhat beyond a statement of the main problems, but perhaps you may find them of use.

Reply of Mr. Ranjan Amerasinghe (14 July 1995)

...

First, I would like to say that I agree in principle with your outline. Second, I am not sure whether we should consider the special case of the Court of the European Community. This would be a subject in itself but if the Commission wants to do so I have no objection to it. Third, you have raised some questions in the course of your outline, e.g., what other questions apart from what you have referred to in paragraph one should be discussed. I have no strong views on this matter at this stage and would like to hear more discussion of it at the Commission before giving a considered answer. Fourth, as a general comment I would prefer to see the work of the Commission confined to the International Court of Justice and inter-State arbitral tribunals but here again my mind is open. The reason I would like a restricted area for questions is that otherwise the subject could get out of hand.

Reply of Mr. Georges Abi-Saab (18 July 1995)

...

I agree in general with your proposed delimitations of the subject, covering the issues you enumerate under the titles "Scope of the mandate" and "General questions".

Problems concerning specific courts and tribunals can take us very far into detail. For example the question of intervention pursuant to article 62 of the ICJ Statute can be a subject of a study on its own. We need, however, to go into it to the extent necessary for the clarification of the nature of the triangular relation between the intervenor and the initial parties and the effect of the intervention on the judicial process itself and on its outcome, the judgment. I have to say that although the judgment of the Chamber in the Honduras/El Salvador case has gone some way in answering the question of the "jurisdictional link", it has raised more questions concerning the issues I just mentioned.

The main question concerning the ICJ, apart from that of the third party whose legal interests are directly involved in the subject-matter of the litigation, is that of the eruption of “public interest” on the international scene, with *jus cogens* rules, *erga omnes* obligations, international crimes, the commons, etc. In all such situations, the “international community” is automatically a third party. Can it be associated to the proceedings, either directly (but how about article 34 of the Statute ?), or via a State (exercising a kind of *actio popularis*) ?

There is a great tension in these cases between the “public interest” element and the principle of the consensual basis of international adjudication that the most recent judgment of the Court in the *East Timor* case has not totally smoothed out. It deserves to be thoroughly investigated.

Perhaps we should examine in this respect, albeit briefly, the institution of *amicus curiae*, which gives vent to public interest groups to present their view at least as to the applicable law, in such situations. It may be of interest to note that the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda have introduced this institution in their respective rules.

I would personally prefer not to extend the work of the Commission to all existing institutional courts and tribunals, in any case not to the Courts of the European or other integrated communities, which are of a hybrid character, nor to human rights courts and international criminal tribunals which are very particular in that they are based on public interest and deal with individuals. The Law of the Sea Tribunal is perhaps worth investigating (disputes over delimitations, pollution, conservation are frequently multi-party), though it is not established yet.

Problems are more complicated when it comes to non institutionalised arbitrations. International commercial arbitrations, though not between States, provide a multitude of illustrations of structural problems which are not affected by the identity or the status of the Parties.

The constitution of *ad hoc* tribunals is totally controlled by the Parties. The question of intervention does not arise except to the extent they allow it in the jurisdictional title. But even the constitution of the Tribunal, for example under a jurisdictional clause, in a multi-party arbitration, raises some thorny questions : would every party appoint an arbitrator, or would it be by "common interest", *i.e.* two or three parties on one side appointing one arbitrator and the State on the other side also one arbitrator ? What to do if we opt for the first solution and it leads to an even numbered tribunal ? etc.

Such problems arise throughout the process and require an adaptation of the traditional solutions which developed exclusively as a function of bilateral arbitration.

Reply of Mr. Giorgio Gaja (18 juillet 1995)

...

The following are a few answers and comments that may help towards defining the task of the Commission.

I. There may be a need to discuss the question of the effects of judgments and arbitral awards for States that are not parties to the proceedings. What did the ICJ actually mean when it said in the *Nauru v. Australia* case (para. 65) that "a finding by the Court regarding the content and responsibility attributed to Australia by Nauru might well have implications for the legal situation of the two other States concerned" ? When is a third State a necessary party to the proceedings to the effect that the Court or arbitral tribunal is required to abstain from pronouncing on the merits of the case should the third State not become a party ? Would a judgment or arbitral award defining the boundary of a territory or a continental shelf between two States imply that no other State is entitled to claim the same territory or shelf ? The ICJ does not appear to have held a firm line on the last question. I refer, on the one hand, to paragraph 43 of the judgment on the preliminary objections and paragraphs 21-23 of the

judgment on the merits in the *Libya v. Malta* case, and, on the other, to paragraphs 46-50 of the *Burkina Faso v. Mali* case.

II. As you suggested, some issues concerning the admissibility of interventions will have to be considered. Among those, I should list the possibility of invoking Article 62 of the ICJ Statute when the Court is requested to ascertain the infringement of an *erga omnes* obligation.

III. We could explore ways to improve the procedural position of a State intervening before the ICJ. This may involve making information available earlier to third States. The question of the effects of judgment for the intervening States would have to be discussed in this context.

IV. The Court stated in its judgment on Nicaragua's intervention in the *El Salvador v. Honduras* case that there is a difference in nature between intervening in judicial proceedings and becoming a party to the same proceedings (para. 97). If we share this view, since our topic is the settlement of disputes involving more than two parties, we should probably focus our attention not so much on intervention as on the ways of bringing a dispute of this kind to the Court or an arbitral tribunal (e.g. by drafting some model clauses providing for consolidation of proceedings) and on the procedural questions arising with regard to judicial or arbitral proceedings involving more than two parties.

V. The case considered in Article 63 of the ICJ Statute may or may not, under the circumstances, imply the existence of a dispute involving a third State. In so far as there is a dispute concerning the interpretation of a treaty and that dispute also involves a third State, we should arguably deal with this matter.

VI. As there is no practice under Article 182 of the EC Treaty, I agree that we may leave the ECJ aside. I also agree that we should attempt to take all the main international tribunals into consideration.

VII. I agree, with one exception, with your description under the heading "scope of mandate". The exception is that I believe that disputes involving international organizations should also be covered.

**

2. Tentative Suggestions for a Draft Resolution

17 December 1997

I. Principles

1. Explicit or implicit consent of all States concerned remains the basis of the jurisdiction of international courts and tribunals. Binding dispute settlement in cases involving more than two States requires therefore consent of all States involved. Without this consent, only partial solutions are possible.

2. It is highly desirable that in disputes involving more than two States all States concerned agree on a binding settlement by the decision of an international court or tribunal.

3. Even if some general tendencies and comparable rules for intervention and other forms of third State participation can be found in statutes and rules of international courts and tribunals, each institution and its rules concerning jurisdiction and procedure can contain specific and unique features. Therefore, the interpretation of the relevant texts is the starting point in all cases in which more than two States are involved.

II. Intervention

4. Intervention of third States in legal proceedings between two States is an adequate means to protect the interests if these third States, even if such an intervention has its inherent limits and restricted consequences.

5. Intervention of a third States does not mean that this State becomes a "party" to the dispute. Third States cannot put forward their own claims when intervening.

6. The two main kinds of interventions are codified in Articles 62 and 63 of the Statute of the International Court of Justice : (a) Cases in which a third State considers to have "an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case", and (b) intervention of third States parties to a multilateral treaty.

7. Interventions in cases concerning the construction of multilateral treaties (Art. 63) do not pose serious problems since the prerequisites as well as the consequences of such interventions are adequately defined or circumscribed in the relevant texts : The third State must be a party to the treaty (as a rules after having ratified the treaty), it has a right to intervene, and it is bound by the construction of the relevant treaty provisions in the judgment.

8. Interventions under Art. 62 of the ICJ Statute and similar texts in other statutes require in first line a legal interest of the intervening State, that means that *rights* of this State under public international law might be affected by the final decision. Whether the State can claim such a right and whether it may be affected by the decision has to be determined by the Court according to the specific features of each case. The decision admitting or refusing the intervention is a legal decision without any discretion of the Court. The State meeting the conditions of Art. 62 has a right to be admitted as intervenor.

9. Interventions do not require a special jurisdictional link between the parties to the dispute and the third State. The Statute of the ICJ contains a sufficient basis for such interventions.

10. The final decision of the Court is formally not *res iudicata* for the intervening State and not binding for this State under Art. 59 of the ICJ Statute. But there are good reasons to assume that an intervening State which was able to explain and argue its legal position before the Court is

estopped from later claiming that the decision of the Court concerning the eventual rights of the intervenor is wrong.

11. Other legal rules and principles concerning interventions are :

- (a) Interventions are not only possible in the "merits stage" of a case, but can also not be excluded in proceedings confined to preliminary objections (including problems of jurisdiction and admissibility) ; the decision in such proceedings can affect, at least in exceptional cases, legal interests of third States.
- (b) The intervening State has not the right to nominate an *ad hoc* judge.
- (c) In principle, the intervening State is entitled to take part in the written proceedings as well as in the oral hearing. The extent of such participating depends on the relevant rules of the Court and its power to determine the proceedings in an effective and equitable manner.

12. International courts and tribunals have in principle, independent from the rules concerning intervention, the possibility to hear third States as well as other persons and institutions) as *amici curiae*. Courts and tribunals have the possibility to adopt and apply relevant rules autonomously in their capacity as master of their procedure.

III. "Indispensable Parties"

13. Third States can be "indispensable parties" in disputes pending between two other States and submitted to an international court or tribunal, in the sense that a decision on the merits of the dispute necessarily requires, as a precondition, a statement on the rights of the third State. An eventual intervention does not solve the problems in such cases. What is at stake is the jurisdiction and competence of the court.

14. As stated in par. I above, a decision on all legal aspects of a case requires the consent of all States involved. Without such a consent, no decision or only a partial decision on the merits is possible. Neither the

parties before the court or tribunal nor the third State can be compelled to accept the jurisdiction in relation to the third State. Consensus is so far essential.

15. If the rights claimed by the third State are in the centre of the dispute submitted by other States to the court and if a decision in this case necessarily requires a statement concerning the rights of the third State, the court must decline to decide on the merits.

16. If it is possible to separate the reciprocal rights of the parties to the dispute from the rights of a third State, the court or tribunal can decide the part of the dispute concerning these reciprocal rights and must decline jurisdiction (or refuse a decision on the merits) in respect of the rights of the third State.

*

Reply of Mr. Shabtai Rosenne (30 December 1997)

...

I have read the report with considerable interest, but I have to say, in all frankness, that there is much in it with which, with all respect, I do not find myself in agreement. However, I do not intend to pass it here under critical review. I will simply mention a couple of matters which I think should be brought out at this stage.

At footnote 7¹ the report refers to the change in the English text of Article 62 of the Statute of the ICJ made in 1945. By implication it brings in the report of the competent committee at the San Francisco Conference to the effect that the change did not imply any change in the meaning of the provision. While that may have been the intention of the San Francisco Conference, that, as I understand it, has not been the interpretation given to

¹

Footnote 16 of the final Report.

the current version of Article 62 by the Court or by the *ad hoc* Chamber which decided the Latin American case. That change has made it possible for the Chamber to invent the curious hybrid of the non-party intervenor. That would not have been possible under the text in force before 1945. While that concept may have opened up new perspectives for the judicial settlement of international disputes, on balance it is not easy to accept the very conception of non-party intervenor, and it is not, in my view, something to be encouraged.

I mention this now, because in my submission, the Institute cannot and should not endorse that concept in any way. I would like to see the Institute go so far as to reject that concept entirely, but if that is not possible, at least it should pass in silence over that aspect.

Secondly, at footnote 49² the report states that the Rules of the Tribunal of ITLOS "are framed similarly to those of the ICJ". In my view this is not so, for at least two reasons. One is that in some material respects, notably intervention (of both types), the language of the Law of the Sea Convention, and Annex VI, article 31 in particular, and to some extent article 32, is different from that of Articles 62 and 63 of the Statute of the Court. Secondly, in principle intervention under article 31 is available only to States Parties to the Convention (as defined in article 1, paragraph 2), and in effect intervention under article 32 is limited also. In the ICJ, intervention is certainly available to all States parties to the Statute, and possibly to other States as well. I do not need to go into that further now ; the matter is discussed fully in my books on the Court.

More generally, I am not convinced that intervention is entirely relevant to the work of our Commission, or that it should occupy so prominent a place in our resolution. As Sir Robert Jennings put it when the topic was first broached at Milan (1993), there was an issue where intervention was not in fact possible (*Annuaire* 65-II, p. 76). I think we should concentrate more on that.

²

Footnote 58 of the final Report.

Against that background, I would limit my comments to your Draft Resolution.

As a generality, either in your final report or possibly in the Resolution itself it should be stated that the Institute is not at this stage proposing anything which would require an amendment of the Statute of the ICJ or the Statute of any other standing international court or tribunal now in existence, but its recommendations may be appropriate for any new judicial body that the international community would contemplate creating in the future, or should existing rules of procedure be re-examined. The same remark would apply to standing rules for the arbitration of international disputes. In that connection I draw attention to the Final Report of the Steering Committee of the PCA (para. 29), which in effect has led to the dropping of any idea of revising the 1907 Hague Convention on the Pacific Settlement of International Disputes from the centenary celebrations of the Hague Conferences of 1899 and 1907. I am also asking myself if we should not also take note of the somewhat curious phenomenon of paired cases, *i.e.* more than one applicant against a single respondent (the *Fisheries Jurisdiction* cases, in which your country was involved, is one example of this, and the *Nuclear Tests* cases shortly after), or a single applicant against more than one respondent (the pending *Lockerbie* cases). Notable is the fact that the Court has always accepted the views of the parties on whether to join the cases or not (I think correctly), and in no case have the parties wished to join the cases. There has not been a case yet in which the parties themselves were divided on this issue.

As a second generality, a resolution of the Institute should not, in my view, merely restate uncontested principles of present-day international law, as for instance is done in paragraph 6 of your Draft Resolution (and in fact elsewhere). Our resolution should be directed towards the development of the law, by pointing to new requirements and suggesting solutions with the framework of existing international agreements.

Now to the substance of the matter.

It is true that all the Court's practice and procedure is postulated on what I call the Court's bilateralism. At the same time, nothing in the Statute, or in the Rules of Court, prevents three or more States from agreeing to refer a trilateral dispute between them to the Court, and the Court's procedure for written proceedings when a case is introduced by special agreement would accommodate that. As for the oral proceedings, surely the experience in 1993 and in 1997 for the hearings in the *Lockerbie* case shows that the Rules of Court contain a built-in flexibility, enabling the Court, with, of course, the co-operation of the parties, to deal with multipartite hearings. The outstanding example of a multipartite arbitration is the *Ottoman Public Debt* arbitration of 1925 ; but I would also draw attention to the *Gold from Rome* arbitration of 1953 by Sauser-Hall, which could have become multipartite had Albania chosen to participate. Indeed, attention should be called to Article 47 of the 1978 Rules of Court and the possibilities which it opens for joinder or for common action in given cases. Likewise, the *Monetary Gold from Rome* case could have become multipartite had Albania joined in it, whether as a principal party or as an intervener.

The real problem that has to be faced is the possibility of multipartite proceedings in cases introduced by unilateral application, of one or more States. That problem is not really faced by the institution of intervention. On the other hand, it would be a useful contribution to the development of the law of the judicial settlement of international disputes if we could venture to suggest solutions to identified problems to which this practice seems to give rise.

Consequently I think that the Resolution should commence, and continue, with a positive statement based on those ideas. It should draw attention to the increasing possibility if not probability that existing courts and tribunals will be invited to settle disputes involving more than two States, and continue by stating that the constituent instruments of existing standing international courts and tribunals do not preclude them from entertaining that type of dispute. Wording this in general terms – and using the term 'courts or tribunals' taken from the Law of the Sea Convention – should be broad enough to cover all arbitration proceedings taking place on

the basis of existing international agreements, including the 1907 Convention on the Pacific Settlement of Disputes. That would give the whole Resolution a much more positive and forward looking content.

If paragraph 2 is retained, I think that it should be framed in more positive language, for example in terms of a recommendation.

I do not see the need for paragraph 3 which states the obvious and which is not limited only to cases in which more than two States are involved.

With regard to paragraph 4 I do not really understand it. What I find in the limited experience of the ICJ is that proceedings for permission to intervene under Article 62 *may be* an adequate means of protection for a third State in the sense that they bring that third State's view of the relevant facts to the notice of the Court and the other parties. There is no judicial experience, to my knowledge, to justify the conclusion that intervention is an adequate means to protect third party interests. This may be a question of the drafting of the paragraph.

I have very great difficulty over paragraph 5. I am not convinced that it is necessary and suggest to drop it.

I do not see the need for paragraphs 6, 7 and 8, and I am not sure that they adequately reproduce the limited case-law of the ICJ.

I agree with paragraph 9, but point out that in my understanding the case-law of the ICJ runs in the opposite direction. It is because I agree with paragraph 9 that I have so many difficulties over the whole section on intervention.

Paragraph 10 is unacceptable to me in the form in which it is drafted. In principle I would hesitate about using the word 'estoppel'. I could accept a more positive drafting, something along the following lines :

Since Article 59 of the Statute of the ICJ (and similar provisions in other relevant instruments) provides that a judgment has no binding force except between the parties and in respect of that particular case, it follows that qua judgment it is not binding on any State that is not a party to the proceedings. However, a State that has applied to intervene in the proceedings cannot afterwards contend that statements in the judgment, including the operative clause, which refer to it are not applicable to it.

Note. I have always been puzzled by the operative clause in paragraph 432 of the *Gulf of Fonseca* judgment of 1992, which refers by name to the so-called non-party intervenor. How is that possible ? If Nicaragua was a non-party intervenor, why was a signed and sealed original of the judgment transmitted to it ? What are the legal consequences ?

Paragraph 11(b) is unacceptable.

Note : See the quotation from the judgment on Malta's application for permission to intervene, especially the passage at the top of page 120 of my book on Intervention. As I understand it, it does not exclude the appointment of a judge *ad hoc* by an intervening party, but leaves that matter open. The statement was carefully limited to that particular phase and left open what would be the position should Malta's application to intervene be admitted ; in whatever capacity. Nicaragua's intervention is no precedent for the general issue, as it was concerned with an *ad hoc* Chamber formed under Article 26, paragraph 2, of the Statute, and the question of an *ad hoc* judge could not be separated from the broader question of the composition of the Chamber itself. I believe that the Court should have exercised the discretion which that provision gives it, and not granted the *ad hoc* Chamber any power to decide anything to do with the Gulf of Fonseca without Nicaragua's participation, as a party. That would have given Nicaragua the option whether to participate or not, and the question of the appointment of another judge *ad hoc* to that Chamber would then have had to have been decided in that context. After all, the 1917 judgment of the Central American Court of Justice, in proceedings in which Nicaragua was a party, is a matter of common

knowledge as well as the special legal status of the waters of the Gulf of Fonseca. I am also not convinced that paragraph 3 of articles 103 and 104 of the Rules of ITLOS conforms with either the letter or the spirit of Annex VI, article 17, of the Convention.

With regard to paragraph 12, I have very strong reservations regarding the attempt to introduce the notion of *amicus curiae* into international litigation, and I am glad that the Court has resisted the idea. The attitude of Yugoslavia in the *Corfu Channel* case was wholly exceptional and has not been followed even in circumstances where it might have been. Also, it was limited to assistance to the Court in establishing the facts, and Bartos for instance has explained that Yugoslav considered that as a member of the United Nations it was obliged to render such assistance to the Court. XIV *Comunicazioni e Studi* at 47 (1975). I am not sure that it was a true case of *amicus curiae*, but rather something rendered necessary by the particularities of international litigation in the international situation then existing. I am quite disturbed at the prevalence of *amici* briefs (including, with respect, those coming from the Max Planck Institute) in the Yugoslav Tribunal. If the prosecution cannot make out a good case, how can outsiders ? And in inter-State litigation, if the parties, with the assistance of counsel, are unable to make out a good case, how can outsiders ? And what if outsiders should bring in issues that one or other of the parties deliberately has not brought in because that party does not want any judicial pronouncement on that issue ? After all, pleading is an act of State. And what is the point, in litigation, of abstract statements of the law without a basis in fact ? I do not see any analogy in international relations and international judicial procedures with the Anglo-American conception of *amici curiae* briefs.

On paragraph 13, last sentence, my impression is that the ICJ has regarded intervention as a possibility for dealing with an indispensable party. It has taken note of the fact that the third States whose interests formed the very subject-matter of the dispute had not applied to intervene.

Paragraph 14 raises the central issue which has occupied both the Permanent Court and the present Court since 1922, without a solution. The

issue really is how far is participation in the Statute, involving acceptance of all jurisdiction granted by the Statute to the Court, sufficient to give the Court jurisdiction over a claim by an intervening State against one or both of the parties to the dispute. The first part of the paragraph is unnecessary as it repeats what already appears in paragraph 1, but if paragraph 1 is dropped, then paragraph 13 could start with a simple assertion that since jurisdiction of the Court is based on the consent of the parties ... But what follows is precisely what is in great dispute and which I doubt if the Institute would be able to answer.

In paragraphs 15 and 16 I have great doubts over the phrase “the court or tribunal must decline jurisdiction”. I do not think that a resolution of the Institute should attempt to say what an international court or tribunal “must” do. Rather, the resolution should state what the Institute considers to be or should be the rule, either *de lege lata* or *de lege ferenda*. I am inclined to think that in these circumstances, the court or tribunal does not have jurisdiction, at all events under the existing Statute of the ICJ (I am not adopting any position regarding ITLOS, since its Statute, and the context within which its Statute is situated, is entirely different from that of the ICJ).

Réponse de M. Gilbert Guillaume (7 janvier 1998)

...

Page 10 (*p. 66*) :

Les trois types d'intervention mentionnés au premier alinéa de la deuxième partie du rapport correspondent à trois types de clauses insérées dans les traités. Mais le troisième type d'intervention peut recouper le premier et le deuxième. Ainsi une intervention par un Etat tiers justifiant d'un intérêt juridique peut contenir des conclusions au soutien de l'une des parties à l'instance. En réalité, il existe, me semble-t-il, deux catégories d'intervention au sens large :

1. L'intervention *amicus curiae* dans laquelle l'intervenant se borne à éclairer la cour ou le tribunal. Il ne saurait formuler de conclusions et ne devient pas partie à l'instance.

2. L'intervention proprement dite dans laquelle l'intervenant peut présenter des conclusions et devient "partie intervenante" à l'instance. Ses droits peuvent d'ailleurs être plus ou moins étendus et l'on distingue traditionnellement :

- l'intervention passive, dans laquelle l'intervenant ne peut que soutenir les conclusions de l'une des parties ou s'opposer à ces conclusions, et
- l'intervention active, dans laquelle l'intervenant peut présenter des conclusions autonomes différentes de celles des parties.

Le droit international public ignore d'ailleurs cette dernière forme d'intervention, comme il ignore l'intervention forcée ordonnée par le juge.

Page 38 (*p. 92*):

En ce qui concerne les effets des jugements à l'égard des intervenants, la distinction opérée par le rapport entre les articles 62 et 63 du Statut de la Cour internationale de Justice me paraît tout à fait justifiée. Il est certain que, sous l'empire de l'article 59 tel qu'interprété par la jurisprudence, les jugements rendus au fond sont obligatoires à l'égard des parties principales seulement et non à l'égard de l'intervenant.

Le rapport s'interroge cependant sur le bien-fondé de cette jurisprudence. Dans cette perspective, je me demande s'il ne conviendrait pas de distinguer entre le jugement rendu sur la recevabilité de l'intervention et le jugement rendu par la suite sur les conclusions des parties principales.

1. La Cour internationale de Justice, dans tous les cas, doit d'abord se prononcer sur la question de savoir si l'intervention est ou non recevable.

Elle le fait par un premier jugement.¹ J'aurais tendance à penser que l'intervenant est partie en tant que demandeur dans cette première affaire et que ce jugement est donc obligatoire en ce qui le concerne.

2. La question est plus délicate en ce qui concerne la procédure au fond. Certes l'intervenant ne saurait jouir des mêmes droits que les parties principales et ne saurait notamment présenter de conclusions différentes de celles du demandeur ou du défendeur. Mais on peut se demander s'il ne devient pas "partie intervenante" et si, sous ce vocable, la Cour ne pourrait pas juger, par une interprétation nouvelle de l'article 59 du Statut, que même la décision au fond est obligatoire pour lui en ce qui concerne les parties du jugement le concernant. Telle est d'ailleurs la solution retenue par le Statut du Tribunal du droit de la mer.

Pages 59ss (p. 114):

Sur un plan purement théorique, il peut être attrayant de rapprocher les concepts d' "obligations *erga omnes*", de "*jus cogens*" et de "crime international". Je crois cependant extrêmement risqué de procéder à un tel rapprochement.

1. Le concept de crime international de l'Etat dérive du projet de convention sur la responsabilité internationale en cours d'élaboration par la Commission de droit international. Mais l'article 19 de ce texte, qui est au centre du projet, a reçu un accueil critique d'une partie de la doctrine et a été l'objet de vives attaques au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Depuis lors la Commission a tenté de tirer les conséquences logiques de ses options initiales et a abouti à un texte qui, à

¹ Par exemple pour l'intervention de Malte dans l'affaire Tunisie/Libye, voir l'arrêt du 14 avril 1981 (*C.I.J. Recueil 1981*, p. 3) ; pour l'intervention de l'Italie dans l'affaire Libye/Malte, voir l'arrêt du 21 mars 1984 (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 3) ; pour l'intervention du Nicaragua dans l'affaire El Salvador/Honduras, voir l'arrêt du 13 septembre 1990 (*C.I.J. Recueil 1990*, p. 92).

mon sentiment, n'a aucune chance de succès et risque de connaître le même sort que les projets de la CDI sur la succession d'Etats. Dès lors, il me paraît prudent de ne pas faire référence à la notion de crime international qui n'appartient certainement pas au droit positif.

2. Quel que soit le jugement que l'on puisse avoir sur le "*jus cogens*", ce concept ne me paraît pas coïncider avec celui d'obligations "*erga omnes*".¹ En effet, il est des obligations *erga omnes* qui ne relèvent pas du *jus cogens* (même dans la conception la plus étendue de ce dernier). Ainsi le président de la CDI notait-il dans une étude récente sur le sujet que "Les Etats riverains sont tenus d'accorder à tous les navires le droit de passage en transit dans les détroits servant à la navigation internationale ; il s'agit là, assurément, d'une obligation *erga omnes*, mais son non respect n'est pas un crime", car il ne saurait être question de "faire de la coutume générale un *jus cogens* généralisé".²

Reply of Mr. Lucius Caflisch (12 January 1998)

...

I am happy to find myself in agreement with the general thrust of those two documents. The principle of consent, highlighted by the Report, scarcely calls for further comment. Intervention, one of the major themes addressed by the Draft Report and Resolution, certainly is an essential device for "involving" more than two States in an adjudication, as are the notions of "indispensable parties" and of *amici curiae*.

¹ Voir par exemple Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford, p. 189 et suivantes.

² Alain Pellet, "Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats", *Annuaire français de droit international*, 1996, p. 20.

The first two concepts should be distinguished. Similarly, intervention and *amicus curiae* functions should not be rolled into one, contrary to what the Report (page 36) – but not the Draft Resolution (point 12) – suggests. This is so because, as pointed out in the Report itself (page 36), the two devices may serve different purposes. It would seem, therefore, that *amicus curiae* functions are not necessarily covered by the provisions on intervention (and on the duty to furnish information).

Nevertheless, the Report (page 37) reaches what I consider the right conclusion, namely, that the existing provisions on the collection of information by international courts and tribunals are sufficient and require no complement. In addition, it may seem both unnecessary and inappropriate to introduce *amici curiae* rules into the realm of inter-State adjudication just because such rules exist in Anglo-Saxon law. Other legal systems have got along perfectly well without the assistance of such “friends”. In addition, the fact that State-to-State disputes are settled on the basis of the principle of sovereign equality may make it improper to resort to a municipal-law technique advocating the interference of third countries with the affairs of the States parties to a dispute.

The Draft Report and Recommendations fail to cover situations where more than two States are *genuine parties* to the dispute. Such situations can arise either through the junction of two cases or the presence of more than two parties at the outset of the proceedings. The first situation is exemplified by the *North Sea Continental Shelf* dispute, the second by the *Wimbledon* case. The latter could, it is true, be viewed as a bilateral situation in that there were several parties making up one “side”, Germany forming the other. But it is equally possible that there be *more* than two “sides” – and parties – to a dispute *and* to the proceedings relating thereto. That the plurality of parties is not merely an academic issue is recognised implicitly in several passages of the Report (see pages 21, 34 and 43).

The situation just described is being accommodated by several multilateral treaties, particularly the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. Thus Article 17(5) of Annex VI to the Convention (International Tribunal for the Law of the Sea) provides that if the parties

agree that they are acting in the same interest, they are treated a single party regarding the appointment of a national judge ; if there is no agreement, “the Tribunal shall decide”. The same applies to the Seabed Disputes Chamber (Article 40 of Annexe VI).

The provisions regarding the composition of arbitral tribunals contained in Annex VII (arbitration) are even more interesting. Article 3(g) of that Annex calls for the appointment of a single national arbitrator by States parties acting in the same interest, by analogy with Article 17(5) of Annex VI. In the absence of a common interest, or if there is doubt as to the existence of such an interest – and this is the interesting point – each State party to the dispute may appoint an arbitrator, the total number of nationally appointed arbitrators having, however, to remain below that of the jointly designated members. The same rules apply to the special arbitration procedures of Article 3(g) of Annex VIII and to the conciliation mechanisms established in Annex V (Article 3(g)).

The hypothesis of proceedings with more than two parties is also envisaged in Articles 21 (conciliation) and 28 (arbitration) of the Convention of 15 December 1992 on Conciliation and Arbitration within the OSCE. Regarding conciliation, States parties in the same interest may agree to appoint a single conciliator ; if they do not, they may each appoint one conciliator, up to a maximum number fixed by the Presidency. The other “side”, regardless of whether it consists of one or several States, will then be entitled to designate *the same number* of conciliators (Article 21(2) cf. also Article 16(2) of the Rules of Court). If there is plurality on one or both “sides” but no common interest, the general rules apply : each State party may appoint one “national” conciliator (Article 21(1)). In principle, the number of “neutral” conciliators appointed by the Bureau of the Court is fixed at three but can be increased or diminished by the Bureau : if more than two States are Parties to the dispute, without there being a single conciliator appointed by Parties in the same interest, the Bureau shall make sure that the total number of members appointed by it is superior to that of the members designated by agreement of the parties (Articles 21(5) of the Convention and 16(4) of the Rules of Court).

A similar system applies in the field of arbitration (Articles 28(2) of the Convention and 24(2) of the Rules of Court), except for the absence of a provision calling for the appointment of an equal number of arbitrators on each “side” if the States in the same interest have been unable to agree on a single arbitrator.

These may appear to be patchwork solutions, or they may seem unworkable or incomplete, but their very existence suggests that the problem addressed by them – the plurality of States *parties* to a dispute – should be dealt with in some way by the Report and the Resolution. It may well be that, in addition to the issue of the composition of the court or tribunal, the presence of more than two parties in the proceedings raises other issues. One such issue could be the sequence of written or oral pleadings.

The absence of any detailed consideration of the questions arising from the presence of more than two parties in the proceedings leaves a gap in the Draft Report and Resolution which, in my view, ought to be filled.

Apart from this major issue, there are a few minor points arising in connexion with the Draft Report and Resolution which may deserve a brief mention.

Page 21 of the Report refers to situations where a third State involved in the dispute attempts to join in the proceedings as a party. Quite rightly, the Report emphasises the need for consent by all parties. It goes on to show that this may be accomplished by means of a new and separate application, followed by the joinder of the two cases or through “a modification of the original application”. The latter idea reappears on pages 34 (“amendment of the original request by admitting a third party to the case”) and 43 (“induce the main parties to consent of a change of the original request by amending the subject-matter and/or joining a new party”). That the third State can become a party to the case *via* a separate application and a subsequent joinder of the proceedings is obvious. What of the idea of amending the application to include a new State party ? Can this be done and, if so, on what basis ? Does this possibility also exist when

the proceedings have advanced way beyond the stage of the application ? If so, to what extent is the new entrant bound by what happened before, and is there a need to repeat acts of procedure that have been performed already ? To what extent is the new party bound by interlocutory decisions on competence or admissibility, on interim measures of protection, etc. ? The idea of modifying the original application to accommodate new players seems interesting but fraught with difficulties. It would, moreover, work only in cases brought by means of an application.

On *page 23* of the Report, it is asserted that a State is precluded from intervening in interpretation or revision proceedings if it has not already intervened in the main proceedings. I am quite sure that this is so in most cases ; but could one not imagine situations where grounds for intervention *arise* in the context of the interpretation or revision of a decision ?

On its *page 41*, the Report opposes an extension of the Faculty to intervene pursuant to Article 63 of the Court's Statute – and the same argument would cover any other instrument providing for that particular type of intervention (see e.g., Article 32 of Annex VI to the 1982 Law of the Sea Convention) – to all cases relating to the construction of rules of *jus cogens*, because such an extension would open this type of intervention “to nearly all States in nearly all cases”. This assertion may seem exaggerated since most rules of international law are dispositive in nature.

As regards *point 10* of the Draft Resolution, one may wonder whether it is necessary to resort to the concept of estoppel at all. While it is true that according to Article 59 of the ICJ's Statute and to similar provision in other instruments, the operational part of the decision has the character of *res judicata* for the parties only, it would seem possible to assert that the very nature of intervention suggests that the intervenor be bound by the decision inasmuch as his own rights are at stake. Maybe point 10 of the Draft Resolution could be modified accordingly.

For the reasons adduced earlier (pages 1 to 2), point 12 of the Draft Resolution could be deleted. This would not imply, of course, that the resort

to *amici curiae* is ruled out altogether, but, simply, that the Institute of International Law neither encourages nor discourages to have recourse to “friends” of the court or tribunal.

The final phrase of *point 14* (“Consensus is so far essential”) should be dropped. While its meaning is not entirely clear, it seems to repeat the requirement of consensus already formulated in the first and second phrases of point 14.

The wording of *point 15* could possibly be improved. As the presence of the “indispensable party” is of critical importance to the settlement of the dispute, such settlement may not take place in the absence of that party ; by contrast, a settlement can occur if the “indispensable party” is or becomes a party to the proceedings. This point could be made more explicit by adding the words “unless that State is or becomes party to the proceedings” after “to decide on the merits”.

In addition, the Draft Resolution should, of course, contain language covering situations where more than two States are not simply “involved” in proceedings but are full parties to them. The reasons for adding such language are set forth on pages 2 to 4 of the present observations.

Reply of Mr. James Crawford (20 January 1998)

...

I have the following general comments on the Draft Resolution of December 1997.

1. There is very little authority for the “implicit consent” of States as a basis for the jurisdiction of international tribunals. The basic principle is that of consent, and while in certain circumstances consent may be implied (e.g. by way of *forum prorogatum*), this is because the State in question will have by words or conduct clearly indicated that it did in truth accept

jurisdiction ; cf. *Corfu Channel*. I do not think that “inferred” or “constructive” consent is sufficient.

2. I do not agree that one can say, *a priori*, that intervention is an adequate means to protect the interests of third States. It may or may not be, depending on the rules in question and their application by the court or tribunal concerned. Intervention was adequate (or perhaps more than adequate) in *Libya-Malta* (even though the Italian request was refused) ; it was less adequate as a vehicle in *El Salvador/Honduras*, even though Nicaragua’s request was to some extent granted.

3. Surely it ought to be possible for a State to intervene *as a party*, if either (a) all the other States parties consent, or (b) there is a jurisdictional link between the intervening State and all the other parties, and the State is a necessary party in the *Monetary Gold/East Timor* sense. I realise that the current state of authority is hostile to intervention as a party, but if one or other of these conditions are met, I do not understand the reason for this hostility.

For example, Case (a) would have been met if Indonesia had sought to intervene in East Timor and the other parties had accepted the intervention. Portugal would have been pleased to do so ; Australia might well have found it difficult to reject the intervention. If the existing parties accept (and by definition the intervenor in seeking to intervene consents) I do not see what international value is served by refusing to allow the intervenor to become a party. Another example, not entirely hypothetical would have arisen if New Zealand and the United Kingdom had sought to intervene in *Certain Phosphate Lands in Nauru*, depending on the interpretation of their optional clause declarations. But assuming that no State had a relevant optional clause reservation I do not see why intervention as a party should not be allowed.

The position of States before the Court under a special agreement who are nonetheless also parties to the optional clause might require special consideration, but does not seem an insuperable obstacle. The Court tends to treat cases under Article 36 (1) of the Statute as different in kind from

cases under Article 36 (2), and if this principle is followed, then there should be no “mixing” of the different sources of jurisdiction. But the principle of consent should still apply ; if the parties agree to the intervention, I do not see why it should be disallowed.

If States intervene as parties they would be putting forward their own claims (or defences). If they intervene as non-parties, of course, they would not be permitted to do so, but merely to safeguard their legal interests in the currently accepted sense.

4. I am not as sanguine as you that Article 63 interventions are unproblematic. I was counsel for the four Pacific Island States which sought to intervene in *Request for an Examination of the Situation*, ICJ Rep 1995, p. 288. The requests were made under both Articles 62 and 63, and in relation to Article 63, relied on the Noumea Convention of 1986. The procedural situation there was a very special one, but the experience is nonetheless worth studying. In the event the Court quite reasonably decided to take the jurisdictional issue first and thus never had to decide on the admissibility of the intervention. The relevant documents were published by the New Zealand Ministry of Foreign Affairs under the title *New Zealand at the International Court of Justice. French Nuclear Testing in the Pacific* (Wellington, 1996).

Questions raised by Article 63 include the following :

- (a) Why should Article 63 intervention be as of right whereas Article 62 intervention is by leave only?
- (b) In which circumstances is the construction of a convention “in question” for the purposes of Article 63 ; must it be a central issue in the case?
- (c) At what point in time is the decision made, since the relevance of a particular convention might only appear later in the day?

(d) What if the Registrar does not give notice, as envisaged by Article 63 (1), but a State is reasonably of the view that the construction of a multilateral convention is in question? Is there any remedy?

(e) Is it not curious that an Article 63 intervenor is bound by a general proposition of law *in futuro*, whereas the parties themselves under Article 59 are bound only in relation to the particular dispute? What if the Court was subsequently to modify its interpretation of the provision in question? Do the intervenors remain bound by the discarded interpretation?

There is also the range of issues associated with all interventions, in particular the problem of would-be intervenors getting access to the pleadings so that they can make informed decisions as to their rights. As to this, see the recommendations of the British Institute Study Group (196) 45 *ICLQ (Supp)* 77-9, reprinted in DW Bowett & others, *The International Court of Justice. Process, Practice and Procedure* (British Institute of International and Comparative law, London, 197) pp. 65-6.

5. I doubt whether the right to intervene under Article 62 can be so categorically asserted. In common law systems, intervention normally requires the leave of the Court, and involved an element of discretion, although the discretion has to be exercised judicially; in other words, if the case to intervene is made out, leave should not normally be refused. The Court's practice so far (defective as it no doubt is) is also inconsistent with the idea that there is a right to intervene under Article 62.

6. If party intervention is to be allowed, I see no basis for holding a non-party intervenor bound by virtue of the principle of estoppel. The decision will in practice affect the third State, more or less, but if it is not a party it will not be bound. How can it be justified to deny the right to intervenors, especially under Article 62, to be considered parties, but then in effect to hold them to be bound anyway?

7. I agree that the institution of the *amicus* might be developed. It was used to some effect in interlocutory proceedings before the International Tribunal for the Former Yugoslavia in the recent *Blaskic* case. But

appearance as an *amicus* should always be subject to leave and should be properly controlled so as not to become a “painless” form of appearing without the legal consequences. More should be said in the Resolution to this effect.

8. Your concluding section fails really to address the difficult issues. For example, were *Nauru* and *East Timor* respectively rightly decided ? Each of the two cases could easily have been decided the opposite way. *East Timor* in particular raises fundamental questions in relation to obligations *erga omnes* and the compliance of third States with what we may assume are autonomous obligations not to recognise unlawful situations. Is it relevant that in the *East Timor* case, counsel for Portugal expressly disavowed reliance on the obligation not to recognise an acquisition of sovereignty based on unlawful use of force, and focused instead entirely on issues of self-determination ? See the extracts from the pleadings printed in H. Krieger (ed), *East Timor and the International Community* (Cambridge University Press, Cambridge, 1997), p. 377 ff.

There are also difficult questions associated with intervention in land and maritime boundary cases. Is the distinction currently maintained between land and maritime boundaries tenable ? See the dictum of the Chamber of the *Burkina Faso/Mali* case, where it said that :

“a court dealing with a request for the delimitation of a continental shelf must decline, even if so authorized by the disputant parties, to rule upon rights relating to areas in which third States have such claims as may contradict the legal considerations – especially in regard to equitable principles – which would have formed the basis of its decision”.

ICJ Report 1986, p. 554 at p. 578 (para. 47).

The impact of the Italian intervention at the merits stage of the *Malta/Libya* case is also directly relevant. Are we to agree with the majority, or with the cogent criticisms made by Judge Schwebel in dissent in that case ? The decision of the Court in *Cameroon/Nigeria (Land and Maritime Boundary dispute)* will be relevant to these questions.

I should have liked to see these questions dealt with in more detail, if not in the Resolution then in the accompanying study.

Reply of Mr. Santiago Torres Bernárdez (6 February 1998)

1. Preliminary remarks on the scope of the topic

1. Although lacking somewhat in legal precision, the form of words of the title provides sufficient guidance as to the subject-matter and, consequently, on the broad contents of any eventual Draft Resolution. At the same time, the formula gives the Commission some leave to identify the individual items which should eventually be studied.
2. The “disputes” concerned are only qualified by the term “international” in the sense of inter-States, because they should involve more than two *States*. The other commanding word, namely “involving”, is not restricted by considerations such as, for example, the condition or capacity in which the States concerned are or could be involved. I take therefore that both terms (“disputes” and “involving”) are to be understood as sending back to their respective generic ordinary meaning. The conclusion of the Commission on this point will determine the contours of the topic and, therefore, the scope of the final text.
3. Reading together the report and the tentative suggestions for a Draft Resolution identify five main broad items : disputes involving more than two States as parties ; third States interventions ; *amici curiae* participation ; indispensable third States (the so-called “indispensable parties”) ; and the right to sue in disputes involving *erga omnes* rights or obligations. I think that all the five deserve to find a place, as relevant, in the text of the Commission. Disputes involving more than two States pose questions of principle going beyond “jurisdiction” issues. They may impinge on “admissibility” questions raising likewise particular problems regarding important punctual aspects of “procedure”.

4. The fact that the title refers to "disputes involving more than two States" by no means implies in my view that "disputes involving more than two parties" be excluded from the mandate of our Commission. To avoid misunderstandings much would be gained by rewording the title so as to read : "... international dispute *between or* involving more than two States".

5. The report and the tentative Draft Resolution are drafted bearing in mind "judicial settlement". Should the Commission drop "arbitral settlement" or should we go ahead also with this settlement procedure ? It would be hardly possible, in the field, to apply by analogy to arbitration the findings on judicial settlement.

2. Disputes between more than two States and other judicial proceedings involving participation of more than two States in a party capacity

6. Section I of the tentative Draft Resolution is quite right. I support without reservations the statements contained in its paragraphs. But, the Section should be developed further.

7. First, the exhortation addressed by the present text to the States should be supplemented by a general *prise de position* aiming at facilitating the development of procedural rules better adapted to such disputes. Secondly, the present text keeps silent on situations in which more than two States may be involved in a two-parties dispute as components of one or another of the two parties (*litisconsortium*). Thirdly, international judicial procedures know certain means susceptible of being applied as an alternative to the establishment and introduction of a truly three- or multi-parties dispute (examples : *formal joinder of proceedings* of different principal cases ; *parallel consideration by courts* of related but separately instituted principal cases).

8. A judicial dispute between more than two States means that the corresponding case must be instituted and organized bearing in mind that there could be three or more parties in the proceedings of a single and same case. It is precisely this feature of the multi-parties disputes which

distinguishes those cases from situations of active or passive *litisconsortium*. There is already some practice on the latter situations, but very little indeed on multi-parties judicial disputes. The particular problems posed by multi-parties disputes cannot be solved only by the mere affirmation that all the States concerned have complied with the consent to jurisdiction principle. They require to address themselves to other problems which are rather procedural, but important nevertheless to go ahead with the case beginning by the question of the institution of the proceedings.

9. In so far as the International Court of Justice, I do not see any fundamental obstacle in the Statute preventing States to institute such kind of disputes providing always, of course, that an appropriate jurisdictional link exists between all the States concerned. The very fact of the incorporation in certain declarations made under Article 36, paragraph 2, of the ICJ Statute of reservations excluding jurisdiction in disputes arising under a multilateral treaty “unless all parties to the treaty affected by the decision are *also parties to the case before the Court*” (Vandenberg reservation) confirms that States do not see judicial settlement before the ICJ as confined to bilateral disputes. It is also a fact that in the *Nicaragua* case the ICJ did not consider the Vandenberg reservation as incompatible with its Statute and gave effect to it in the *merits* phase of the case.

10. Generally, the same could be said in the case of other international judicial organs dealing with inter-States disputes. The report notes that the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea do not mention “disputes involving more than two parties” as do those relating to conciliation and arbitration. But the reason for that is very simple. Such expression appears in the latter annexes in connection with a particular precise point, namely the *constitution* of conciliation commissions, arbitral tribunals or special arbitral tribunals. The International Tribunal for the Law of the Sea is however, like the International Court of Justice, a pre-established permanent Tribunal which is not constituted by the parties to cases. Thus, there is not here any contradiction justifying a *contrario* interpretations which would exclude from the general competence of the Tribunal for the Law of the Sea multi-parties legal disputes.

11. I think that the distinguishing feature is not so much the requirement of consent of all concerned, but rather procedural : how could it be done ? For example, by the notification of a *compromis* or agreement concluded between the three or more States concerned ? This was the means actually proposed in the ICJ by Nicaragua to El Salvador and Honduras, as an alternative to their instituted case, in its Application for Permission to Intervene in the Land, Island and Maritime Dispute. It should be remembered in this connection that each of the said three States had a different principal claim as to the *régime* of the waters of the Gulf of Fonseca. In such circumstances, the *litisconsortium* cannot be the solution. The institution of proceedings on three - or multi-parties dispute by filing *applications* is not either to be excluded if the jurisdictional title or titles invoked allow it and certain provisions of the Rules are applied in such cases bearing in mind their object and purpose rather than literally. Furthermore, *novation* of an instituted case by consent of all the interested States is also a means compatible generally in my view with the principles and procedures applied in international courts and tribunals.

12. A statement or statements on the matter could follow present paragraphs of Section I. Thereafter, other paragraphs would refer to *litisconsortium* situations and to the two alternative procedural means mentioned above for which there is also practice, namely to the *formal joinders* and *parallel consideration by courts* of related but separately instituted cases.

13. Once Section I would dispose of the categories in which three or more States may participate as a "party" or component of a "party", other Sections of the Draft Resolution would move to deal with the items relating to third State (interventions ; *amici curiae* ; and indispensable third) so as to conclude with any relevant more sectorial matter (for example, the question considered in the report posed by the *erga omnes* rights or obligations).

3. Third States interventions

14. Notwithstanding the considerable attention given in the report and the tentative Draft Resolution to the intervention of third States in proceedings between other States, my preliminary observations on the item would be brief. I have already mailed to you a copy of my lecture at The Hague Academy entitled “L’intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice” (*Recueil des Cours*, t. 256, 1995). So you know my general position on intervention as well as on each of the two forms of intervention of the ICJ Statute. Furthermore, I see that Dr. Karin Oellers-Frahm is also fully aware of that lecture. What you should know at present is my reaction to the relevant conclusions on intervention contained in the report as well as on the relevant Section of the tentative Draft Resolution. I am glad to say that it is very positive.

15. For the work of our Commission, the first thing to be agreed upon would be, in my opinion, to decide whether we accept the proposition that Articles 62 and 63 of the ICJ Statute are the only forms of intervention in positive general international law. I think so and, consequently, I agree with your general approach. Certainly, conventional law may always set forth other forms of intervention, so-called interventions, for the particular purposes of a given international judicial procedure, but an appropriate caveat in the Draft Resolution would suffice to cover those other eventual conventional forms.

16. I would also advise to keep away third States intervention regime from *matters relating to jurisdiction as between the parties to the case*. I do not think, for example, that the nature of the jurisdictional link between the parties to the case affects in any way the entitlements that third States may have to intervene in the case. There is not a dual or multi legal regime of intervention. The question of reservations in declarations done in accordance with Article 36, paragraph 2, of the ICJ Statute is therefore alien to the subject of third States interventions. In this connection, I would like to recall that a given word may not necessarily have the same meaning in different contexts. For example, from the fact that the terms “affected” is used in the Vandenberg reservation and in Article 62 of the ICJ Statute

cannot be concluded without further ado that is meaning is quite the same in both contexts. In any case, reservations in unilateral declarations cannot modify as such the rights of third States under Articles 62 and 63 of the ICJ Statute.

17. Intervention should likewise be considered quite independently of other issues concerning third States like *amicus curiae* participation and the so-called “indispensable parties” question (see below), as well as from advisory proceedings. It is also to be distinguished, in my opinion, from situations when the ICJ may take account of third States territorial claims as a fact in a territorial case between other States, circumscribing the exercise in the case of the jurisdiction it holds from the parties accordingly.

18. I am under the impression that by underlining in various contexts the protection of the legal interests or rights of third States through intervention, the report pushes too much into the background the need to protect also the legal interests or rights of the parties to the case to see justice done as between themselves. In this, like in other points, the approach should be balanced. Recalling more often than the report does the principle of the relative authority of the *res judicata* as a general protection of third States would be therefore in order. One cannot transfer to an individualized and decentralized legal order as international law, beyond a certain point, propositions of domestic law systems. It is not possible to shape third States interventions in international judicial or arbitral procedures forgotten the rest.

19. Some sentences of the tentative Draft Resolution would appear to be drafted on the underlying assumption that third States may interfere in exceptional cases in the jurisdictional and admissibility relationship between the parties to the case. I doubt it very much because I do not see how the decision on jurisdiction or admissibility in a principal case may affect a legal interest of a third State. Perhaps a political interest, but not a legal one. But, political interventions are excluded by Article 62. On the other hand, intervention in a jurisdictional phase is possible under Article 63 for the purpose of this form of intervention. The Commission should also study the question of intervention in connection with other incidental

proceedings as well. Practice knows, for example, attempts of third States to intervene in provisional measures proceedings. The question of the eventual participation of an intervening State in derivative proceedings (interpretation and revision of Court's judgments), considered in the report, would also deserve to be studied by the Commission.

4. *Amicus curiae* participation

20. I am persuaded that *amicus curiae* and intervention are quite different procedural means, but also that they do not exclude each other. If I am not mistaken *amicus curiae* is, generally, defined as an attempted or accepted participation of an outsider in the proceedings *in order to assist* the Court or an unrepresented interest. As such, it presupposes : 1) a quite integrated system of sharing in social values ; 2) is not supposed necessarily to be restricted to States ; and 3) is not subject either to the condition of the outsider showing that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision of the court or of being a party to a convention, the construction of which is in question in the case before the court.

21. Moreover, because the object and purpose of an *amicus curiae* participation is to act as a friend of the Court by given views on the matter or matters at issue in the interest of objective justice and not to do so merely to protect a subjective legal interest or right of the *amicus curiae* participant, there is no reason for the decision of the court having any kind of legal effect on him. Thus, without denying that there could be points in common between *amicus curiae* and certain forms of intervention, there are also distinguishing features important enough as to justify a separate treatment of this procedural means even when both would be allowed within a given international judicial procedure. The possibility to hear third States as *amici curiae* should remain independent from the rules concerning intervention.

22. Contrary to the recognized forms of intervention, *amicus curiae* does not fit well with basic assumptions of the judicial and arbitral procedures applicable to the classic inter-States disputes. Moreover, the

evolution of such procedures since the Hague Conventions of 1989 and 1907 until the 1982 Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, including the 1920 and 1945 Statutes of the Permanent Court and of the present International Court and other general relevant instruments as the General Acts of 1928 and 1948, confirms that proposition that *amicus curiae* cannot be listed among the means common to the various international judicial and arbitral settlement procedures concerning disputes between States. Now then, the topic entrusted to our Commission concerns "international disputes involving two or more States", advisory proceedings being alien to our topic.

23. There are also serious reasons at the present stage of the development of the community of States to keep the general law on the subject as it stands. If the matter is approached on a global basis, the procedural relation established between the States parties to a given contentious case is an important social value of the international order which continues to deserve, in my view, the protection it has always enjoyed in international law. It should be prevented that through the *lege ferenda* propositions on *amicus curiae* or other procedural means the ICJ and other international courts or tribunals dealing with inter-States disputes become, ultimately, a kind of assembly forum !

24. The platonic model of a loving *amicus curiae* State participating in the interest of a good administration of international justice in judicial or arbitral procedure between other States seems to me rather unrealistic. The participation of third States as *amici curiae* will be coloured in most cases by their political relations, alliance, etc. with one or another of the parties to the case or even with another given absent third State. It is for this and all the other reasons above, that it is not prudent to encourage the possibility of *amici curiae* in international judicial and arbitral procedures on a general basis. I think also that, like interventions, *amici curiae* should be voluntary and when allowed, they should not be automatic but placed under the control of the court or tribunal concerned.

25. However, I am ready to open the Draft Resolution to the *amicus curiae* but on a narrow basis only. The reason for this eventual opening

being that the general procedures on inter-States disputes referred to above are not the only judicial procedures existing nowadays in international law or that could be established in the future. There are, for example, international criminal procedures against persons for alleged serious violations of international humanitarian law (*e.i.* the Tribunals on former Yugoslavia and on Rwanda) and in a few months time, as we all know, a conference will be held in Rome with a view to establish a permanent and general international criminal jurisdiction. For these kinds of international jurisdictions the *amicus curiae* is quite proper and, in fact, it has been incorporated in the Rules of Procedure and Evidence of the former Yugoslavia and Rwanda Tribunals under the control of the Trial Chamber concerned. Another type of international procedures in which the *amici curiae* could be useful, and even advisable, are those relating to the international judicial protection of human rights. For example, the report recalls that the procedure before the European Court of Human Rights provides for a sort of *amicus curiae* function.

26. In the case of the Court of the European Union the loosen forms of intervention allowed would seem to render useless *amicus curiae* as an alternative or additional means at the disposal of thirds. But, it may not be so in the case of courts or arbitration panels established within other regional political unions, common markets or trade areas. Furthermore, in some specialized or technical areas, for example, investments, trade, environment, etc. *amici curiae* could be acceptable.

27. If the Commission would like to incorporate a reference to *amicus curiae* in the Draft Resolution it should proceed, in my view, along general lines as the following : 1) it should become the object of a new section so as to keep *amicus curiae* apart from intervention ; 2) the scope should be circumscribed to certain particular or special procedures as agreed by States ; 3) the incorporation of *amicus curiae* to the procedure by using the court's powers to adopt its own rules of procedure should be controlled by the statute or conventional instrument instituting the court in question as interpreted ; and 4) the *amicus curiae* individual participation should be by authorization of the court and not as of right.

5. The indispensable third State (the so-called “indispensable parties” question)

28. I am very satisfied with your general approach to the question of the so-called “indispensable parties”. So long as the matter is kept within the limits of the *Monetary Gold* rule as defined by the ICJ, as the report does, I can follow you all the way because we remain within the overall principles of the consensual jurisdiction as it operates in an international legal order built on the sovereign equality and individual responsibility of States. In fact, the *Monetary Gold* rule is not more than a form of explaining the effects of the application of the principle of the consensual jurisdiction to certain specific and rather exceptional situations originated not in the third State concerned itself but by the very parties to the case before the Court or by one of them.

29. The absence from the proceedings of a given third State or States cannot debar *as such* an international court or tribunal from the jurisdiction it holds from the mutual consent of the States parties to the case. The ICJ Statute does not envisage anywhere that a third State could block proceedings in a case for which other States, the parties to the case, have consented to the jurisdiction of the Court. Third States cannot veto jurisdictional agreements or understandings between States parties to a dispute as between themselves. These agreements and understandings are *res inter alios acta* for third States. But, conversely, the mutual consent of the States parties to a given case cannot vest upon an international court or tribunal with jurisdiction vis-à-vis a third State (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). The States parties cannot impose upon a third State an unwelcome jurisdiction with the argument that that jurisdiction is “indispensable” for the subsequent unfolding of the proceedings in their case, or with any other argument, and international courts and tribunals do not possess either the power to direct that the third State concerned be made a party to those proceedings independently of its will.

30. But, what is it meant by saying that the parties to the case cannot confer the international court or tribunal with jurisdiction vis-à-vis a third State ? That they cannot vest the court or tribunal concerned with the power

to adjudicate on rights or obligations of the third State, namely to decide with binding judicial force what are those rights or obligations. This is the rule of the *Monetary Gold* and subsequent relevant jurisprudence in the *Nicaragua*, *Nauru* and *East Timor* cases. But, between the concept of decide, judicially, on third States rights or obligations and the fact that a legal interest of the third State may be affected or touched by the decision of the Court in the case as between the parties there is an abyss which should not be crossed if one desires to remain within the system of the ICJ Statute and of the international judicial and arbitral procedures in general.

31. A new theory on the so-called “indispensable parties” crosses precisely that line and this explains, in turn, its rejection by the ICJ. That theory is in contradiction with the law of treaties, the principle of jurisdiction based upon the consent to the parties to the case of the ICJ Statute, the definition and individualization of judicial disputes by reference to *parties*, *object* and *causa petendi*, the very wording of individual provisions of ICJ Statute as, for example, Article 62, etc. The legal remedies against situations in which the decision of the Court affect or may affect the legal interests of third States provided for by the system are, after the judgment, the principle of *l'autorité relative de la chose jugée* of general application and, *pendente litis*, the recognized forms of intervention of Article 62 and 63 of the Statute (see my article “The new theory of ‘indispensable parties’ under the Statute of the International Court of Justice” in the *Erik Suy Liber Amicorum* to be published soon).

32. The situations to which the *Monetary Gold* rule applies are quite different and they do pose to the ICJ a true problem for the exercise of the jurisdiction or competence that the Court holds from the State parties. Why ? Because in these situations, as it is so well explained in the report, as a result of the manner in which the parties to the pending case have defined the object of their instituted dispute, and/or formulated their respective claims within such a dispute, the adjudication by the Court of the pending case would imply necessarily the prior adjudication of another dispute not between those States parties but between them or one of them and a third State. The Court cannot obviously adjudicate this prior dispute without the consent of the third State without breaching the consensual

jurisdiction principle. So if the third State's consent to jurisdiction regarding the prior dispute is missing, the Court has no alternative but to decline to exercise jurisdiction in the pending case as instituted and defined by the States parties thereto.

33. Thus, there are situations and situations. Not every situation involving a third State is governed by the *Monetary Gold* rule, but only those in which a Court's decision on rights or obligations of the third State is a central prerequisite for deciding the pending case as between the parties. It follows that I agree with the findings, and related underlying considerations of the report. They are quite good and reflect accurately, in my opinion, the jurisprudence of the ICJ as well as the situation in general international law.

34. A note of caution as to the use of the expression "indispensable parties". It has the advantage of being short and is also used in doctrine. However, as a form of describing the actual problem addressed it is a quite equivocal term indeed. Probably, it was first couched within domestic law in connection with certain allowed defences as, for example, "the failure to join a party" of the United States Federal Rules of Civil Procedure (see Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, 1967, p. 12, note 27) and it may be that, within that legal environment, the expression carries along no ambiguity at all. But this is certainly not the case in the context of international judicial and arbitral procedures.

35. Who are in these latter procedures the so-called "indispensable parties" ? Simply, States who are a *third* with regard to the instituted dispute. It would be therefore more appropriate to speak of an "indispensable third". The consent to jurisdiction of the States parties to the case before an international court or tribunal is always "indispensable", while the consent of a State in the position of a third vis-à-vis such a dispute is, as a general rule, "dispensable" except in the quite exceptional *Monetary Gold* situations. As the ICJ stated in the *Nicaragua* case "The circumstances of the *Monetary Gold* case probably represent the limit of the power of the Court to refuse to exercise its jurisdiction" as between the parties to the pending duly instituted case (*ICJ Report 1984*, p. 431, para. 88).

36. Up to now, the so-called “indispensable parties” argument has been invoked mainly by one or another party eager to disengage from the effects of a previously given consent to the jurisdiction of the Court in the pending case, namely as a party exception. This has coloured the “indispensable parties” defence with a certain halo of substitution of the third State itself who, in most cases, has remained silent on the procedure followed at the Court by the parties to the dispute, the exception being to some extent the *Nicaragua* case. Although this question has not yet been addressed, I do think that the point of how the eventual silence or not of the third State should be interpreted by the international court or tribunal concerned would deserve some consideration in general as well as in connection with eventual *ex officio* determinations.

37. On the other hand, if the third State wishes to convey its views to the Court on the matter other procedural questions arise. For example, how this should be done by the third State ? by direct official or *extra ordinem* communications to the Court, through the party invoking or opposing the “indispensable parties” objection, in connection with the filing of applications or declarations of intervention by the third State ? For example, in the *Land, Island and Maritime Boundary Dispute* between El Salvador and Honduras, Nicaragua invoked the *Monetary Gold* rule in its application for permission to intervene. It is not easy to reply to these and other quarries.

38. In any case, as so clearly stated in the report interventions under Article 62 of the ICJ Statute are not a remedy to an “indispensable party” situation. The so-called “indispensable parties” situations have a specificity of their own and should not be confused with “intervention”. I fully agree therefore with your separate treatment of both questions in the tentative Draft Resolution.

6. The particular issue of disputes involving international law *erga omnes* rights or obligations

39. Section VI of the report deals with a very important and timely question. I have read it with pleasure, being furthermore in agreement

generally speaking with most of its main considerations and findings. The tentative Draft Resolution is however silent on disputes involving *erga omnes* rights and obligations. I assume that you decided to keep the question open while waiting for eventual comments and observations from the Members of the Commission.

40. The consent to jurisdiction principle admits no derogations on the account of the nature of the substantive rights and obligations involved in the international dispute in question, as confirmed by the ICJ in the *East Timor* case. No special consequence derives from the standpoint of the establishment and scope of the jurisdiction or competence from the fact of the eventual involvement in the case of rights or obligations of an *erga omnes* nature. I fully agree therefore with the finding of the report that the violation of an *erga omnes* obligation in no way affects the fundamental principle of consent to jurisdiction.

41. But, the fact that the jurisdiction of international courts and tribunals is always consensual does not amount in itself to a denial of *erga omnes* rights and obligations in international law. The existence of those rights and obligations has been the object of recognition in certain international law instruments and codification drafts, by doctrine and by the jurisprudence of the ICJ (Examples : *Barcelona Traction*, *East Timor* and *Genocide Convention* cases). The 1995 Judgment on Preliminary Objections in the latter of those cases states, for example, that the rights and obligations enshrined by the Genocide Convention are rights and obligations *erga omnes* and that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not *territorially* limited by the Convention (paragraph 31 of the Judgment) and the 1995 Judgment on East Timor that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character (*ICJ Report 1995*, p. 102, para. 29).

42. The existence in international law of *erga omnes* rights and obligations has been recognized and it is this recognition which, as indicated in the report, leads immediately to the question whether action before the Court would be possible by any State who has a jurisdictional

link to the violator of the obligation. On the basis of the *Barcelona Traction* and the *East Timor* jurisprudence, the report concludes that it seems logical that in *erga omnes* rights or obligations cases action would be possible by every State who has a jurisdictional link with the violator of the obligation. I agree likewise with this important conclusion on the basis of logical as well as legal considerations.

43. One of the uncertainties in the matter would seem to result from the definition of obligations *erga omnes* as obligations towards the international community as a whole or towards the community of States. The translation of such a definition in procedural judicial rights is not indeed easy because difficulties relating to the subjectivity of the *omnes* in international law and to its representation in court's proceedings. But if we formulate for procedural judicial purposes, as we should, the definition in terms of obligations towards all the States units that make the international community up much of these difficulties would disappear.

44. The fact that the directly injured State and/or other States may abstain, for whatever reason, from bringing before an international court the alleged violator State is not an "obligation to suit". Every sovereign State is free in all circumstances to exercise the right to suit for redress in court that it may have in the case against another State. Thus, the decision of the directly violated State not to sue the violator may be ignored. Moreover, the sharing in the "right to suite" for the protection *erga omnes* rights or obligation against alleged violations would not necessarily lead to the institution of identical or similar disputes with the violator. The scope and object of the dispute, *petitum* and *causa petendi*, may differ from case to case and, particularly so, between cases brought before the court or tribunal by the directly injured States and cases instituted by other States. It is quite natural that directly injured States seek, for example, reparation or compensation for the harm made to them, while for other States satisfaction through a declaratory judgment may be a sufficient judicial redress.

45. The right to suit has been defined in some well known cases by reference to criteria akin to principles and conditions of the action or legal power to bring a case before a judge or court set forth in domestic procedural laws. But whatever its justification may be at the international

level - the matter could also be approached from the standpoint of the requirement of the existence between the parties of a legally justiciable international dispute, it is generally accepted that in international judicial procedures for the success of its application the applicant State should have a right of its own to seek protection in court of the substantive rights object of the dispute or, at least, a legal interest to act in view of such a protection.

46. Thus, while *erga omnes* rights and obligations do not affect, in one way or another, jurisdiction, they do have a bearing on the *admissibility of applications*. In this respect they do "involve more than two States". Thus, the matter has a place in the Draft Resolution assuming always, as indicated, the existence *in casu* of a proper jurisdictional link between the applicant and the respondent. If every State is a subject of *erga omnes* rights or obligations and has a legal interest in their fulfilment, it must have the power to act in court for that protection. There is no reason to limit the right of protection to international political or diplomatic demarches or procedures. The success of the application of a State not directly injured should not be subject therefore, in such kind of disputes, to prove *in casu* in the face of exceptions by the respondent State that it has a right to sue him in court. The matter would have been solved by operation of the corresponding primary and secondary rules of international law. The main question at issue would be therefore of a different kind, namely whether the rights or obligations alleged to have been violated are or may be qualified as *erga omnes*, as invoked by the applicant State.

47. For the purpose of the Draft Resolution we need only to presuppose the existence of international law *erga omnes* rights and obligations, without definitions or identifications, and to formulate its legal effects in the field of the admissibility of applications by States other than the directly injured State I would suggest therefore to avoid bringing into the picture questions relating to the formal sources of *erga omnes* rights or obligations, to the concept of peremptory norms (not everyone might consider every right or obligation *erga omnes* as necessarily *jus cogens*), to the distinction between "delits" and "crimes" of the ILC Draft on State Responsibility, and to "contramères" or "sanctions". On the other hand, *erga omnes normes* of international law should always be distinguished from eventual *erga*

omnes unilateral commitments that States may assume. It is obvious that only *erga omnes normes* give raise to the right to suit under consideration.

48. Finally, I do not think that the *erga omnes* rights or obligations are susceptible of changing by themselves the *forms of intervention* as expressed in the statute or constituting instrument of a given international court or tribunal. I consider that - in cases involving violation of *erga omnes* rights or obligations - States other than the directly injured State have a general right to suit in court the author of the violation providing that there is a jurisdictional link between both States. If this is not the case or the State concerned does not wish to exercise its right to suit as a principal party, such a State could still become an intervening State in accordance with the forms of intervention of Articles 62 and 63 of the ICJ Statute. For the intervention alternative no jurisdictional link is necessary, but it would require the existence before the Court of a pending relevant case between another State and the alleged violator State.

Reply of Mr. Giorgio Gaja (12 May 1998)

...

1. If I remember correctly, when our Commission met in Lisbon there was some agreement to the effect that in drafting our resolution we should look beyond Articles 62 and 63 of the ICJ Statute and their interpretation. If we hold on to that idea, our main purpose should be not to express views on the Statute, but to suggest ways of giving adequate protection to the interests of third States while not discouraging States from submitting their disputes to judicial settlement. I believe that if some of your proposals were reworded accordingly, they would probably seem less controversial.

2. A judgment may affect the position of third States whether they have intervened or not. Third States may find it more difficult to assert their rights or deny their obligations once the judgment has been given. The *Nauru* case provides an apt example : the Court acknowledged that the legal position of New Zealand and the United Kingdom would have been affected

by a judgment to be given between Nauru and Australia (*ICJ Report* 1992, p. 261). I do not fully understand the idea that an intervening State, though not bound by the Court's judgment, would have to bear some effects that do not apply to a State that has not intervened. An estoppel could come into consideration only insofar as the intervening State has failed to claim some rights in its intervention.

3. With regard to the interpretation of multilateral treaties Article 63 of the ICJ Statute envisages a type of intervention that has met only very limited success in practice. This may be due to the fact that States are reluctant to accept the idea of becoming formally bound by the Court's interpretation of a treaty. Perhaps we should suggest a more limited form of intervention for States that are parties to a multilateral treaty. The same type of intervention could be offered to States that are parties to treaties that are identically or similarly worded to the treaty under dispute.

4. Whenever a State has to be regarded as an "indispensable party" and the original parties to the case do no object, intervention may not be the proper solution, but there should be some procedural machinery for allowing the third State to become a party to the proceedings.

5. Intervention is currently hampered by insufficient knowledge of the issues that are raised in a pending case. States should have earlier access to written pleadings and documents if they can show that they are entitled to intervene.

**

3. Note by Mr. Rudolf Bernhardt (19 June 1998)

...

Enclosed you find a new version of my suggestions for a Draft Resolution to be submitted to the *Institut de Droit international*'s meeting in Berlin next year.

I would like to add the following remarks :

1. I have carefully read all comments and suggestions submitted by the members of the Commission. When comparing the new text of the Draft Resolution with the former one, you will find that a considerable number of suggestions have been taken over.

It is obvious that there exist and remain different opinions among the members of the Commission on several crucial points, e.g. in respect of the position of intervenors in pending cases or in respect of "indispensables parties". The enclosed text contains my proposals based on a careful scrutiny of the actual legal situation and the opinions of my Confrères.

2. In the new text of the Draft Resolution, you find a new Section II, "Disputes with three or more States Parties". This also reflects suggestions made by several colleagues. The original draft did not contain such a section since I considered it difficult to say more than the state that the consent of all States involved is required. But I am now convinced that the new section is necessary.
3. My draft is based on the assumption that the Resolution should reflect the situation *de lege lata*. Proposals *de lege ferenda* should not be excluded, but they must remain identifiable as proposals for new legal developments. Paragraph 15 of the draft (intervention in cases of *erga omnes* obligations) is an example for a statement *de lege lata* irrespective of eventual wishes for the future.

...

Suggestions for a Draft Resolution

I. Principles

1. Consent of all States concerned remains the basis of the jurisdiction of international courts and tribunals. Binding dispute settlement in cases between more than two States therefore requires consent of all States involved. Without this consent, only partial solutions are possible.

2. It is highly desirable that, also in disputes involving more than two States, all States concerned agree on a binding settlement by the decision of an international court or tribunal.

3. Even if some general tendencies and a similarity of rules on intervention and other forms of third-State participation can be identified in statutes and rules of international courts and tribunals, each institution and its rules concerning jurisdiction and procedure can contain specific and unique features. Therefore, the interpretation of the relevant texts is the starting point in all cases involving more than two States.

II. Disputes with three or more States Parties

4. If two or more States have identical legal interests in a dispute, nothing prevents them from taking joint action and from applying jointly to an international court or tribunal. But such a joint action can only be successful if jurisdictional links exist between all States involved on both sides of the dispute or if all these States agree *ad hoc* to the settlement.

5. Unilateral applications to a court or tribunal by one or more States directed against more than one State on the defendant side require normally parallel and separate procedures and judgements if no agreement can be reached to join the cases.

6. A joinder of pending cases can be ordered by the court or tribunal without the consent of the States involved only if the relevant texts including the Rules of Court permit such a joinder. In principle, no State can be compelled to act in concert with another State having similar or identical interests.

7. The procedural implications and consequences of a joinder of cases or common proceedings without a formal joinder must be determined by the court or tribunal with due respect for the requirements of a fair procedure.

III. Intervention

8. Intervention by third States in legal proceedings between two States is, in principle, an appropriate means to protect the interests of these third States, even if it carries inherent restrictions and limited consequences.

9. Intervention by a third State does not mean that this State becomes a “party” to the dispute. Third States cannot put forward their own claims when intervening. Parties and intervenors have different positions and functions which cannot be combined without special agreements.

10. The two main types of intervention are defined in Articles 62 and 63 of the Statute of the International Court of Justice : (a) Intervention by third States in cases where they consider that they have “an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case” ; and (b) intervention by third States Parties to a multilateral treaty.

11. Interventions in cases concerning the construction of multilateral treaties (Art. 63) do not raise serious problems since the prerequisites as well as the consequences of such interventions are adequately circumscribed in the relevant texts : the third State must be a Party to the treaty (as a rule after having ratified the treaty), it has a right to intervene and to participate as an intervening State and is bound by the construction given to the relevant treaty provisions by the Court.

12. Intervention under Art. 62 of the ICJ Statute and similar texts in other statutes mainly require the presence of a legal interest on the part of the intervening State, that means that rights of this State under public international law can be affected by the final decision. Whether the State can claim such a right and whether it may be affected by the decision of the Court has to be determined by the Court according to the specific features of each case. In deciding whether to admit or reject a request for intervention, the Court enjoys no discretion.

13. Interventions do not require the existence of a special jurisdictional link between the parties to the dispute and the third State. The Statute of the ICJ forms a sufficient basis for such interventions.

14. Formally, the final decision of the Court does not have the character of *res iudicata* for the intervening State, nor is it binding on the latter under Article 59 of the ICJ Statute. But there are good reasons to assume that since the intervening State was able to present and argue its legal position before the Court, it is estopped from later claiming [it cannot later claim] that the Court's decision concerning the eventual rights of the intervenor is wrong.

15. The rules applicable to intervention remain unchanged also in cases where *erga omnes* obligations are at stake.

16. The following other rules and principles apply to intervention :

a) Interventions are possible when the merits of the case are being examined as well as in proceedings confined to preliminary objections (including problems of jurisdiction and admissibility) and the indication of interim measures of protection ; at least in exceptional cases, decisions made in such proceedings may affect the legal interests of third States.

b) The intervening State is not entitled to nominate a judge *ad hoc*.

c) In principle, the intervening State may take part in the written proceedings as well as in the oral hearings. The extent of such participation depends on the relevant rules of the Court and on its power to conduct the proceedings in an effective and equitable manner.

IV. *Amicus Curiae*

17. Independently of the rules governing intervention, international courts and tribunals are, in principle, entitled to hear third States (as well as other persons and institutions) as *amici curiae*. Being the masters of their own procedure, courts and tribunals may autonomously adopt and apply rules on this issue. The hearing of *amici curiae* should, however, remain dependant on a special authorization given by the court or tribunal.

V. "Indispensable Parties"

18. Third States can be “indispensable [parties]” in disputes pending between two other States and submitted to an international court or tribunal, in the sense that a decision on the merits of the dispute necessarily requires, as a precondition, a decision on the rights of the third State. Intervention does not solve the problems in such cases ; what is at stake is the jurisdiction and competence of the court or tribunal.

19. As stated in paragraph 1 above, any decision on the legal aspects of a case requires the consent of all States involved. Without such consent, no decision on the merits or only a partial one is possible. Neither the parties before the court or tribunal nor the third State can be compelled to accept the jurisdiction of the court or tribunal in relation to that third State. Consensus is so far essential.

20. If the rights claimed by the third State are at the core of a dispute submitted by other States to a court or tribunal and if a decision is impossible without a prior finding as to the rights of the third State, the court or tribunal must decline to decide on the merits, unless that third State is or becomes a party to the proceedings.

21. If the reciprocal rights of the parties to the dispute can be separated from the rights of a third State, the court or tribunal may decide the part of the dispute relating to these reciprocal rights and shall decline jurisdiction (or refuse to give a decision on the merits) in respect of the rights of the third State.

*

Reply of Mr. Felipe H. Paolillo (21 July 1998)

...

The new text you have submitted to us constitutes a very good basis for our discussions. I have a general comment on the Draft Resolution as a

whole and, in addition, I have comments on some particular articles and suggestions to amend some of them.

My comment on the Draft Resolution as a whole is the following : I agree that the first part of the resolution must deal with general principles, followed (Part II) by rules relating to the structure of the proceedings when the dispute involves more than two parties. I have had no time to examine Part II in detail ; for this reason I refrain from commenting its content.

Then, when we come to "Intervention" it is my view that in this Part the Commission should propose a series – as complete as possible – of rules, the application of which could be recommended in cases of absence of applicable law. I see some logic in stating first the general principle according to which this State participation is governed by the statutes and rules of the competent court or tribunal (this is the meaning, I believe, of article 3 of your draft, for which I propose an alternative draft, see comments below), and then setting up the concrete rules the Institute recommends for application in cases where there are no applicable statutes and rules. Therefore, in Part III we should formulate rules dealing with all aspects of intervention (in what cases, what States, when, how, rights and duties of intervening States, effects of the decision, etc.). Those rules may, or may not be the same as those contained in articles 62 and 63 of the Statute of the ICJ and articles 81 to 86 of its Rules of Procedure.

Indeed, Part III of your Draft Resolution deals with several of those matters, but I have the impression that further elaboration and the addition of some rules are necessary, in order to submit to the Institute a sort of "code of conduct" for intervening States.

My comments on specific provisions of your draft are the following :

italics indicate changes

----- indicate deletions

Article 1

- The formulation of this principle may, perhaps, gain in precision if you refer to "States involved in a controversy" instead of "States concerned".
- Since you are formulating a general principle, it seems preferable to use "is" instead of "remains".
- It is not clear to me the meaning of the third sentence. I have the impression that nothing will be lost if it is deleted.

If these suggestions are acceptable, article 1 could read as follows :

"*The consent of --- the States involved in a controversy is* the basis of the jurisdiction of international courts and tribunals. Binding dispute settlement in *disputes* between more than two States --- requires the consent of all States involved. ---

Article 2

I do not think that this article is necessary. It is the reiteration of the general obligation of States to settle their disputes by peaceful means, applied to the case of disputes involving more than two States. In any case, if you decide to keep it, it seems better not to start by saying that "It is highly desirable". You are formulating a principle, not expressing a wish.

Article 3

If I understand it correctly, what this article says is that when there are statutes or rules in force, those statutes and rules apply to third-State participation in disputes involving other States. If this is the case, I propose the following text which states the same thing in a clearer and simple manner (I think) :

"Third-State participation in legal proceedings between other States is governed by the rules regulating the procedures before the competent court or tribunal. In the absence of such rules, the present resolution should be applied".

Article 5

I propose the following text, containing few drafting amendments :

"Claims by one or more States submitted to a court or tribunal against one or more States will be processed and adjudicated separately, --- if no agreement to join the cases is reached".

Article 6

It may be advisable to invert the sequence of the sentences : First, the general principle, and then the circumstance in which the court or tribunal may depart from that principle. The article, then, could read as follows :

"No State can be compelled to act in concert with another State having similar or identical interests. *However*, a joinder of pending cases can be ordered by the competent court or tribunal without the consent of the States concerned if the rules applicable to the case --- permit such a joinder".

Article 7

I do not understand the meaning of this provision

Part III - Intervention

Article 9

Only few drafting suggestions :

"Intervention by third States *in a dispute does not make the intervening States parties to the dispute*. *Intervening States cannot put forward their own claims relating to the dispute*. Parties and intervenors have different [positions and functions]"[rights and duties ?] that cannot be combined without special agreements. (I am not sure of the meaning of the last sentence and of the need to keep it).

Article 10

In my view this article should describe the situations where a State is allowed to intervene, using the language of the Statute of the ICIJ, but without making any reference to it. See supra my general comment on the Resolution as a whole. The provision should be read as follows :

"A State may intervene in a dispute between other States when : a) it considers it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case ; b) it is a Party to a multilateral treaty and the dispute relates to the application or interpretation of that treaty".

I think that this formulation is more appropriate for a resolution of the Institute.

Articles 11 and 12

My comments on these articles are similar to those on article 10. Why not to say the same things in a manner more attuned to the style of a resolution of the Institute, that is to say, as prescriptions or recommendations, and eliminating considerations such as those in the first three lines of article 11 ?

I do not agree with the last sentence of article 12. In deciding on this point, the Court (or "the court or tribunal" ? see my next comment) enjoys the same discretion or lack of discretion as when deciding on any other procedural matter regulated by the Statute.

Moreover :

In these articles – as well as in art. 10 and in some of the following – you seem to circumscribe your conclusions to the ICJ only (you refer to the ICJ Statute and to “the Court”, while in Parts I and II you referred to “the court or tribunal”. Was your intention to restrict the conclusions in this part to the ICJ only ?

Article 14

I do not know whether the Commission will go as far as you do in this article. Concerning the ICJ, the effects of its decisions are described in arts. 59 and 63,2 of the Statute, and we should not go beyond that. If the Commission accepts the assumption you propose in this article, then again my comments on this provision refer to the stylistic approach you have adopted. Wouldn’t it be more appropriate to set the same idea in a prescriptive form, such as the following ? :

“An intervening State is estopped from claiming on questions decided by the court or tribunal in the dispute in which the State has intervened”.

I have the impression that in dealing with this matter, a distinction has to be made between decisions involving the construction of multilateral treaties and other decisions.

Article 16

Split it into three separate articles. My suggestions :

“Article 16 :

Third States may intervene in preliminary proceedings, in proceedings for the indication of provisional measures and in proceedings on the merits of the case when the decisions adopted in such proceedings may affect their legal interests”.

“Article 16 bis :

The intervening State is not entitled to nominate a judge *ad hoc*”

“Article 16 ter

--- *In the absence of pre-established rules regulating the intervention of third States, the court or tribunal before which a third State is intervening will decide the extent of that intervention”.*

Part V

As to Part V, I think that only article 20 and 21 are worth retaining. Article 20 should use the language used by the ICJ that, by the way, has recently confirmed its views on this matter in the Cameroon vs. Nigeria Boundary case, Preliminary Objections, Fourth Preliminary Objection, paras. 74-83. Article 20 should, then read as follows :

If the interests of a third State constitute the very subject-matter of the judgment to be rendered on the merits of a dispute submitted to a court or a tribunal by other States, --- the court or tribunal must decline to decide on the merits, unless the third State becomes a party to the proceedings”.

Reply of Mr. Ranjan Amerasinghe (22 July 1998)

...

1. I wonder whether we should not deal with the situation where a third State which is an indispensable party or contends that it is one wants to *intervene* but only to argue the point that it is an indispensable party and that the court or tribunal *should* not deal with the case - *i.e.* to raise an objection to jurisdiction but not to participate otherwise in the case. This could have happened in the *El Salvador/Honduras Case* conceivably but it did not. The third State wanted to participate in the case. What if it wanted only to argue that it was an indispensable party? States may not wish to submit to the jurisdiction of the court even though they are indispensable parties.

There are no precedents on this but it may be worth addressing the issue.

2. Many of the provisions of the draft (revised) deal with the ICJ - see III, 10-16, particularly 16(b). Do we mean to extend the principles to arbitral tribunals, etc. as well? What about the position of the law of the Sea Tribunal? Should we not be trying to develop some general principles that apply *dehors* the particular provisions of the ICJ Statute and Rules.

3. Paragraphs 20-21 - they deal with the *East Timor Case* situation. Should not these paras be developed more clearly and in greater depth?

4. I have no serious comments on the draft report, insofar as it deals primarily with the ICJ situation. My only question is whether the report should not deal also with general principles of litigation in regard to intervention, indispensable parties, etc., which may have to be developed out of the ICJ practice? In this sense we may necessarily have to address some *de lege ferende* issues.

Reply of Mr. Shabtai Rosenne (17 August 1998)

...

I am wondering whether we are right in not including something to deal with the *Corfu Channel* type of case. You at p. 29 of your revised report discuss this, but I am not sure that you have really hit the nail on its head.

You will note that in my book on *Intervention* I have dealt with this under the rubric of Actions failing short of intervention, at page 169. In the new edition of my book on the Court, however, I have changed the emphasis and dealt with it under the rubric of the submission of evidence by a third State (vol. III at p. 1372).

The point, as far as our Commission is concerned, is the following. The question of “indispensable parties” really relates to the jurisdiction of the Court (or perhaps the admissibility of the case). My revised reading of the *Corfu Channel* implicitly accepts that the Court would not have had any jurisdiction if the UK had tried to impugn Yugoslavia in a formal submission (that is probably why they did not try to do so), and that Yugoslavia did what it did partly to prevent the Court from making any findings adverse to itself. But in the circumstances of that case, this was neither intervention, in the protective sense, nor strictly an *amicus curiae* function, since it dealt with facts, not the law.

Although the matter was not discussed last week at Geneva, I think you would be justified in including some sort of savings clause reserving the possibility of a third State submitting factual material to the Court in given circumstances. An explanatory note should refer more clearly than is done in your report to *Corfu Channel*.

Réponse de M. Prosper Weil (15 septembre 1998)

...

Structure du projet de résolution

1. Je trouve le plan de votre projet tout à fait judicieux. Je me demande seulement si la partie intitulée *Principles* ne pourrait pas faire l'objet d'un préambule, puisqu'il s'agirait de rappeler les principes fondamentaux qui inspirent les solutions que l'Institut se proposerait d'énoncer pour les diverses hypothèses étudiées plus loin. Mais c'est là une question de détail.

2. Il plane sur l'ensemble du projet une certaine ambiguïté en ce qui concerne son champ d'application. D'un côté, plusieurs paragraphes du projet visent tous les organes judiciaires internationaux (y compris sans doute les tribunaux arbitraux internationaux). D'un autre côté, les paragraphes 10-14 du projet se rapportent spécifiquement à la Cour

internationale de Justice. Votre rapport consacre lui aussi de longs passages aux articles 62 et 63 du Statut de la Cour et à l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence. Il me paraît souhaitable d'indiquer avec plus de précision si le projet vise spécifiquement la Cour internationale de Justice (avec les textes pertinents du Statut et du Règlement et l'interprétation qu'en a donnée la Cour), ou s'il concerne tous les tribunaux internationaux (tribunaux arbitraux inclus, ou non inclus), ou si le projet considère que les règles qui gouvernent la Cour internationale de Justice sont applicables *ipso jure* à tous les tribunaux, ou si l'Institut considère souhaitable que les règles applicables à la Cour internationale de Justice soient étendues à tous les tribunaux internationaux.

Les principes de base (qu'ils soient énoncés sous le titre *Principles* ou dans un préambule)

3. Vous avez raison de rappeler que la matière est dominée par le principe de consentement et de formuler le voeu qu'à l'avenir tous les Etats intéressés consentent à un règlement conjoint (même si c'est là, dans une large mesure, un voeu pieux). Il me semble cependant que cette première partie (ou ce Préambule) pourrait être complété et enrichi par deux idées que vous exposez dans votre rapport, à savoir :

- La fréquence – et donc l'importance – croissante du problème, notamment en matière maritime et d'environnement (page 3 du rapport). Dans un monde de plus en plus globalisé il sera moins facile qu'autrefois de limiter les différends à des rapports bilatéraux. Comme la jurisprudence récente de la Cour en témoigne, plusieurs Etats peuvent avoir des intérêts voisins, et parfois même identiques. Comme la jurisprudence récente de la Cour le montre aussi, les positions prises par la Cour au regard de deux Etats affecteront souvent des Etats tiers.
- La distinction entre le multipartisme procédural et le multipartisme de fond (j'emploie le mot *multipartisme* par simple commodité, pour ne pas avoir à recourir chaque fois à l'expression complète, très longue, de l'intitulé de la question). Vous évoquez cette distinction aux pages 3-5 de votre rapport, et elle se retrouve dans la structure du projet de résolution. Je

me demande s'il ne conviendrait pas de montrer dans la première partie (ou le préambule) que le problème du multipartisme se pose dans deux sortes de situations et se présente sous deux formes très différentes. Dans le cas de multiplicité de demandeurs ou de défendeurs, c'est, comme vous le dites, une question de procédure (dont l'affaire *Lockerbie* vient de montrer qu'elle n'est pas parfaitement réglée encore). Dans le cas de l'intervention ou des "parties indispensables", c'est un problème de fond. La distinction devrait peut-être être énoncée clairement.

...

Disputes with three or more State Parties

5. Il s'agit là des problèmes procéduraux nés de la multiplicité des parties demanderesses ou des parties défenderesses. En ce qui concerne la Cour internationale de Justice, la question est traitée à l'article 47 du Statut, qui prévoit que des instances peuvent être "jointes" (*joined*) et à l'article 31(5) qui évoque le cas où plusieurs parties "font cause commune" (*in the same interest*) ; cette dernière situation est également envisagée aux articles 36 et 37 du Règlement. La manière dont le problème s'est posé (et a été résolu) dans la récente affaire *Lockerbie*, ainsi que la Déclaration commune des juges Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva dans cette affaire, montrent que la question n'est pas complètement résolue s'agissant de la Cour internationale de Justice. Quant aux autres juridictions internationales, j'ignore comment les choses se présentent. Il me semble, en conséquence, que le projet devrait faire le point de la question, tant devant la Cour que devant les autres tribunaux internationaux, et distinguer nettement entre ce qui peut être considéré comme *lex lata* et ce que l'Institut regarde comme souhaitable sous l'angle de la *lex ferenda*, aussi bien devant la Cour internationale de Justice que devant les autres juridictions internationales. Quel est le rôle des textes constitutifs de la juridiction ? Quel est le pouvoir des parties ? Quel est le pouvoir du tribunal ? Quels rapports y a-t-il exactement entre "jonction des instances" et "cause commune" ? Cette distinction, si elle a un contenu, s'applique-t-il, ou devrait-elle être étendue, aux autres juridictions internationales ? Autant de questions que l'on peut se poser.

Intervention

6. Cette partie du projet de résolution me paraît particulièrement bien élaborée, sous la réserve, indiquée plus haut, de l'incertitude quant à l'extension des solutions indiquées (empruntées pour l'essentiel à la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice) aux autres juridictions.

...

Amicus curiae

8. Je me demande s'il est approprié de prévoir expressément la possibilité de cette procédure puisque vous montrez dans votre rapport (pp. 40-41) que, devant la Cour internationale de Justice au moins, elle n'a pas de spécificité ni d'utilité particulière.

“Indispensable Parties”

9. Le terme est commode, et couramment admis. Il peut néanmoins donner lieu à malentendu. Il n'est pas question de contraindre un Etat tiers à devenir partie à un litige, comme cela existe dans certains droits nationaux. L'Etat tiers est considéré ici comme “indispensable” en ce sens que s'il est absent du procès la question pendante entre les parties ne pourra pas être tranchée. Faut-il donner cette précision ? Je l'ignore.

10. C'est le paragraphe 20 du projet qui contient l'essentiel de la matière. Etant donné que la Cour internationale de Justice a élaboré la question de manière assez poussée, il faudrait qu'il apparaisse clairement si l'Institut se contente de répéter et confirmer la position de la Cour ou s'il suggère de lui apporter quelque modification ou complément. Est-ce volontairement que vous recourez à une terminologie (... *at the core of the dispute* ...) différente de celle de l'*Or monétaire* ? Il ne ressort pas non plus clairement du projet si celui-ci accepte, ou au contraire rejette, la nuance apportée par la Cour à la théorie de l'*Or monétaire* lorsqu'elle déclare, comme elle vient encore de le faire, en juin dernier, dans l'affaire

de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, qu'il ne suffit pas que la décision qu'elle est appelée à rendre ait, ou puisse avoir, des incidences sur la situation ou les intérêts juridiques d'un Etat tiers pour qu'elle cesse d'avoir compétence (para. 116) ; dans cette affaire, elle a estimé que la question de savoir comment sa décision affecterait les droits et intérêts d'Etats tiers et quelle incidence cela aurait sur sa compétence est une question qui n'a pas un caractère exclusivement préliminaire (*ibid.*). Compte tenu de cette jurisprudence, le projet de résolution me paraît appeler quelques précisions supplémentaires.

Les indications qui précèdent n'ajoutent rien de substantiel à votre rapport si riche et à votre projet de résolution si bien élaboré. Elle n'ont d'autre objet que de suggérer que, s'agissant d'une matière relativement élaborée dans les têtes statutaires et la jurisprudence (sans parler de la doctrine), il serait peut-être utile de préciser dans quelle mesure la résolution que l'Institut va adopter – et qui aura inévitablement une grande répercussion – codifie, complète ou modifie les données acquises du droit positif, notamment jurisprudentiel.

**

4. Note by Mr. Rudolf Bernhardt (28 September 1998)

In my view, the meeting in Geneva last August was extremely usefully. For the information of those who could not participate : From the members of the Commission, the colleagues Abi-Saab, Gaja, Guillaume, Rosenne, Shahabuddeen, Torres Bernárdez and myself were present ; also our Secretary General and, as guest, Confrère Gannagé, attended the meeting.

On the basis of the discussions in Geneva, I have - again with the support of Mrs. Oellers-Frahm - prepared a Revised Draft Resolution. I hope that the new Draft reflects the prevailing opinions, even if it is impossible to meet all wishes and to eliminate all controversial points.

For all members of the Commission and especially for those who were not present in Geneva, I would like to give two general explanations.

The question of *amicus curiae* has been discussed in Geneva ; however, it was decided not to include this topic in the resolution, but it should be mentioned in the report. Some reasons for this decision were : This question is not necessarily covered by the mandate of the Commission, since the *amicus curiae* is not a "a third" in a strict sense. Furthermore, the statutes and the rules of international courts and tribunals contain, in general, either no rules on this topic or provide for divergent solutions, obtaining, however, normally the same effect. It was also argued that the whole topic needs further research, even in a special new commission of the Institute. All in all, the prevailing opinion was that the institution of *amicus curiae* is still too vague and unexplored as to its implications and consequences, and that it should therefore be not included in the Draft Resolution. - The Rapporteur is still inclined to consider the inclusion of a short and admittedly vague paragraph in the Draft Resolution on the *amicus curiae* question useful, but I accept the arguments just summarized.

My second general remark concerns par. 16 of the present draft. The members present in Geneva were in general in favour of some binding effect of the judgment on the intervener, but the legal reasoning remained controversial. Some Confrères were of the opinion that the intervener should be qualified as a special party to which Article 59 of the ICJ Statute applies (as far as the judgment concerns the rights of the intervener). Other colleagues were invoking different arguments (*i.e.* estoppel). The text of par. 16 leaves it open on which basis the intervener may be bound by the judgment.

Revised Draft Resolution

September 1998

The Institute of International Law,

Reaffirming that judicial settlement is one of the most important means to settle disputes between States in accordance with the Charter of the United Nations ;

Noting that States do not make sufficient use of the possibilities of judicial settlement of disputes ;

Noting that international judicial dispute settlement is, in principle, bilaterally conceived, and that the increasing multilateral character of international relations requires an adaptation of the traditional dispute settlement rules ;

Conscious that the consent of States concerned remains the basis of the jurisdiction of international courts and tribunals and that the equality of States does not permit deciding a dispute between more than two States without the consent of all States involved ;

Considering that without such consent either no settlement or only partial judicial settlement of the dispute is possible ;

Adopts the following Resolution :

I. Principles

1. Binding settlement of disputes, whether between two States or between more than two States, requires the consent of all States concerned.
2. There can be identified some general principles and similarity of provisions concerning intervention and other forms of third-State participation in statutes and rules of international courts and tribunals ;

nevertheless each institution may contain in its rules concerning jurisdiction and procedure specific and unique features. Therefore the interpretation of the relevant texts is the starting point in all cases involving more than two States.

3. All principles concerning intervention and other forms of third-State participation valid for the International Court of Justice can also be applied to proceedings before other international courts and tribunals, which do not provide themselves for such rules.

4. The principles concerning intervention and other forms of third-State participation apply also in cases involving *erga omnes* obligations.

II. Disputes with three or more States Parties

5. Where two or more States have identical legal interests in a dispute they should consider to apply jointly to an international court or tribunal. The joint action can only be undertaken if a jurisdictional link already exists between all States involved or if it is created *ad hoc*.

6. Unilateral application to a court or tribunal by one or more States directed against more than one State on the defendant side requires normally parallel and separate proceedings if no previous agreement between the States involved can be reached.

7. Under the relevant texts, including the Rules of Court, the court or tribunal may join pending cases or order common proceedings taking into account all the circumstances of the cases.

8. The procedural consequences of a joinder of cases or common proceedings without a formal joinder should be determined by the court or tribunal with due respect for the requirements of a fair procedure.

III. Intervention

9. Intervention by a third State in legal proceedings between two States is an appropriate means to protect the interests of that third State.

10. There are two types of intervention defined in Articles 62 and 63 of the Statute of the International Court of Justice : a) Intervention by a third State in cases where it considers that it has “an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case” ; and b) intervention by third States Parties to a multilateral treaty.

11. Intervention by a third State does not mean that this State becomes a “party” to the dispute. A third State cannot put forward its own claims when intervening. Parties and interveners have different positions and functions which cannot be combined without special agreements.

12. The consequences of intervention in cases concerning the construction of multilateral treaties (Article 63 of the Statute of the International Court of Justice and similar texts in other statutes) are explicitly circumscribed in the relevant texts. The third State must be a party to the treaty (as a rule after having ratified the treaty), it has a right to intervene and to participate as an intervener. The parties to the case as well as the intervening State are bound by the construction given to the relevant treaty provisions by the court or tribunal.

13. Intervention under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice and similar texts in other statutes requires the existence of an interest of a legal nature on the part of the intervening State, that means that rights of this State under public international law can be affected by the final decision. Whether the State can claim such a right and whether it may be affected by the decision of the court or tribunal has to be determined by the court or tribunal according to the specific features of each case. When the court or tribunal has found a legal interest to exist the State applying for intervention should be admitted as intervener.

14. The Statute of the International Court of Justice and provisions in other relevant texts form a sufficient basis for intervention. Intervention does not require the existence of a jurisdictional link between the parties to the dispute and the third State.

15. The decision concerning the admissibility of the intervention is binding on the parties and the intervener.

16. Formally the decision of the court or tribunal on the merits of the case does not have the character of *res iudicata* for the intervening State, nor is it binding on the latter under Article 59 of the Statute of the International Court of Justice. A State that has been admitted to intervene can, however, not afterwards contend that the decision is not binding upon it in the relevant part(s).

17. The following other rules and principles apply to intervention :

a) Interventions are possible when the merits of the case are being examined as well as in proceedings confined to matters of jurisdiction and admissibility ; in exceptional cases, it should be possible also in preliminary phases such as the indication of interim measures of protection.

b) When a State intends to consider whether to intervene, it may request the court or tribunal to give the necessary information. The court or tribunal decides after ascertaining the views of the parties.

c) A State that has been admitted to intervene may introduce proceedings concerning the interpretation or revision of the judgment if the preconditions for these proceedings are given with a view to the part(s) of the decision concerns the intervener.

d) The intervening State is not entitled to nominate a judge *ad hoc*.

e) The intervening State has the right to take part in the written and oral proceedings. The extent of such participation depends on the relevant rules of the court or tribunal and on its power to conduct the proceedings in an effective and equitable manner.

f) With the consent of all parties to the case an intervenor which intends to do so, may become a full party to the proceedings.

IV. "Indispensable Parties"

18. If the rights or obligations of a third State are at the core of a dispute submitted by other States to a court or tribunal and if a decision on that dispute is impossible without prior decision as to the rights or obligations of the third State, the court or tribunal cannot take such a decision unless that third State is or becomes a party to the proceedings. This third State is an indispensable party to the dispute.

19. If the rights or obligations of the parties to the dispute can be separated from those of a third State, the court or tribunal may decide on that part of the dispute relating to these rights or obligations.

20. In order to enable the court or tribunal to decide the entire dispute, all States involved should agree that the "indispensable party" becomes a full party to the dispute settlement procedure.

*

Reply of Mr. Stephen M. Schwebel (6 October 1998)

...

I have however read the text of the Revised Draft Resolution of September 1998 with high interest and appreciation. I find it excellent, not least because I am broadly in agreement with it.

Permit me to convey with this letter a few minor drafting and other comments.

Fifth preambular paragraph : for "allow to decide" substitute : "permit deciding".

Operative paragraph 5 : for "to apply" substitute : "applying". In the next sentence, delete "The" before "joint action".

Operative paragraph 6 : for “on the defendant side” substitute “as defendants”; and delete “normally”. (The latter is a substantive suggestion. My understanding is that the practice of the International Court of Justice is to effect joinder only with the agreement of the parties being joined, a practice which I believe is sound. It is difficult to force joinder upon parties that prefer to proceed and plead separately).

Operative paragraph 17(b) : I recommend that the substance of this provision be reconsidered. It is in conformity with the practice of this Court. But I have long been of the view and remain of the view that that practice - which is thin - is unsound. If the Court makes the availability of the pleadings subject to the views of the parties, as bare Court practice does and this text imports, the result is that, if a party is predisposed against intervention, it declines to agree to share the pleadings. The prospective intervenor is then placed at a severe disadvantage. Without the pleadings, it may have difficulty in deciding whether or not to intervene ; and if does decide to intervene, it does so in some ignorance of the positions of the parties. I would prefer a provision stating in substance : “When a State is considering whether to intervene, it may request the court or tribunal to provide it with copies of the pleadings, which request shall be granted in the absence of a judicial decision to the contrary”. And why shouldn’t the pleadings be made available to another State? After all, they are made public when oral hearings begin.

Operative paragraph 17(c) : for “given with a view to” substitute : “met in respect of”.

Operative paragraph 20 : for “should” substitute “must”.

Reply of Mr. Shabtai Rosenne (13 October 1998)

...

Please drop the second preamble. There is no way of knowing whether sufficient use is being made of the possibilities of judicial settlement of international disputes. Formal statistics are not the only

criterion, and can be misleading. I believe that a good lawyer will do his best to keep his client out of court.

Regarding paragraph 1, I suggest the following opening words : *The judicial settlement of international disputes...*

At the end of paragraph 3, I do not think we can possibly include the words *which do not provide themselves for such rules*. The effect of their inclusion would be to open up the possibility of intervention by third parties in a bilateral arbitration case. That would be most undesirable, unless the arbitral *compromis* made provision for that. I think that paragraph 3 should be made subject to the provisions of the instrument under which the court or tribunal is acting.

I do not understand paragraph 4 and think that it should be dropped.

In paragraph 6, in the middle line, replace *on the defendant side* by *as respondent*. This is purely a matter a language.

Paragraph 10 as drafted is far too wide. The intervention cannot simply be by any State which is a party to a multilateral treaty simply because it is a party to that treaty. The intervention must be limited to the provision or provisions of the treaty the construction of which is in issue.

In paragraph 12, drop the expression in brackets (*as a rule after having ratified the treaty*). It is redundant, and to some extent insufficient as it fails to take into account other methods by which a State may become bound by a treaty, notably accession, and notification of succession. It also fails to take into account the problem of the “final clauses” of a treaty in light of article 24(4) of the Vienna Convention of the Law of Treaties.

In paragraph 13, it is not merely the possession of a legal interest that justifies Article 62 intervention, but a legal interest that might be affected by the decision in the case. This should be clarified.

In paragraph 17, Provisional Measures are not necessarily preliminary and may be requested at any stage of the case. I think *incidental* is what is intended.

Subparagraph c is not clear to me.

Subparagraph d is completely unacceptable and its retention could prejudice the whole resolution. There is no justification for it in the Statutes of the two current standing international courts, the International Court of Justice and ITLOS. I think it is based on a misreading of a pronouncement by the International Court in the *qualités* of a judgment. I do accept that no judge *ad hoc* can be appointed *before* the intervention is admitted. What happens *after* the intervention is admitted is an open question which we should not prejudice. Proceedings in an *ad hoc* Chamber of the International Court, when the Intervener gave up its initial request about the formation of that Chamber, are no guide to the more general question. I am not satisfied that Rules 103(4) and 104(3) of the Rules of the ITLOS are compatible with the Statute of that Tribunal.

Reply of Mr. Mohamed Shahabuddeen (29 October 1998)

...

The general approach taken by the received position

The arguments underlying the received position turn on the purpose of an intervention. The purpose is seen to be to protect the intervener's legal interest, in the sense of ensuring that it is not affected by a possible decision in the case between the parties. That purpose is adequately served by merely giving information to the Court with a view to ensuring that a judgement having that consequence is not given as between the parties which have brought the case. The purpose does not extend to the securing of a judgement in relation to the merits of the legal interest sought to be protected by the intervention. Hence, the intervener is not a party to the case and is not bound by the judgement, even in respect of the particular point on which the question of intervention turned.

It follows that a jurisdictional link is not required for an intervention. As I understand the general view, even if there is such a link, the intervener is still limited to giving information ; it remains a non-party, and is accordingly not bound by the decision even as it relates to the point on which the request for intervention was made.

I discuss below some aspects of this approach.

Why should not the intervener be able to participate in the substantive proceedings?

One can see the point of a holding that the failure of a third State to join in litigation between two others over the fixing of a tri-point of a land boundary concerning all three does not disable the court from adjudication as between the litigants before it. However, if in fact the third State intervenes, it is difficult to see why the judgement should not bind it also.

In general, it is not easy to appreciate why an intervention which is properly admitted under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice should not result in a definitive judgement on the subject-matter of the intervention as between all three litigants, and why correspondingly the intervener is not also a party. Take a case concerning a dispute between two parties as to ownership of territory but in which the intervener claims title to the whole. Simply to exclude the territory is to prevent a judgement from being given in relation to it altogether, even if a judgement could have been rendered in the absence of the intervention. On the other hand, if the intervener claims only part of the territory, to exclude that part may result in a distorted decision as between the two original States ; had the case proceeded on the merits as between all three States, it might turn out that that part of the territory rightfully belonged to one or the other of the original parties and not at all to the intervener. In either case, the true protection of the legal interest of the intervener may call for a definitive decision of the issues as between all three States.

Test it this way : Suppose that in such a case the intervener is not regarded as a party and is only allowed to furnish information. Suppose further that, as a result of this information, the Court abstains from adjudicating on any part of the territory. If there is a juridical link, the intervening States could then bring a separate action against the two original parties claiming title to the territory. The Court would then have to make a definitive determination as to title in relation to all three parties to the new case. Why should it have been necessary for a fresh action to be brought? One would have thought that the purpose of the institution of intervention was to achieve economy of litigation by reducing multiplicity of proceedings.

Does Article 62 create two categories of intervention?

In the *Gulf of Fonseca* case, the Chamber accepted "that, provided that there be the necessary consent by the parties to the case, the intervener is not prevented by reason of that status from itself becoming a party to the case" (*ICJ Rep 1990*, pp. 134-135, para. 99). Consent can, of course, be given either *ad hoc* or generally. Either basis could provide a jurisdictional link. Thus, as I understand the dictum of the Chamber, if there is a jurisdictional link, on any basis, within the meaning of Article 36 of the Statute, the intervener is not prevented from becoming a party to the case by reason only of its status as an intervener. In effect, where there is such a link, the intervener is a party.

What I thought the Chamber was saying was that, where such a jurisdictional link is absent, the intervening State is prevented from becoming a party but that it may still intervene, though in this case it would occupy the status of a non-party, furnishing information and not being bound by the decision even in so far as the Court upholds the intervention. It is with this view that I have difficulty : one in which the intervener is a party if there is a jurisdictional link, and another in which the intervener is not a party if there is no such link, with different consequences as to whether it is bound by the decision even in so far as this relates to the intervention. Is the wording of that short provision clear enough to support the making of so large a distinction?

A possible view

My view is that a state which is admitted as an intervener is always a party. This being so, the admission can only rest on the footing that there is jurisdiction, one way or another, under Article 36. Consent to that jurisdiction may be express ; but it may also be implied, as is suggested below.

The general question whether the intervener is a party

It seems to be accepted that, as might be expected, the idea of intervention was taken from municipal law. In the 1920 Advisory Committee of Jurists, the English model was discussed by Lord Phillimore, and the Dutch model by Judge Loder. (Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, June 16th - July 24th 1920, with Annexes, (The Hague 1920), p. 592). The report of the Committee commented as follows :

Lastly, the question of the right of intervention, a question which was not even mentioned in the project of the Court of Arbitral Justice of 1907, which was necessarily very short for reasons already given, and which question was only incidentally dealt with by the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes of 1899 in connection with the force of *res judicata* and the compulsory character of sentences by arbitration (Art. 56 ; Art. 84 of the 1907 Convention), is dealt with explicitly in this plan.

There are three possibilities : a party may wish to take sides with the plaintiff or defendant ; a party may claim certain exclusive rights ; or a party may request that one of the two contesting States should withdraw on the ground that it is not the real *dominus* of the rights which it claims. In this later case, intervention tends to become exclusion, but as a rule a State is content to take joint action with one of the parties : should this be allowed? The Committee replies in the affirmative, but on condition that an interest of a legal nature is involved. The Court is to decide whether the interest is legitimate and consequently whether the

intervention is admissible. To refuse all right of intervention, might have unfortunate results. The essential point is to limit it to cases in which an interest of a legal nature can be shown, so that political intervention will be excluded, and to give the Court the right of decision. (*Procès-Verbaux*, 1920, pp. 745-746.)

It appears from this that the Committee understood that a State which was permitted to intervene would naturally do so as a party ; in none of three hypotheses mentioned could the intervener be admitted otherwise than as a party. In 1981 the Court - and not an individual judge - states that in 1922 "it seems to have been assumed that a State permitted to intervene under Article 62 would become a 'party' to the case". (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta for Permission to Intervene*, ICJ Rep 1981, p. 15, para. 24). That was indeed the assumption. It is not easy to see why the autonomy of international law should be unable to bear the main elements of the borrowed municipal structure.

It is accepted that the deletion in 1945 of the words "as a third party" from the previous English version of Article 62 of the Rules "was not intended to 'change the sense thereof'", (*Ibid.*, p. 15, para. 25). The English text, as it previously stood, made it clear that the intervener was a party. If the deletion effected no change of substance, it followed that the intervener would continue to be a party.

What of the French text? According to Hudson, the "deletion of the concluding phrase in the English version of paragraph 1 of this Article (Article 62) brings it into correspondence with the French version". (Manley O. Hudson, "The Twenty-fourth Year of the World Court", *AJIL*, 40 (1946), p. 42). The French version did not have words corresponding to "as a third party", but it does not follow that the French version treated the intervener as a non-party. The 1920 discussions suggest that, on the French side, it was understood that the intervener would be "une partie", even if not "a third party". The French text of the first two sentences of the foregoing commentary in the Report of the Advisory Committee of Jurists reads :

Trois cas peuvent se présenter : une partie peut vouloir se ranger, soit près du demandeur, soit près du défendeur. Une partie peut faire valoir certains droits qui lui sont propres. Une partie peut demander que l'un des deux Etats en cause disparaîsse parce qu'il revendique. (*Procès-Verbaux*, 1920, p. 745)

Thus, the French text recognized that the substance of the matter was that an intervener was a party. What else could he be? Standard French legal textbooks treat the matter in that way :

Demandes incidentes émanant d'un tiers. Un tiers se mêle à un procès, auquel il n'était pas partie jusque-là, pour faire valoir ses droits qui pourraient être compromis par le jugement à intervenir entre les plaideurs primitifs : c'est *l'intervention volontaire*. (Alfred Jauffret, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, 14th ed. (1984), p. 13).

And again :

D'abord, les *parties à l'instance*. On ne conçoit pas une instance de nature contentieuse sans au moins deux parties : le *demandeur* (ou le requérant) qui a pris l'initiative de saisir le tribunal et son adversaire que l'on appelle le *défendeur*. Cette situation n'est d'ailleurs par immuable : il peut arriver que, durant l'instance, un tiers devienne à son tour à l'instance, au moyen d'un acte que l'on appelle une *intervention*. (Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, 5th edition (1993), p. 494, para. 543).

It is true, as Judge Oda observed, that there "is in the records of the discussions no suggestion that in 1920 the drafters had specifically in mind the idea of intervention 'as a party'". (*Continental Shelf, ICJ Report 1981*, p. 24, para. 3, separate opinion. See also, generally, Shigeru Oda, "Intervention in the International Court of Justice", in *Festschrift für Hermann Mosler* (Berlin, 1983), p. 629). However, it is not necessary to show that the drafters had the idea "specifically" in mind : it is enough that that was the idea with which the concept of intervention was ordinarily associated, both in the common law and in Continental law. Article 65, paragraph 1, of the 1936 Rules of Court, dealing with the right of intervention under Article 62 of the Statute, spoke in English of "the party

intervening" and in French of "la partie intervenante". In the *Hoya de la Torre* case, President Basdevant of France naturally referred to the agents "de la Partie intervenante" (agents "of the intervening Party"). (*ICJ Pleadings, Hoya de la Tore*, p. 134, 13 June 1951).

An intervener under Article 63 of the Statute is equally a party, and Article 66, paragraph 5, of the Rules of Court, as amended in 1966, correctly so referred to the matter, speaking in English of "the other parties" and of "the intervening party", and in French of "autres parties" and of "la partie intervenante". The commentary of the Report of the 1920 Advisory Committee of Jurists, speaking of an intervening State (under what is now Article 63 of the Statute) significantly stated : "S'il exerce ce droit, l'interprétation contenue dans l'arrêt devient obligatoire entre lui et les autres parties en cause". (*Procès-Verbaux*, 1920, p. 746). Thus, an intervener under Article 63 is another party to the case. The same truth appears from Article 59, which provides that the "decision of the Court has no binding force except between the parties ...". The legislative history shows that the principle of this provision is implicit in Article 63. The fact that Article 63, paragraph 2, states that the construction placed by the Court on the convention "will be binding upon" the intervener is confirmatory of the view that the intervener is one of "the parties" within the meaning of Article 59.

It helps analysis to bear in mind that an intervener, whether under Article 62 or under Article 63 of the Statute, could cause the other parties to incur additional costs. Presumably, in a proper case (even if none has as yet occurred) the Court could order the intervener to pay costs. If that is correct, the intervener is a party within the meaning of Article 64 relating to the subject of costs. Otherwise, the latter, which speaks of "each party", does not enable the Court to award costs against an intervener in any case, however just it may appear to the Court to make such an order.

Thus, the fact that the English text once described an intervener as "a third party" but no longer does so is of little significance. An intervener is and always has been a party. He can be nothing else.

The question of the jurisdictional link

Now for the question of the jurisdictional link. In the *Italian Intervention* case, some judges thought that the decision of the Court was based on a view that it was necessary to establish such a link. In the *Fiji Intervention* case, a number of judges did so hold. (See *ICJ Rep* 1974, pp. 532-533). Since then other judges have expressed similar views. The full Court itself has not up to this time taken a clear position. However, the Chamber of the Court which decided *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* held that a jurisdictional link was not necessary. (*ICJ Rep* 1990, p. 135, para. 100).

Whether there is need for a jurisdictional link depends on whether the intervener is asking for an exercise of the Court's jurisdiction. On any view, I think it is so asking.

States may seek a judgement upholding their claims. Equally, States may seek to prevent other States from obtaining a judgement which they could have got but fr the assertion by the intervener of its own claims. If either of these two possibilities exists as a result of a procedural step taken by a State, that State is seeking a particular exercise of the jurisdiction of the Court as between itself and the other States and must accordingly comply with the consensual principles on which the jurisdiction of the Court is exercised.

Thus, he question is not whether consent is required - it always is. The question is whether consent can be implied from certain circumstances. Consent may be apparent where it is formally given within the framework of Article 36. But, though it may be less obvious consent may also be impliedly given under that provision. Can it be argued that in a case of intervention the original parties are to be regarded as having impliedly consented?

The argument here could be that parties which decide to embark on litigation the decision in which could affect the legal interest of a non-party are, by operation of law, to be presumed to have also consented to the

propriety of the non-party entering into the litigation for the purpose of defending its threatened interest. As was recalled by Judge Ago the matter was put this way by Mr. Conti to the Court in 1984 :

To accept the jurisdiction of the Court is therefore necessarily equivalent to accepting that this jurisdiction be exercised in conformity with all the provisions of the Statute. In other words, the jurisdiction can only be accepted with all the characteristics conferred upon it by the provisions of the Statute, provisions which are not at the mere disposal of the Parties. It can therefore be accepted only with its essential characteristic of being a jurisdiction *open*, under certain circumstances, to third States, and more precisely those States which are possessors of interests implicated in the case and capable of being affected by the Court's decision (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta Application by Italy for Permission to Intervene, ICJ Rep 1984, pp. 119-120, note 2, dissenting opinion of Judge Ago)*).

In effect, on a reasonable interpretation of the Statute and in particular of its provisions concerning the consensual nature of its jurisdiction, it is possible to argue that, in becoming a party to the Statute, States accept that the Court will be exercising its jurisdiction, when it is involved, subject to the possible exercise of its incidental power to permit intervention - on the basis of the intervener being regarded as a party, as mentioned above. Thus, when States consent to litigate between themselves in a particular case, that consent falls in law to be interpreted as including consent for a non-party to intervene as a party. The decision of the intervener to enter the litigation completes the consensual bond which is required to give the Court the needed jurisdiction.

It could no doubt be argued that jurisdiction must exist prior to the entry of the non-party into the litigation : the act of entering into the litigation cannot constitute both an acceptance of an offer to litigate and an exercise of the jurisdiction sought to be created by acceptance. But the argument is not persuasive. Cases concerning the subject of *forum prorogatum* show that, where a jurisdictional link did not previously exist, a State can effectively accept jurisdiction by simply participating in the

proceedings. In effect, the act of entering into the litigation can be both an acceptance of an offer to litigate and an exercise of the jurisdiction so accepted.

There is attraction in the remark made by Judge Anzilotti in 1922 that "States would hesitate to have recourse to the Court if they had reason to fear that third parties would intervene in their cases". (*PCIJ, Series D, N° 2, p. 87*; cited in *Continental Shelf, ICJ Report 1984*, p. 64, para. 28, separate opinion of Judge Jiménez de Aréchaga). It is not apparent, however, why the mere fact that two States have troubled to fashion a litigation agreement in a certain way should entitle them to invoke the jurisdiction of the Court on a basis which no self-respecting court of law will allow.

If it is correct to say that by invoking the jurisdiction of the Court the original parties are to be regarded as having impliedly consented to any necessary intervention, that way of putting the matter also answers arguments based on reciprocity and equality. True, the original parties will not have a general right to sue the intervener. But the intervener's claim to a right to intervene is not based on a general right to sue the original parties : it is based on a limited right to intervene in circumstances in which a decision entered in the litigation between the original parties could affect its particular legal interest. The demands of reciprocity, as well as the claims of equality, are satisfied by the consideration that in corresponding circumstances the original parties would have a right to intervene in a case between the intervener and another state.

The authority of the Gulf of Fonseca Chamber's decision

The draft papers of the 11th Commission do not say that the Court, as distinguished from the Chamber, has accepted the position taken by the Chamber. That prudence is appropriate : it is not convincing to ascribe the views of the Chamber to the Court on the argument that Article 27 of the Statute provides that a judgement of a chamber is "considered as rendered by the Court". That is concerned with the juridical force of the judgement, not with the juristic reasoning behind it. Otherwise, a mechanism would

have been devised for enabling the views of dissenting judges in a case before the Court to be ultimately ascribed to the Court if their opinions should meanwhile prevail in a chamber in which they happen to sit. Judges of the Court who hold different views would scarcely be persuaded by the argument.

International law stresses substance

While not being unconcerned with form, international law stresses substance. It is not plausible to say that an intervener could achieve the substantial result of excluding from a judgement elements which could otherwise have been included but that it could yet disclaim the authority of the decision of the Court which led to that result. Paragraph 16 of the Draft Resolution recognises this. But that paragraph does not identify any juridical norm underpinning the proposition that a "State that has been admitted to intervene can, however, not afterwards contend that the decision is not binding upon it in the relevant part(s)". The only norm I can think of is that the decision is binding on the intervening State in relevant parts within the meaning of Article 59 of the Statute.

Reply of Mr. James Crawford (2 November 1998)

...

1. On the *amicus curiae* issue, I agree with your view that a brief reference to the idea in the resolution would have been appropriate. There is a public interest element in much litigation ; moreover there are deficiencies in the standing rules for the ICJ with *amicus* briefs cannot resolve but which they can mitigate. It should be noted that in recent advisory opinions (Nuclear weapons and the forthcoming Cumaraswamy Opinion), a number of States have made observations which fulfil some of the functions of an *amicus* brief. However I do accept that the issue would warrant more extended treatment.

2. On the question whether an intervener should be bound, I think that a clear distinction should be drawn throughout the resolution between

intervention as a party and intervention as a non-party to assert an interest. In the former case at least, the intervenor should be bound to the full extent of the intervention (bearing in mind that an intervenor can intervene only on one aspect of a case, like Nicaragua in the Central American case). The basis for this is quite simply consent, *ad hoc* or on the basis of a prior jurisdictional link, and such consent should be required as between the intervenor and each existing party. A party in seeking to intervene should be required to specify whether it intends to do so as a party and it will be aware of the normal consequences of this. There is no need to reply on estoppel.

3. In para. 2, I would say “in all cases, including those involving more than two States”. The general principle there is equally applicable to bilateral disputes.

4. In para. 3, it is not clear what the phrase “which do not provide themselves for such rules” refers to. Would it be better to say “to the extent that their rules do not otherwise provide”?

5. I am not sure I agree with para. 4, although I accept that it raises an issue of substance which you may feel it is too late to vary. At least it seems to me that the fact that a case involves an *erga omnes* obligation may be relevant to the application of the rules concerning intervention. If an *erga omnes* obligation has been breached, then that may be enough to give a third state a legal interest in the subject matter of the dispute - certainly a legal interest it would not have if the case involved only a bilateral treaty between the parties to the case. In short I think the statement is too categorical. The simplest change would be to turn para. 4 into a presumption, rebuttable in cases where I can be shown that the *erga omnes* character of the rule in question make a difference. Thus it could read “are presumed to apply also”.

6. In para. 6, for “on the defendant side” substitute “as Respondents”.

7. I disagree with para.11, which is too categorical and depends too much on the present state of the Statute as so far interpreted and applied by the Court (though as to this there may be a new attitude developing, and the cases of the 1980s may not reflect the approach the Court would now take).

The central point is this. In advanced systems of judicial procedure, party intervention is possible, and I see no reason to exclude it in international law for the future, whatever the deficiencies of the present system. It is true that in international law, unlike national law, third party intervention cannot be compelled. But there is no reason not to allow it in international law provided the principle of consent is fully respected. It may be noted that the drafters of Article 63 were rather flexible ; Article 63 recognises the common interest of the parties to a multilateral treaty in its interpretation, and an intervenor under Article 63 is actually bound by the interpretation reached. This is innovative ; indeed it appears to go beyond the *res judicata* effect of a judgement for the parties themselves under Article 59. Why should we be less progressive with the general language of Article 62?

Take the Monetary Gold case itself. That was a case where the parties actually wanted Albania to intervene (and the case could not proceed in its absence). Had Albania intervened it would necessarily have done as a party, and I see no reason why it could not have made its own claims and counterclaims. I accept that two states may wish to have a dispute settled as between them without any party intervention by another state, and within the confines of the indispensable parties rules they are entitled to this ; in such cases Article 62 is limited to third party intervention to protect an interest. But assume there is consent by each state concerned (in advance or *ad hoc*) so the Court has jurisdiction in all respects over all three States so far as their dispute is concerned. Why should not party intervention be possible in such a case? Again, it may be that this is intended by para. 11 and that the problem is merely one of formulation. I would be happier if it read :

“In the normal case of intervention under Article 62, the intervening third State does not become a party to the case [the draft says “dispute” but

this is wrong ; it may already be a party to the dispute] and cannot put forward any independent claim or counterclaim as an intervenor". The second sentence which refers to special agreement can stay (but "agreement" is better in the singular).

I note from Article 17 (f) that you reintroduce this possibility of party intervention by consent at the last gasp. I would have preferred that this possibility be integrated into the text of the resolution.

8. I would delete the words "(as a rule after having ratified the treaty)". A State which became a party to a treaty by succession could certainly apply under Article 63. In addition the final sentence suggests that the original parties are bound by the construction given to the treaty ; under Article 59 they are formally only bound so far as the particular case is concerned, whereas this litigation does not appear to apply to the intervenor. In practice it makes no difference since the Court will adhere to the interpretation once reached anyway.

9. In para. 13, you refer to rights under public international law. Could not a state intervene to protect a property interest? The gold in the Monetary Gold case belonged to Albania under sound municipal system of law, I guess, although of course the claims against it were made under international law.

10. I agree with para. 14 so far as it relates to third party intervention. Intervention as a party would obviously require a jurisdictional link, pre-existing or *ad hoc* between the intervenor and each original party.

11. The principle stated in para. 16 needs to be qualified to cover the case of the Article 63 intervenor who is bound by the decision so far as the construction of the treaty is concerned. But the fact that this is stated expressly in the Statute does suggest that the position of the Article 62 intervenor is at least unclear, and there seems to be an element of paradox in the statement that formally the intervenor is not bound yet it cannot contend that it is not bound. If it is not bound, why is it precluded from relying on the proposition that it is not bound? Surely in the case of third party

intervention, the intervenor is seeking to protect an interest and either succeeds or not ; the existence of the legal interest will either be recognized or not. No doubt in practice the decision will be definitive, but as a matter of form I do not understand how the third party becomes bound when it is by definition, not a party to the case. Moreover if you want to bind the third party, why stop short of allowing full-scale intervention as a party, with the consent of all concerned?

17(a) In the applications by four Pacific islands states to intervene in the New Zealand-France case in 1995 (where I was counsel for the applicants), they intervened both under Article 62 and 63. Australia sought to intervene only under Article 62. The Pacific islands states were of course not a party to the 1974 decision, and they expressly accepted that they had no right to intervene on the question of the admissibility of the New Zealand application. Australia may have had an interest in doing so, by contrast. Although the two 1974 cases were not joined and there were some distinct elements in the New Zealand claim in that case, Australia may have had a legal interest in the interpretation of para. 63 of the 1974 judgement sufficient to entitle it to intervene at that stage. The Court did not of course get so far.

17(c) I do not agree with this. Only party can apply for interpretation or revision ; if the intervenor remains a third party I do not see on what basis it has this right. I accept this creates a slight anomaly in this case of the Article 63 intervenor who seeks an interpretation, or even possibly the revision, of that part of the decision dealing with the interpretation of the treaty by which it is bound. It may be that this can be resolved by interpretation, *i.e.*, by treating such a state as a party for that purpose only. But this would be awkward, certainly in the case of revision, since the intervenor would effectively be seeking to review a judgement between two third States by which, in principle, it is not bound. Since there does not seem to be any basis for distinguishing between applications for interpretation and revision, the better view seems to be that an Article 63 intervenor is not a party and cannot seek either revision or interpretation.

Overall there is tension between your categorical statement in para. 11 that an intervenor is not a party and then your insistence in paras. 16 and 17(c) that it is in the position of a party. I think this tension would be resolved if the distinction between third party intervention and intervention as a party was systematically applied.

17(d) For non-party intervention it is clearly right that no *ad hoc* judge can be appointed. But if party intervention is allowed, the position is different ; the Statute already deals with the base of multiple parties in the same interest (where only a single *ad hoc* is allowed). If the party intervenor has a distinct interest I see no alternative to allowing it to appoint its own *ad hoc*.

18-20 I agree with your formulation of the indispensable parties rule. However, I do not understand what is the status of the word "should" in para. 20 ; why "should" all States involved agree? The third state is by definition not a party and has not intervened. It may take the view that it does not want to be involved, and as a matter of existing international law it is entitled not to be. I infer that the "should" in para. 20 is really a voeu, and I suggest it be replaced by "may".

IV. Revised Draft Resolution

Judicial and arbitral settlement of international disputes involving more than two States

November 1998

The Institute of International Law,

Reaffirming that judicial settlement is one of the most important means to settle disputes between States in accordance with the Charter of the United Nations ;

Noting that States do not make sufficient use of the possibilities of judicial settlement of disputes ;

Noting that international judicial dispute settlement is, in principle, bilaterally conceived, and that the increasing multilateral character of international relations requires an adaptation of the traditional dispute settlement rules ;

Conscious that the consent of States concerned remains the basis of the jurisdiction of international courts and tribunals and that the equality of States does not permit deciding a dispute between more than two States without the consent of all States involved ;

Considering that without such consent either no settlement or only partial judicial settlement of the dispute is possible ;

Adopts the following Resolution :

I. Principles

1. Binding settlement of disputes, whether between two States or between more than two States, requires the consent of all States concerned.
2. There can be identified some general principles and similarity of provisions concerning intervention and other forms of third-State participation in statutes and rules of international courts and tribunals ; nevertheless the rules of each institution concerning jurisdiction and procedure may possess specific and unique features. Therefore the interpretation of the relevant texts is the starting point in all cases including those involving more than two States.
3. In case of doubt all principles concerning intervention and other forms of third-State participation valid for the International Court of Justice can also be applied to proceedings before other international courts and tribunals.
4. The principles concerning intervention and other forms of third-State participation apply also in cases involving *erga omnes* obligations.

II. Disputes with three or more States Parties

5. Where two or more States have identical legal interests in a dispute they should consider applying jointly to an international court or tribunal. Joint action can only be undertaken if a jurisdictional link already exists between all States involved or if it is created *ad hoc*.
6. Unilateral application to a court or tribunal by one or more States directed against more than one State as defendants requires, in principle, parallel and separate proceedings if no previous agreement between the States involved can be reached.
7. Under the relevant texts, including the Rules of Court, the court or tribunal may join pending cases or order common proceedings taking into account all the circumstances of the cases.

8. The procedural consequences of a joinder of cases or of common proceedings without a formal joinder should be determined by the court or tribunal with due respect for the requirements of a fair procedure.

III. Intervention

9. Intervention by a third State in legal proceedings between two States is an appropriate means to protect the interests of that third State.

10. There are two types of intervention defined in Articles 62 and 63 of the Statute of the International Court of Justice ; a) Intervention by a third State in cases where it considers that it has “an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case” ; and b) intervention by third States Parties to a multilateral treaty the construction of which is in question.

11. Intervention by a third State does not mean that this State becomes a “party” to the dispute : the intervening State cannot put forward its own claims. Parties and interveners have different positions and functions which cannot be combined without special agreements.

12. The consequences of intervention in cases concerning the construction of multilateral treaties (Article 63 of the Statute of the International Court of Justice and similar texts in other statutes) are explicitly circumscribed in the relevant texts. If the third State is a party to the treaty, it has a right to intervene and to participate as an intervener. The parties to the case as well as the intervening State are bound by the construction given to the relevant treaty provisions by the court or tribunal.

13. Intervention under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice and similar texts in other statutes requires the existence of an interest of a legal nature on the part of the intervening State. That means that rights or obligations of this State under public international law can be affected by the final decision. Whether the State can claim such an interest and whether it may be affected by the decision of the court or tribunal has to be determined by the court or tribunal according to the specific features

of each case. When the court or tribunal has found a legal interest to exist the State applying for intervention should be admitted as intervener.

14. The Statute of the International Court of Justice and provisions in other relevant texts form a sufficient basis for intervention. Intervention does not require the existence of a jurisdictional link between the parties to the dispute and the third State.

15. The decision concerning the admissibility of the intervention is binding on the parties and the intervener.

16. Formally the decision of the court or tribunal on the merits of the case does not have the character of *res iudicata* for the intervening State, nor is it binding on the latter under Article 59 of the Statute of the International Court of Justice. A State that has been admitted to intervene can, however, not afterwards contend that the decision is not binding upon it in the relevant part(s). The decision is also binding for the full parties in their relations with the intervening State.

17. The following other rules and principles apply to intervention :

a) Interventions are possible when the merits of the case are being examined as well as in proceedings confined to matters of jurisdiction and admissibility ; in exceptional cases, it should be possible also in preliminary and incidental phases such as the indication of interim measures of protection.

b) When a State intends to consider whether to intervene, it may request the court or tribunal to give the necessary information and to provide it with copies of the pleadings. The court or tribunal decides after ascertaining the views of the parties.

c) A State that has been admitted to intervene may introduce proceedings concerning the interpretation or revision of the judgment if the preconditions for these proceedings are satisfied in so far as the decision concerns the intervener.

- d) The intervening State is not entitled to nominate a judge *ad hoc*.
- e) The intervening State has the right to take part in the written and oral proceedings. The extent of such participation depends on the relevant rules of the court or tribunal and on its power to conduct the proceedings in an effective and equitable manner.
- f) With the consent of all parties to the case an intervener which intends to do so, may become a full party to the proceedings.

IV. "Indispensable Parties"

18. If the rights or obligations of a third State are at the core of a dispute submitted by other States to a court or tribunal and if a decision on that dispute is impossible without prior decision as to the rights or obligations of the third State, the court or tribunal cannot take such a decision unless that third State is or becomes a party to the proceedings. This third State is an indispensable party to the dispute.

19. If the rights or obligations of the parties to the dispute can be separated from those of a third State, the court or tribunal may decide on that part of the dispute relating to these rights or obligations.

20. In order to enable the court or tribunal to decide the entire dispute, all States involved may agree that the "indispensable party" becomes a full party to the dispute settlement procedure.

**

**L'application du droit international, notamment
humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent
part des entités non-étatiques**

*The application of international law, in particular
humanitarian law, in armed conflicts in which non State
entities are parties*

*Quatorzième Commission **

Rapporteur : M. Milan Šahović

* La Quatorzième Commission comprend : M. Milan Šahović,
Rapporteur, M. Abi-Saab, Mme Bindschedler-Robert, MM. Blix,
Carillo Salcedo, Cassese, Degan, Dinstein, Feliciano, Müllerson, Li[†], Ress,
Roucounas, Schermers, Schindler, Sohn, Skubiszewski, Wildhaber.

I. Exposé préliminaire

Octobre 1994

La première tâche du Rapporteur d'une Commission, d'après l'article 4 du Règlement de l'Institut, consiste dans la préparation d'un Exposé préliminaire dont le but est la délimitation du sujet et l'indication de ses principaux aspects. En ma qualité de Rapporteur de la Quatorzième Commission, je répondrai à cette demande et présenterai également, comme il est prévu, un Questionnaire. Tenant compte des motifs qui ont inspiré l'Institut pour entreprendre l'analyse des problèmes de "L'application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques", je m'efforcerai de suggérer à la Commission les grandes lignes de l'étude de ce sujet, ainsi que la méthode et le plan de son activité. En attendant la réaction et l'aide des membres de la Commission, j'espère que mes remarques pourront servir comme base de leurs réflexions personnelles.

Au cours de la préparation de cet Exposé, j'étais préoccupé par les questions suivantes :

- a) les motifs et les buts de l'étude de l'application du droit international par les entités non-étatiques dans les conflits armés ;
- b) le rapport entre ce sujet et les résolutions approuvées dans le passé par l'Institut à propos des règles du droit de la guerre et du droit humanitaire ;
- c) la clarification et la délimitation du champ d'étude des aspects actuels du comportement des entités non-étatiques dans les conflits armés ;

d) la méthode la plus appropriée pour arriver le plus tôt possible à des résultats concrets, et

e) une réflexion sur la nature, la possibilité et la forme de présentation à l'Institut des conclusions de la Commission.

Il va de soi que plus tard j'essayerai de dégager des réponses des membres de la Commission, dans le Rapport provisoire, les points d'accord tout en respectant en même temps la diversité de leurs approches et opinions individuelles.

a) Les motifs et les buts de l'étude

Il est bien évident d'après le compte rendu de la Cinquième séance administrative de la session de Milan que la décision de l'Institut d'inclure le sujet – “L'application du droit international, notamment humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques” – est une des conséquences des conditions nouvelles existant aujourd'hui, après la fin de la guerre froide, dans lesquelles son actualité est devenue incontestable. Le débat qui a eu lieu et qui a été limité à la recherche d'une formulation adéquate du titre de ce sujet le prouve clairement (voir *Annuaire*, Soixante-sixième session, Milan, volume 65-II, 1994, pp. 118-125).

Tout en estimant que ce débat a été utile, on peut regretter que la Commission des Travaux n'ait pas expliqué plus précisément les motifs et les buts de l'analyse à laquelle la Quatorzième Commission doit se consacrer. Il en résulte que le Rapporteur et ses membres doivent prendre comme point de départ de leur étude le libellé du titre tel qu'il a été approuvé à Milan.

Quant aux motifs de l'Institut, on peut supposer que les effets du nombre de conflits armés actuels auxquels participent des entités non-étatiques ont joué un rôle décisif lors de l'inclusion de notre sujet dans son programme. L'intensité et la diversité de ces effets dans le domaine du droit international, y compris le droit humanitaire, se sont fait sentir plus

fortement que jamais. Le sentiment de nécessité et l'urgence d'une étude approfondie de leur nature a prévalu. L'intérêt de voir s'il s'agit d'incidents momentanés ou de la cristallisation de certaines tendances plus sérieuses par rapport au rôle et à la nature juridique des entités non étatiques s'est manifesté ainsi très concrètement.

La réponse à cette question doit être recherchée dans la réalité internationale. Dans l'évolution des conflits armés actuels auxquels prennent part des entités non-étatiques et dans les répercussions de cette évolution dans le domaine du droit international, on peut voir, et nous en sommes témoins, des violations brutales et constantes des règles et principes fondamentaux du droit international, et du droit humanitaire tout particulièrement, de la part de toutes les entités non-étatiques parties à ces conflits. D'autre part, dans la pratique de la communauté internationale, et d'un certain nombre d'Etats, nous voyons apparaître certains éléments nouveaux dans le traitement de ces entités non seulement dans la conduite des hostilités mais également sur les plans politique et diplomatique. Par conséquent, on peut se demander si, et dans quelle mesure, ces éléments peuvent être considérés comme indices d'un changement possible de la situation des entités non-étatiques dans l'ordre juridique international contemporain.

Il est évident que des points de vue humanitaire et de la sauvegarde de la légalité internationale, les pratiques violant le droit international doivent être condamnées, et suivies de manière durable de la poursuite et du châtiment des responsables de crimes de guerre et de violations graves des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels de 1977, ainsi que du droit coutumier. Il est reconnu qu'il est impératif d'insister sur le respect des règles et des principes juridiques relatifs à la protection des droits de l'homme et des victimes des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques. Mais on doit accorder également une attention spéciale aux rapports de ces entités avec les organisations gouvernementales et non-gouvernementales universelles et régionales, aux accords conclus par ces entités avec elles mais aussi avec les Etats sur le plan bilatéral. On pense particulièrement à leurs rapports avec les Nations Unies, dans le cadre des opérations de maintien de la paix, aux

organisations régionales, au CICR et autres agences et organisations humanitaires.

D'une manière générale, on peut conclure que l'analyse de ces deux complexes de problèmes – humanitaires, fonctionnels et institutionnels – reflètent les buts de l'étude que devrait accomplir, d'après mon opinion, la Quatorzième Commission.

b) Le rapport entre l'étude de la Quatorzième Commission et les travaux antérieurs de l'Institut dans les domaines du droit de la guerre et du droit humanitaire

Avant de procéder à l'étude de l'application du droit international contemporain par les entités non-étatiques existantes, il est indispensable de considérer dans quelle mesure elle peut et doit être reliée aux travaux antérieurs de l'Institut dans les domaines du droit de la guerre et du droit humanitaire. Car il est notoire qu'au cours de sa longue activité, l'Institut a démontré un grand intérêt pour leur évolution. Le résultat en est un grand nombre de résolutions et règlements consacrés à la clarification de principes et règles spécifiques et particulières, à leur codification et à leur développement progressif, en général.

Ce n'est pas mon intention de parler, dans cet Exposé préliminaire du contenu des résolutions et règlements qui d'une ou de l'autre manière pourraient avoir un impact sur les travaux de la Quatorzième Commission. Dans le Rapport provisoire, j'aurai l'occasion d'analyser le comportement des entités non-étatiques contemporaines à la lumière de ces textes, tenant compte des travaux préparatoires et des débats de l'Institut lors de leur adoption. J'estime, cependant, que deux résolutions doivent être mentionnées dès maintenant comme base de cette analyse. Ce sont :

1) le "Règlement sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile" de la session de Neuchâtel de 1900 (voir *Résolutions de l'Institut de Droit international 1873-1956*, pp. 141-142), et

2) la Résolution sur le “Principe de non-intervention dans les guerres civiles” de la session de Wiesbaden de 1975 (*Annuaire*, session de Rome, vol. 55, 1973, pp. 416-607 et 745-773 et *Annuaire*, vol. 56, 1975, pp. 119-157 et 411-475, 544-548).

Néanmoins, l'intérêt que suscitent les travaux antérieurs de l'Institut ne représente qu'un aspect de l'analyse que la Quatorzième Commission doit entreprendre. Tout en reconnaissant la valeur des recherches précédentes et de leurs résultats, le premier devoir de la Commission est de prendre en considération les nouveaux éléments qui se manifestent à l'heure actuelle dans la conduite des entités non-étatiques, de la communauté internationale et des Etats au cours des conflits armés. La décision de l'Institut de s'occuper de ce sujet en est une preuve convaincante. Elle peut être interprétée comme l'expression d'un sentiment que s'est créée une nouvelle situation dans le cadre du droit international et du droit humanitaire. La recherche de ses manifestations doit être un des buts de son étude.

c) La clarification et la délimitation du champ d'étude

Le titre du sujet de la Quatorzième Commission ouvre toute une série de problèmes qui demandent des réponses bien argumentées. Il s'agit, d'une part, de voir quel est l'état du droit positif, et, d'autre part, quelle est la nature juridique de la pratique de sa mise en oeuvre par des entités non-étatiques dans les conflits armés. Le Rapport provisoire sera complètement consacré à la formulation des réponses à ces problèmes.

Cependant, deux questions préliminaires s'imposent avant de procéder à l'analyse ci-dessus indiquée. La première présuppose la clarification et définition des notions juridiques fondamentales de l'interprétation desquelles dépend la délimitation du champ d'étude qui découle du titre du sujet qui en est la seconde. Ayant en vue leur interdépendance et le caractère complexe du libellé de ce titre, il est assez difficile de les considérer séparément.

La première question est celle de la compréhension de la notion juridique des "entités non-étatiques". Son utilisation dans la terminologie du droit international et tout spécialement du droit de la guerre et du droit humanitaire ne s'est pas encore, d'après mon opinion, consolidée. On ne la considère pas encore comme une notion juridique autonome et définitivement constituée, partie de la terminologie générale du droit international. Dans le cadre du droit international, semble-t-il, une "entité non-étatique" est en premier lieu une personnalité juridique transitoire, une communauté dont la nature étatique n'est pas encore complètement achevée. Ses droits et devoirs ne sont pas précisément réglementés. En même temps on ne peut pas nier que dans le droit des conflits armés et humanitaire, l'importance de cette notion se soit accrue ces derniers temps et que les effets de ce phénomène aient commencés à se faire sentir dans le droit international général. C'est probablement une des conséquences du rôle que les entités non-étatiques jouent aujourd'hui non seulement dans les conflits armés mais dans l'activité politique et diplomatique internationale courante.

L'origine de la notion juridique de "l'entité non-étatique" doit être cherchée dans l'évolution du traitement des insurgés, des parties à des conflits internes ou guerres civiles et à des conflits armés non-internationaux. Pourtant, l'utilisation de ce terme dans le titre du sujet de la Quatorzième Commission, signifie, étant donné qu'on lui demande de considérer en même temps le comportement des entités non-étatiques dans l'application du droit international et du droit humanitaire dans la pratique, que cette distinction devrait être clarifiée, pour voir quelle influence elle pourrait avoir sur la formulation d'une définition juridique de la notion et du terme "entité non-étatique".

Une autre question peut être posée. Il me paraît indispensable de préciser le caractère des conflits armés qu'on a en vue dans le titre de notre sujet. Ceux auxquels prennent part actuellement des entités non-étatiques ne peuvent pas être dans un bon nombre de cas classés d'après les critères des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels de 1977 parmi les conflits armés internationaux ou non-internationaux. On peut plutôt dire qu'ils sont de nature mixte, dans laquelle s'entremêlent les éléments de ces deux catégories de conflits armés reconnues par la

communauté internationale et que l'existence de conflits armés internes internationalisés est de plus en plus fréquente. De la réponse à cette question dépend le choix des règles applicables par les entités non-étatiques.

d) La méthode

En ma qualité de Rapporteur, j'ai une idée plus ou moins claire de la méthode la plus appropriée pour l'étude du sujet de la Quatorzième Commission. En partant de la nature juridique des entités non-étatiques, une analyse de leurs droits et devoirs d'après le droit international et le droit humanitaire, suivie d'une considération de leur comportement dans les conflits armés auxquels elles prennent part actuellement, doivent être à la base de notre recherche. Tenant compte des aspects historiques, et essayant de dégager et de déterminer les tendances qui découlent de la pratique contemporaine, deux sortes de conclusions devraient être citées. La première, en partant du principe *de lege lata*, devrait évaluer la qualité du respect par les entités non-étatiques de leurs obligations juridiques d'après le droit international général et le droit humanitaire. La deuxième devrait énoncer, en partant du principe *de lege ferenda*, quelles seraient les possibilités d'une réglementation éventuelle nouvelle de leur situation juridique ainsi que d'une précision de leurs droits et devoirs dans l'ordre juridique international contemporain.

e) La nature, la possibilité et la forme de présentation des conclusions de la Commission

Il est trop tôt pour envisager dès maintenant la forme et la nature de la présentation des conclusions de la Commission. La réponse à cette question dépend du caractère des résultats de l'étude du Rapporteur, des vues des membres de la Commission et des conclusions auxquelles elle arrivera après le débat qui suivra ces rapports. D'une manière générale, la forme habituelle de la présentation d'un projet de résolution peut être considérée, mais ce n'est qu'en principe que cette solution peut être mentionnée en ce moment. En sa faveur parle l'impératif d'une action urgente pour un renforcement du respect des règles du droit international,

et tout particulièrement du droit humanitaire, par les entités non-étatiques et la nécessité d'indiquer les voies du développement futur de leur position dans l'ordre juridique international.

En remerciant par avance les membres de la Commission pour toutes leurs suggestions et critiques en réaction à cet Exposé préliminaire, je tiens à exprimer l'espoir que nous réussirons dans un délai raisonnable de quatre ans à terminer nos travaux, et que nous serons en état de présenter à la session de l'Institut de 1997 leurs résultats. Ayant ce plan en vue, j'espère que les membres de la Commission pourront m'envoyer leurs commentaires avant le début du mois de janvier de 1995.

II. Questionnaire

Octobre 1994

1. Trouvez-vous que le titre du sujet indique d'une manière adéquate les buts de son étude par la Quatorzième Commission ? Si non, quelles sont vos suggestions ?
2. Comment comprenez-vous en partant du titre du sujet la distinction entre l'application du droit international et du droit humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques ? Quelle importance peut avoir cette distinction exprimée par le mot "notamment" pour la détermination du cadre de notre étude ?
3. Quelle est votre interprétation du terme "entités non-étatiques" ? S'agit-il d'une expression de caractère descriptif ou d'une notion juridique bien établie dans la terminologie du droit international ?
4. Etes-vous d'accord avec l'approche générale de l'étude de la Quatorzième Commission que propose le Rapporteur dans l'Exposé préliminaire ? Avez-vous des suggestions concrètes en vue de limiter ou d'élargir le champ d'étude ?
5. Dans quelle mesure la Commission devrait-elle se consacrer à l'analyse concrète des conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques d'aujourd'hui ?

III. Réponses et observations des membres de la Commission

Réponses de M. Dietrich Schindler (30 janvier 1995)

...

Je regrette comme vous que la Commission des travaux n'ait pas expliqué plus précisément les motifs et les buts de l'analyse à laquelle la Quatorzième Commission doit se consacrer. L'Assemblée de l'Institut a bien voulu décider d'exclure l'assistance humanitaire du sujet de la Commission, mais elle ne s'est guère prononcée sur le contenu du reste du sujet. J'admire votre sagesse de ne pas entrer trop en détail sur les problèmes qui se poseront à la Commission mais d'attendre la prise de position des membres de la Commission. J'ai quelques doutes qu'il soit possible d'arriver par correspondance à un accord sur la délimitation du champ d'étude. Peut-être serait-il indiqué de soumettre aux membres de la Commission un rapport particulier sur la délimitation du sujet et d'en délibérer et prendre une décision à la session de Lisbonne.

Comme vous le suggérez, je prends le libellé du titre de notre sujet comme point de départ et essayerai de l'interpréter.

I. “Conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques”

Je voudrais préciser d'abord que les conflits auxquels prennent part des entités non-étatiques constituent la grande majorité des conflits armés

déjà depuis quelques décennies et que les violations du droit humanitaire ne proviennent pas moins des gouvernements que des entités non-étatiques. Il est toutefois incontestable que les conflits auxquels des entités non-étatiques prennent part présentent de nouvelles caractéristiques depuis la fin de la guerre froide, cela surtout à la suite de l'effondrement des autorités étatiques dans plusieurs Etats et de l'utilisation de forces des Nations Unies pour rétablir l'ordre dans ces Etats et pour protéger des opérations humanitaires.

1. *Les différentes sortes de conflits armés rentrant dans la catégorie de "conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques"*

Du point de vue du droit international, les types suivants de conflits armés rentrent dans la catégorie de "conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques" :

- a) Conflits armés *non-internationaux* au sens de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et du Protocole II additionnel à ces Conventions (conflits armés entre un gouvernement et une entité non-étatique, ou conflits armés entre des entités non-étatiques).
- b) Conflits *mixtes* (conflits armés non-internationaux dans lesquels interviennent un ou plusieurs Etats étrangers).
- c) Conflits non-internationaux ou mixtes dans lesquels interviennent des *forces des Nations Unies*.
- d) *Guerres de libération* au sens de l'article premier, al. 4, du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève (mouvements de libération comme entités non-étatiques).

Il me semble indispensable que la Commission décide si elle veut s'occuper de tous ces types de conflits ou de quelques-uns seulement. Il me semble évident que le type mentionné sous d) peut être laissé de côté.

2. *La notion de "conflit armé"*

Je le prends comme acquis que la notion de conflit armés utilisé dans le titre est la même que celle utilisée par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels.

3. *La notion d' "entités non-étatiques"*

Dans le titre du sujet l'expression "entités non-étatiques" est utilisée exclusivement en relation avec des conflits armés. On peut en tirer la conclusion que cette expression doit être comprise comme identique avec la notion de "parties au conflit" (ou, plus exactement ; "parties au conflit qui ne sont pas des Etats"), utilisée par les Conventions de Genève. Nous ne devrions pas, à mon avis, tenter d'arriver à une définition générale des entités non-étatiques. Le statut de ces entités – et leur définition – varie selon les domaines du droit international dans lesquels elles jouent un rôle. Il ne serait, par exemple, pas judicieux de vouloir inclure dans notre étude les organisations non-gouvernementales puisqu'elles ne sont jamais des parties à des conflits armés.

Je suppose d'ailleurs que la Commission des travaux a choisi l'expression "entités non-étatiques" pour pouvoir embrasser en même temps les conflits non-internationaux et les conflits mixtes. Le droit humanitaire ne connaît pas une expression englobant ces deux types de conflits. L'expression choisie était la plus simple pour atteindre ce but.

Une question qui doit être soulevée dans ce contexte est celle de savoir si la Commission doit s'occuper de la situation des Etats dans lesquels le pouvoir étatique s'est effondré et où règnent la violence généralisée, le banditisme généralisé et l'anarchie. Je pense à des situations comme celles que nous avons vues par exemple en Somalie, au Libéria et au Rwanda. Dans de tels conflits, les parties au conflit ne sont souvent pas clairement identifiables de sorte que l'on ne peut même pas toujours parler d' "entités non-étatiques" ou de "parties au conflit". Si la Commission décide d'inclure ces situations dans son champ d'étude – ce qu'elle devrait faire, à mon avis, en vue de l'importance de la question – on peut se

demander s'il ne serait pas judicieux de compléter le titre de l'étude par exemple de la façon suivante : "L'application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits auxquels prennent part des entités non-étatiques et en cas de violence généralisée à la suite de l'effondrement du pouvoir étatique".

J'ajoute que, à mon avis, il ne s'agit pas seulement d'analyser les droits et devoirs des entités non-étatiques mais d'analyser les droits et obligations de *toutes les parties* au conflit, étant donné que selon le *ius in bello* les parties au conflit ont les mêmes droits et obligations.

II. "Application"

Il est frappant de constater que l'expression "application" dans la version française du titre ne correspond pas exactement au terme "implementation" dans la version anglaise. Le terme "implementation" vise plutôt la mise en oeuvre des règles du droit et leur respect que leur simple application. Il n'est donc pas clair ce que les auteurs de ces expressions ont envisagé. Certes, on peut dire tout au moins que l'insertion de ces mots dans le titre contribue à limiter le sujet. On peut présumer qu'il n'est pas le but de l'étude d'entreprendre une sorte de codification de l'ensemble des règles applicables dans les conflits auxquels prennent part des entités non-étatiques. Si cela avait été le but on aurait dû omettre le mot "application" ou "implementation".

Je vois trois possibilités d'interpréter ce terme (qui ne s'excluent pas mutuellement) :

1. "Application" au sens d' "applicabilité"

La Quatorzième Commission pourrait s'occuper de la question de savoir quelles normes du droit international s'appliquent dans les différentes sortes de conflits qui rentrent dans la catégorie des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques.

- a) Dans le cas des *conflits non-internationaux* il s'agirait de délimiter le champ d'application de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole II ainsi que de déterminer quelles autres normes sont applicables (droit coutumier, droits de l'homme, règles sur le génocide, règles sur les crimes contre l'humanité, etc.).
- b) Quant aux *conflits mixtes*, la question de savoir quelles normes sont applicables est particulièrement délicate. La doctrine est partagée sur cette question. La Commission pourrait exprimer son avis à ce sujet. Les uns veulent fractionner ce type de conflit en diverses relations : Les règles sur le conflit *international* seraient applicables dans les relations entre un Etat étranger intervenant dans un conflit interne et le gouvernement aux prises avec une insurrection ainsi qu'entre des Etats étrangers intervenant dans des camps opposés du conflit interne. Par contre, les règles sur le conflit *non-international* seraient applicables entre les deux parties du conflit interne ainsi qu'entre un Etat étranger assistant le gouvernement en place et les insurgés. D'autres rejettent ce concept et considèrent que l'ensemble du droit des conflits armés internationaux est applicable entre toutes les parties au conflit aussitôt qu'un Etat étranger intervient dans un conflit interne.
- c) Dans les conflits dans lesquels des forces des Nations Unies interviennent, la question de l'applicabilité du droit humanitaire et d'autres règles du droit international n'est toujours pas réglée. Elle se prête aussi à une prise de position de l'Institut.
- d) Enfin, dans le cas de l'effondrement des autorités étatiques et de violence généralisée, la question du droit applicable se pose également. Elle montre un aspect particulier lorsque le Conseil de Sécurité autorise un ou plusieurs Etats à employer tous les moyens nécessaires pour instaurer l'ordre (voir par exemple la Résolution 794 du 3 décembre 1992) sur la Somalie). Est-ce le droit international (et quelles normes ?) ou le droit interne d'un des Etats impliqués qui s'applique dans les relations entre l'Etat agissant avec l'autorisation du Conseil de Sécurité et les habitants de l'Etat en détresse ?

La Commission devrait décider de laquelle de ces situations elle veut s'occuper. Une certaine limitation du sujet me paraît nécessaire au vu de la capacité restreinte d'une commission de l'Institut.

2. *"Application" au sens d' "application effective" ou de "mise en oeuvre"*

Une autre possibilité pour la Commission serait de se pencher sur les violations massives du droit humanitaire et d'autres normes du droit international dans des conflits armés récents et sur les moyens d'y remédier. Ce sujet correspondrait dans une large mesure à celui de la Conférence pour la protection des victimes de la guerre qui s'est tenue du 30 août au 1er septembre 1993 à Genève et à laquelle participaient les Etats parties aux Conventions de Genève. Le fait que les mots "application" et "implementation" ont été choisis par les auteurs du sujet peut être pris comme un indice que c'étaient les violations du droit humanitaire qui ont donné lieu au choix du sujet. La tâche de la Commission serait alors d'examiner les moyens de mise en oeuvre, de contrôle et de contrainte prévus par le droit en vigueur et l'efficacité de ces moyens et de faire des propositions *de lege ferenda*.

Je n'exclus pas que la Commission choisisse cet aspect. Celui-ci pourrait même être ajouté aux problèmes mentionnés sous 1. Cependant, je crois que la question de l'applicabilité des normes existantes, y inclus la question de savoir si des normes supplémentaires sont nécessaires, s'impose davantage à l'Institut que la question de l'application effective de ce droit, cela d'autant plus que la question de l'application effective ne peut pas vraiment être traitée sans que l'on ait préalablement décidé la question de savoir quelles règles du droit international sont applicables. Si la Commission se décidait à se limiter à la question de l'applicabilité elle pourrait songer à adapter le titre du sujet en remplaçant le mot "application" par "applicabilité" ("applicability").

3. “Application” en vue de la capacité restreinte des entités non-étatiques en droit international

On pourrait penser à une troisième interprétation du mot “application” dans le contexte du sujet de notre Commission. On pourrait examiner les difficultés particulières qu’ont les entités non-étatiques à appliquer les normes du droit international eu égard au fait qu’elles ne possèdent pas tous les attributs d’un Etat. Il me semble toutefois que le libellé du titre exclu la présomption que le sujet a été choisi uniquement en vue de ce problème. Cependant, il est parfaitement concevable – et même indiqué – d’inclure ce problème dans une étude sur les questions mentionnées sous les points 1 et 2 ci-dessus.

III. “Droit international, notamment humanitaire”

Cette expression vise évidemment l’ensemble des normes du droit international applicables dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques. La mise en relief du droit humanitaire par le mot “notamment” se justifie par le fait que le droit humanitaire est conçu exclusivement pour les conflits armés et doit donc être pris en considération en premier lieu. Mais il y a des règles ayant un champ d’application plus large et également applicables dans les conflits armés. Il s’agit – entre autres – des conventions sur les droits de l’homme et des règles de la Charte des Nations Unies, ces dernières surtout en cas de mesures prises selon le Chapitre VII de la Charte ou d’installation de forces des Nations Unies. Il faut aussi prendre en considération les normes que les tribunaux internationaux institués pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda sont appelés à appliquer.

En conclusion, il me paraît nécessaire que la Commission prenne une décision sur la limitation du sujet qui lui a été confié avant de se pencher sur la substance des problèmes.

Réponses aux questions du Questionnaire

Etant donné que toutes les questions du Questionnaire trouvent leur réponse dans les considérations précédentes, je me limite à des réponses purement formelles.

1. Le titre n'est pas clair. La question de sa modification ne peut cependant recevoir réponse qu'après que la Commission s'est décidée sur la délimitation du champ d'étude.
2. Voir section III ci-dessus.
3. Voir section I/3 ci-dessus.
4. Une décision préalable de la Commission sur le champ d'étude me paraît nécessaire.
5. La réponse dépend de la décision sur le champ d'étude.

Reply of Mr. Haopei Li (4 February 1995)

...

1. I agree with you that the problems to be aimed at in the subject of study of the Fourteenth Commission have not been indicated precisely, but the two complexes of problems which you point out can be accepted as what should be accomplished by this Commission.
2. It seems to me that the study of the distinction between international law and humanitarian law in their application to the armed conflicts in which non State entities are parties is not very important. In the study of this subject we should concentrate our attention to international humanitarian law.
3. "Non State entities" is an expression of descriptive character. Non State entities may or may not have self-proclaimed themselves as States, but they all have military force so as to be engaged in armed conflicts.
4. I am in accord with the general approach of the study of the Fourteenth Commission which you propose in the Preliminary Report.

5. The Commission should devote itself to the concrete analysis of the armed conflicts in which the non State entities take part today so far as it is necessary for the determination of their rights and obligations under international humanitarian law.

Réponse de M. Vladimir-Djuro Degan (6 mars 1995)

...

Je vous félicite du texte de votre Exposé préliminaire dans lequel vous avez fait un effort considérable de clarifier maints aspects pratiques et théoriques du sujet de notre Quatorzième Commission. Je suis tout à fait d'accord avec cette approche large qui veut embrasser la réalité des conflits armés actuels auxquels prennent part des entités non-étatiques. Dans ce sens je vous expose mes suggestions dans mes réponses à votre Questionnaire.

1. Dans l'hypothèse d'une interprétation trop restrictive et littérale de ce titre, notre Commission n'aurait point une tâche sérieuse. Le droit humanitaire applicable aux conflits armés internes, à savoir l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le Protocole II de 1977, ne nécessitent pas d'améliorations et d'amendements substantiels.

Ce qui doit être l'objet de nos débats et conclusions sont les conséquences juridiques des violations graves de ces règles dans les conflits internes qui sévissent à l'heure actuelle dans les différentes parties du monde. Ces violations ont donné lieu à l'établissement de deux tribunaux pénaux internationaux, l'un pour l'ex-Yougoslavie et l'autre pour le Rwanda.

A mon avis, au cours de nos recherches il faudrait au surplus tenir compte des modes de prévention et de solution pacifique des conflits de cette sorte. Tous les conflits armés ci-dessus visés ont lieu à présent dans les Etats ayant une population ethniquement mixte.

Donc le respect scrupuleux des droits civils et politiques de chaque individu dans un Etat doté d'organes judiciaires impartiaux et indépendants

avec la prééminence de droit, ainsi que le respect des droits fondamentaux des membres de tous les groupes ethniques (droits à l'existence, à l'égalité, à une participation proportionnelle dans la prise des décisions à tous les niveaux d'organisation administrative, au libre usage de leur langue et alphabet et aux institutions scolaires et culturelles), sont les modes de la prévention des conflits ethniques dans les Etats existants. Dans les parties du territoire national où une minorité est concentrée et forme une majorité numérique locale on pourrait *de lege ferenda* préconiser une autonomie territoriale.

En revanche, une politique de discrimination par un Etat de ses propres citoyens sur la base soit ethnique ou religieuse, la suppression des droits individuels et collectifs des minorités déjà acquis, et notamment la suppression d'autonomie locale déjà existante, sont la manière la plus sûre de déstabilisation et d'effondrement d'un tel Etat, ainsi que des émeutes et insurrection des fractions de sa population. Cela vaut également pour les fédérations de l'Europe de l'Est qui ont déjà disparu, et pour tous leurs Etats successeurs dans leurs frontières internationalement reconnues.

Certaines de ces idées pourraient trouver place dans le projet de notre résolution.

Un problème sérieux des conflits actuels sont les conséquences de la pratique du "nettoyage ethnique" qui a produit des grands déplacements de populations, outre les crimes dont elles ont été victimes. Notre Commission devrait prendre une position nette sur les droits des victimes de cette politique : leur droit de retourner dans leurs foyers, leur droit à leur propriété et aux réparations équitables de leurs biens détruits ou pillés.

L'autre problème parfois visé dans certains projets pour la paix est le transfert des populations selon leur origine ethnique, ou au moins leur déplacement dit "humanitaire" ou volontaire. Le transfert forcé est l'autre terme pour le nettoyage ethnique. Il n'est qu'un mode particulier des crimes contre l'humanité. Et ce qu'on vise parfois comme déplacement "humanitaire" peut résulter dans la pratique à la violation des droits de tous individus et de leurs familles, prévus dans les articles 12 et 13, et parfois

même dans l'article 17, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Donc certaines pratiques d'après la première guerre mondiale et jusqu'à la fin des années cinquante de ce siècle, sont devenues contraires au droit international évolué¹.

Je suis tout à fait d'accord avec l'énoncé de la Commission d'Arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yougoslavie dans ses Avis N° 1 et 2 concernant les normes "maintenant impératives" du droit international général sur le respect par tous les Etats des droits fondamentaux de la personne humaine et des droits des peuples et des minorités.

Si on tient compte de tous ces aspects et d'autres qui pourraient être suggérés par les autres membres de notre Quatorzième Commission, le titre actuel de son sujet pourrait être pris comme adéquat.

Ce titre comprend au surplus que les Etats souverains dans ces conflits armés avec des "entités non-étatiques" peuvent être aussi responsables pour toutes les violations du droit international. Ils peuvent être internationalement responsables pour l'assistance illégale prêtée aux "entités non-étatiques" dans les Etats voisins. Vous avez déjà indiqué cet aspect du problème en vous référant à la résolution de notre Institut adoptée en 1975 à Wiesbaden.

2. Le mot "notamment" n'exclut nullement l'étude des problèmes d'application du droit international dans son ensemble quant à la prévention, à la guérison et à la solution pacifique de ces conflits armés.

¹ Voir la vue de la Cour permanente de Justice internationale totalement tombée en désuétude dans son Avis consultatif du 31 juillet 1930 concernant *Questions des "communautés" gréco-bulgares*, Série B, N° 17, p. 19.

Comme je l'ai déjà souligné, notre Commission doit se préoccuper avant tout des conséquences juridiques des violations graves du droit humanitaire tel qu'il est actuellement en vigueur. Elle doit tenir compte des actes constitutifs de deux Tribunaux (notamment des articles 1 à 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie). Les deux actes d'accusation sont déjà confirmés par le Juge et notre Commission devrait tenir compte de cette jurisprudence dans son progrès jusqu'à la fin de ses travaux.

3. Dans la réponse à cette question il faut d'abord partir du droit humanitaire tel qu'il est actuellement en vigueur. Les Conventions de 1949 et les Protocoles de 1977 font la distinction entre trois degrés de ces luttes :

- a) Les "situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés" en vertu de l'article 1 (2) du Protocole II de 1977.
- b) Tous les conflits armés "ne présentant pas un caractère international" qui sont compris par l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et auxquels s'applique également le Protocole II. Il s'agit "des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie (du) territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées" (Article I (1) du Protocole II).
- c) Les conflits armés qui sont assimilés à ceux entre Etats. En vertu des articles 1 (4) et 96 (3) du Protocole I, ce sont les conflits armés déjà en cours dans lesquels "les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes" dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et à condition que l'autorité représentant un tel peuple adresse une déclaration unilatérale au dépositaire prévue dans l'article 96 (3) du dit Protocole. Il s'agit donc des conditions bien restrictives.

Un conflit armé peut passer au cours du temps toutes les trois phases ci-dessus visées.

Un autre aspect est celui des belligérants reconnus en tant que sujets transitoires du droit international. A cet égard il y avait une évolution dans la pratique des Etats à partir du début du 19e siècle. Cependant dans tous les cas, la reconnaissance de ces entités transitoires qui se sont combattues soit pour la prise du pouvoir dans un Etat existant ou par la formation d'un ou de plusieurs Etats nouveaux, a eu un caractère constitutif. Ces entités n'ont pas eu le caractère des personnes internationales à l'égard des Etats refusant de les reconnaître.

La reconnaissance de belligérance a eu lieu par une déclaration de neutralité dans une guerre interne de plus longue durée, à condition que les insurgés aient pris le contrôle effectif d'un vaste territoire où ils ont constitué un gouvernement "de fait" local.

La reconnaissance d'insurgés vers la fin du 19e siècle a eu lieu dans le cas d'une rébellion interne dans lequel a manqué cet élément d'effectivité du pouvoir, en particulier sur le territoire terrestre. Ce type de reconnaissance n'a été autre chose que le refus de reconnaître les insurgés en tant que sujets à part du droit international.

La reconnaissance par la France et la Grande-Bretagne des "nations tchécoslovaque et polonaise" au cours de la première guerre mondiale a eu un caractère principalement politique. La Cour permanente de Justice internationale a refusé à juste titre dans son Arrêt du 25 mai 1926 sur la Haute-Silésie polonaise, d'attribuer l'effet de la formation des forces armées polonaises envers l'Allemagne qui n'a précédemment reconnu ni "la nation polonaise" ni le Comité polonais à Paris².

Enfin, dans la période de décolonisation après la deuxième guerre mondiale de nombreux mouvements de libération nationale ont été

²

Cf. Série A, N° 7, p. 28.

reconnus par un grand nombre d'Etats. Mais la plupart ont agi à l'étranger et sauf les actions militaires sporadiques ils n'ont pas été capables d'établir d'une manière durable un pouvoir effectif sur leur territoire national. C'est pourquoi les articles précités 1 (4) et 96 (3) du Protocole I de 1977 ont prévu des conditions strictes, notamment celle qu'il doit s'agir de "conflits armés" déjà nés et dans l'une des trois hypothèses prévues.

La conclusion de votre rapport est donc tout à fait correcte que le terme "entités non-étatiques" est du caractère descriptif et qu'il ne s'est pas consolidé pour devenir une notion juridique en tant que tel.

Mais il faut toujours entendre ces entités dans un sens géographique. La Commission d'Arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yougoslavie a établi le fait que les populations des quatre républiques fédérées ont exprimé démocratiquement la volonté d'indépendance (l'Avis N° 1 du 29 novembre 1991), et qu'en conséquence de processus de dissolution de la Fédération yougoslave est arrivé à son terme "et qu'il faut constater que la R.S.F.Y. n'existe plus" (l'Avis N° 8 du 4 juillet 1992). La même commission a établi aussi que "quelles que soient les circonstances, le droit à l'autodétermination ne peut entraîner une modification des frontières existant au moment des indépendances (*uti possidetis juris*) sauf en cas d'accord contraire de la part des Etats concernés" (l'Avis N° 2).

Donc même le droit à l'autodétermination et à la création d'un Etat souverain ne s'applique pas à un peuple ou une nation en tant que collectivité ethnique partout où ses membres sont installés. Son titulaire est donc toute la population d'une république fédérée (voir sur ce sujet aussi l'Avis N° 4 sur la reconnaissance internationale de la Bosnie-Herzégovine). Exactement dans le même sens les actes des Nations Unies parlent du droit à l'autodétermination des "peuples" des territoires non-autonomes.

Et bien qu'en cas de dissolution des trois Fédérations de l'Europe de l'Est (la Yougoslavie, l'Union soviétique et la Tchécoslovaquie), ce furent les républiques fédérées qui ont – dans leurs frontières existantes – constitué des nouveaux Etats souverains, il est parfaitement possible d'imaginer que la population d'une province autonome ou non-autonome ou

d'une autre région devienne partie à un conflit armé avec le gouvernement *de jure*, soit pour la sécession ou pour une sorte d'autonomie locale. Mais dans toutes ces hypothèses les "entités non-étatiques" n'ont qu'un sens géographique³.

En revanche, les victimes de ces "entités non-étatiques" sont dans certains conflits armés actuels les membres d'un ou de plusieurs groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux comme tels. Ils sont soit les victimes délibérées du crime de génocide, ou plus fréquemment certains membres de ces groupes sont assassinés, emprisonnés, torturés ou violés afin de provoquer la vague des réfugiés de leur domicile et de leur propriété. Ensuite, l'autorité d'une telle "entité non-étatique" détruit systématiquement dans le territoire pris toutes les églises ou mosquées, les monuments historiques et en particulier les cimetières, afin d'effacer le souvenir de l'existence sur ce territoire des groupes autres que sien.

La responsabilité pénale pour la commission de ces crimes n'incombe pas à l'Etat respectif ou à l' "entité non-étatique" comme telles, et moins encore à tous les membres d'une nation collectivement. Elle est toujours personnelle.

4. Je suis complètement d'accord avec l'approche générale de votre Exposé préliminaire qui est assez vaste et qui veut embrasser la réalité internationale actuelle. J'ai tenté d'indiquer ici certains aspects qui ne peuvent nullement être négligés dans les travaux de notre Commission ni dans son projet de résolution.

³ Le droit international prévoit certaines conditions additionnelles, comme le commandement responsable des forces armées de telles entités, le respect des lois et coutumes de guerre, le signe distinctif, le port des armes ouvertement. A mon avis le mépris de ces conditions peut être important pour la reconnaissance d'une "entité non-étatique" ou pour l'application à ce conflit des règles particulières du droit humanitaire. Mais le conflit armé est une situation de fait.

Je me permets d'ajouter certaines remarques. Dans le passé tous les accords entre un gouvernement *de jure* et les insurgés sur la conduite de la guerre, sur l'échange des prisonniers de guerre ou des blessés, ou sur le cessez-le-feu, n'ont pas signifié la reconnaissance de ces entités en tant que la partie belligérante, et moins encore comme un Etat nouveau. La pratique des négociations et des accords avec certaines "entités non-étatiques" en Somalie, en Bosnie-Herzégovine, en Moldavie, etc. doit être étudiée également dans le cadre des résolution du Conseil de Sécurité, en particulier celles adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et à la lumière du principe général confirmé dans l'Avis N° 3 de la Commission d'Arbitrage, qui dit ce qui suit :

"Quatrièmement – Aucune modification des frontières et des limites existantes établies par la force ne peut produire d'effets juridiques, conformément à un principe bien établi du droit international proclamé notamment par la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale), et par l'Acte final d'Helsinki et rappelé dans le projet de Convention de la Conférence pour la paix en Yougoslavie en date du 4 novembre 1991".

A mon avis, il n'y a pas de chances qu'outre la belligérance auparavant et certains mouvements de libération nationale actuellement, les autres "entités non-étatiques" qui prennent part à un conflit armé deviennent en tant que telles les sujets de droit international à part.

5. Je suis également d'accord avec l'approche de votre Exposé préliminaire qui tient déjà compte des conflits armés concrets qui se déroulent à notre époque.

Il y a sur ce sujet des rapports des commissions impartiales ou des individus, nommés soit par le Conseil de Sécurité, ou par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, ou par le Comité international de la Croix-Rouge. Ils nous donnent la plénitude des indices sur la conduite

des parties dans certains conflits armés et sur les violations graves du droit humanitaire.

Il appartient à deux Tribunaux pénaux internationaux d'établir la responsabilité des individus et par cela la responsabilité des parties en conflits actuels.

Nos communications, rapports et la résolution future de notre Institut, doivent condamner les pratiques de la violation grave du droit humanitaire et tirer leurs conséquences. C'est autant plus vrai que dans certaines périodes des conflits internes toutes les parties ont commis des crimes semblables, bien que dans des proportions très inégales. C'est pourquoi les indices des pratiques criminelles dans les rapports impartiaux peuvent être précieuses pour le travail de notre Commission.

Reply of Mr. Louis B. Sohn (1st May 1995)

...

As one of the few survivors of the 1945 San Francisco Conference, I feel duty bound to help to explain to a variety of audiences why this conference was, and continues to be, so important to mankind.

The topic of the Fourteenth Commission of the Institute deals with one of the alleged gaps in the United Nations Charter. It is forgotten that several "governments" represented in the Conference were "governments in exile" and were considered as illegal "non-state entities" by the armies of Germany, Italy and Japan, whom they were fighting "underground". The Conference thought otherwise, and their representatives (with the unfortunate exception of Poland) were permitted to take an active part in the Conference.

I agree, therefore, with your statement that we have to be very careful in defining rather broadly the crucial phrase "non-State parties". Similarly, a broad meaning should be given to the phrase "armed conflicts".

One should not forget the Kurds who have been fighting for their freedom against at least three powerful opponents for more than fifty years, nor the tribes in Burma and North-East India, who have been also fighting for as many years.

Our discussions should not be limited to the few current examples that provide the media with daily headlines. It is a long-standing issue, which – as you point out – has long been buried under such terms as “insurgents, guerrillas, or, more broadly, parties to internal conflicts or civil wars”.

The Geneva Conventions and the Protocols of 1977 have tried to deal with some aspects of this problem, but we need to take into account that recent events have shown that the provisions of these international agreements do not seem to fit any longer the current events and perhaps were already unsatisfactory when they were written.

While it is too early to try to define the scope of our report and recommendations, the topic is in fact so vast that we need to be ready to satisfy ourselves with taking only some of its aspects into consideration. My preference would be to concentrate on the humanitarian law aspects of this topic. After all, the main victims of these man-made events are human beings and their human rights are entitled to all the protection under many human rights covenants, conventions and other instruments. Those governments that violate these human rights cannot hide behind the fact that their victims are not “States”, and the other side cannot claim that as “non-State entities” they are not bound by international law or obliged to observe the rules of international humanitarian law. As was stated already in the Congo Case,~~the provisions of the UN Charter are binding not only on the central government of a country but also on subordinate entities engaged in hostilities against that government. Many recent decisions of the Security Council have similar implications, especially in the cases of former Yugoslavia and Somalia. Perhaps our point of departure should be that universal principles of humanitarian law apply to both sides in large-scale conflicts, whether they are States or non-State entities. Both the State and its opponents are equally obliged to observe the basic principles of that law.~~

Réponse de M. Juan Antonio Carrillo Salcedo (13 juin 1995)***Observations générales***

1. Je ne voudrais pas m'exprimer sur le Questionnaire sans vous avoir remercié de votre Exposé préliminaire, dans lequel vous avez fait un effort remarquable dans le but de suggérer à la Commission les grandes lignes de l'étude de notre sujet, ainsi que la méthode et le plan d'activité.

Le problème de l'application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques est très complexe, comme l'a souligné le débat qui a eu lieu à la cinquième séance administrative de l'Institut, le 6 septembre 1993 (*Annuaire, Soixante-sixième session, Milan, volume 65-II, 1994, pp. 118-125*).

A mon avis, le libellé d'un sujet ne doit pas être considéré comme un corset étroit dans lequel une Commission de l'Institut devra se mouvoir ; je crois partager votre sentiment parce que vous avez souligné dès le début même de votre Exposé préliminaire la nécessité de prendre en considération les motifs et les buts de l'étude, le rapport entre notre sujet et les résolutions approuvées dans le passé par l'Institut à propos des règles du droit de la guerre et du droit humanitaire, et la clarification et la délimitation des aspects actuels du comportement des entités non étatiques dans les conflits armés.

2. Je partage votre interprétation des motifs de l'Institut. Il me semble que les effets du nombre de conflits armés auxquels participent des entités non-étatiques ont joué un rôle décisif lors de l'inclusion de notre sujet dans le programme de travail de l'Institut. Le sentiment de nécessité et l'urgence d'une étude approfondie de leur nature a heureusement prévalu.

Vous soulignez à juste titre que dans l'évolution des conflits armés actuels auxquels prennent part des entités non-étatiques et dans les

répercussions de cette évolution dans le domaine du droit international, on peut voir, et nous en sommes témoins, des violations brutales et constantes des règles et principes fondamentaux du droit international, et du droit humanitaire tout particulièrement, de la part de toutes les entités non-étatiques parties à ces conflits. D'autre part, nous voyons apparaître certains éléments nouveaux dans le traitement de ces entités non seulement sur les plans politiques et diplomatiques mais également dans la conduite des hostilités. Il faut donc se demander si, et dans quelle mesure, ces éléments peuvent être considérés comme indices d'un changement dans le statut juridique des entités non-étatiques dans le droit international contemporain.

3. Le titre du sujet de notre Commission ouvre toute une série de questions qui demandent des réponses bien argumentées, en particulier l'état du droit positif et la nature juridique de la pratique de sa mise en oeuvre par des entités non-étatiques dans les conflits armés. Je partage sur ce point votre proposition concernant la méthode la plus appropriée ; analyser tout d'abord les droits et les devoirs des entités non-étatiques, et poursuivre avec une considération de leur comportement dans les conflits armés auxquels elles prennent part actuellement dans le but d'essayer de dégager et de déterminer les tendances qui découlent de la pratique contemporaine.

4. Finalement, je partage votre sentiment de l'impératif d'une action urgente pour un renforcement du respect des règles du droit international, et tout particulièrement du droit humanitaire, par les entités non-étatiques.

C'est à la lumière de ces observations qu'il convient de comprendre mes réponses à votre Questionnaire.

1. Oui, je trouve que le titre du sujet indique d'une manière adéquate les buts de l'étude que l'Institut a chargé la Quatorzième Commission d'entreprendre.

2. A mon avis, la distinction entre l'application du droit international et du droit international humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques (distinction exprimée par le mot

notamment dans le titre de notre sujet), est importante : les belligérants, y compris les entités non-étatiques, sont redevables de leurs actes devant la communauté internationale, les Etats parties aux Conventions de Genève s'étant engagés à "respecter et à faire respecter ces Conventions en toutes circonstances" (Article 1 commun des Conventions de Genève). Aux termes de cette disposition, tous les Etats parties aux Conventions de Genève ont l'obligation d'agir, individuellement ou collectivement, pour rétablir le respect du droit international humanitaire.

3. Le terme "entités non-étatiques" est tout d'abord une expression de caractère descriptif ; cependant, il s'agit aussi des destinataires des règles et principes du droit international, notamment du droit international humanitaire, et dans une certaine mesure le terme est aussi une notion juridique puisqu'il désigne des sujets limités et fonctionnels du droit international.

A mon avis, la pratique infirme la doctrine classique, favorable à une conception exclusivement interétatique du droit international et de la communauté internationale, et je pense que le droit positif est fidèlement reflété dans ce *dictum* de la Cour internationale de Justice : "les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits" (*Avis, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949*, p. 178).

L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, dont l'automaticité de l'application constitue un grand progrès pour la protection des victimes des conflits armés non internationaux, ne précise pas la notion de conflit armé non international, ne désigne pas l'organe de constatation des conditions objectives d'existence d'un tel conflit et laisse planer un doute sur les conséquences de cette qualification sur la qualité des insurgés, c'est-à-dire sur le statut juridique des entités non-étatiques qui prennent part dans un conflit armé, soit-il non international ou de nature "mixte".

D'ailleurs, les conditions dans lesquelles fut adopté le Protocole II, et la notion de conflit non international qui en résulta, soulèvent aussi beaucoup de difficultés d'interprétation.

Voici à mon avis un exemple précis des questions qui, comme vous le soulignez à juste titre, demandent des réponses bien argumentées, en particulier l'état du droit positif et la nature juridique de la pratique de sa mise en oeuvre par des entités non-étatiques.

4. Je suis d'accord avec l'approche générale de l'étude.
5. Finalement, l'analyse concrète des conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques d'aujourd'hui malgré sa difficulté, me semble indispensable. Vous l'avez très bien souligné en proposant l'analyse des droits et devoirs des entités non étatiques, et poursuivre avec une considération de leurs comportement dans les conflits armés auxquels elles prennent part actuellement, dans le but d'essayer de dégager et de déterminer les tendances qui découlent de la pratique contemporaine.

Voici mes observations et mes réponses à votre Exposé préliminaire, dont j'espère qu'elles pourront contribuer au débat, qui s'annonce captivant, sur un sujet particulièrement complexe.

VASS Stan HAN

Réponse de M. Georges Abi-Saab (18 juillet 1995)

...

Voici mes réponses, également succinctes, au Questionnaire que vous nous avez adressé avec l'exposé.

1. Je trouve que le titre recèle une ambiguïté, notamment si nous comparons son intitulé dans les deux langues. *Implementation* en anglais se réfère à la "mise en oeuvre", aux "modalités d'application" d'un droit applicable. Alors qu'"application" en français évoque une problématique plus large qui inclut aussi bien l'"applicabilité" que le "champ d'application" (ou la "portée") du droit en question.

A mon avis, c'est la seconde acception, plus large, qui doit primer; et je suggère que la version anglaise soit alignée à la française en substituant en anglais "application" à "implementation".

J'ai par ailleurs d'autres observations sur l'intitulé du sujet. Mais comme elles découlent de mes réponses aux autres questions, je les ferai avec elles.

2. La distinction que suggère l'intitulé entre le droit international et le droit humanitaire ne peut être, linguistiquement parlant – vu l'utilisation de l'adverbe "notamment" entre les deux – que celle entre le genre et l'espèce, l'ensemble et une de ses composantes.

C'est également la réponse qui s'impose logiquement. Car chaque ordre juridique comporte des normes et des mécanismes de portée (ou d'applicabilité) générale et d'autres qui s'y ajoutent, les adaptant ou les remplaçant dans des contextes particuliers bien définis appelant des solutions différencierées.

Par conséquent "l'application" au sens large esquissé plus haut (applicabilité, portée ainsi que conditions et modalités d'application) du droit international en général aux entités non-étatiques, peut varier de celle de sa composante ou branche qu'on appelle "droit humanitaire" et qui s'adresse plus spécifiquement aux situations belligérées ou belliqueuses.

Cela commande que les travaux de la Quatorzième Commission recouvrent les deux hypothèses, tout en mettant l'accent, à mon avis, sur la seconde, celle du droit humanitaire ; ou en d'autres termes esquisser les solutions du droit international général comme "référent" pour l'analyse plus approfondie de la question en droit humanitaire.

3. Le terme "entités non étatiques" est un terme purement descriptif à mon avis. En tant que notion juridique, il souffrirait d'une définition purement négative, car elle serait définie par ce qu'elle n'est pas, plutôt que par ses éléments constitutifs.

N'oublions pas que les "acteurs" sur la scène internationale, à part les Etats, recouvrent un éventail assez large allant des "dérives" du modèle étatique (protectorats, territoires sous mandat ou tutelle, mouvements de libération nationale, belligérants reconnus en tant que tels, gouvernements

ou autorités *de facto*, etc. ; tous à vocation ou à prétention étatique, avant d'avoir réuni tous les moyens de cette prétention) aux organisations internationales, aux individus et groupes privés de caractère transnational.

J'évite sciemment d'employer le terme "sujet", car une des tâches essentielles de la Quatorzième Commission sera de déterminer si, et en cas de réponse positive, dans quelle mesure le droit international général et plus particulièrement le droit humanitaire s'applique à ces entités. En d'autres termes, la question est de savoir dans quelle mesure ces entités, ou certaines d'entre elles, constituent des sujets du droit international ; et dans ce cas quelles seraient les règles de ce droit qui leur sont applicables.

Ici aussi, je considère que nous ne devons pas aller trop loin dans l'examen de la question en général, mais que, sans négliger la mention des solutions de droit international général, comme "référent", nous devons nous concentrer sur le droit humanitaire vu l'urgence et l'acuité des problèmes pratiques qui se posent dans ce contexte.

Il pourrait être intéressant de citer ici, comme illustration des solutions particulières que suscite l'application de ce droit, la définition d'Etat qu'a adoptée le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, en vue d'exercer ses fonctions, dans l'article 2 de son Règlement :

"A - Sauf incompatibilité tenant au contexte, les expressions suivantes signifient :

Etat : Un Etat membre ou non membre des Nations Unies ou une entité autoproclamée exerçant de facto des fonctions gouvernementales qu'elle soit ou non reconnue en tant qu'Etat".

4. Je suis d'accord avec l'approche générale que propose le Rapporteur dans l'Exposé préliminaire. Mes suggestions quant à la délimitation du champ de l'étude sont esquissées dans mes réponses aux deux questions précédentes, à savoir de nous concentrer sur le droit humanitaire tout en rappelant les solutions du droit international général comme référents.

5. Je ne crois pas que la Commission doive entreprendre d'études détaillées de cas concrets. Son analyse de la problématique doit, à mon avis, être plutôt systématique, tout en se basant sur la pratique pour illustrer et étayer cette analyse dans son déroulement logique.

Reply of Mr. Yoram Dinstein (10 September 1995)

...

I believe that the mandate of the 14th Commission should be rephrased as follows : "The Application of International Law in Non-International Armed Conflicts". The main objective, to my mind, ought to be the interaction between modern international humanitarian law and classical international law. That is to say, on the one hand we must look into international humanitarian law as it is reflected in Protocol II of 1977, common article 3 of the four Geneva Conventions of 1949, and customary international law (bearing in mind that, according to the International Court of Justice, in the Nicaragua case of 1986, common article 3 is declaratory of customary international law). On the other hand, we would be well advised to review some norms of orthodox international law, such as those relating to the recognition of belligerency and insurgency. I believe that these time-honoured norms are still relevant today, although (needless to say, perhaps) they must be brought in line with recent developments.

While I do not think that the Commission should go in depth into an analysis of current armed conflicts (which are, of course, strewn with political minefields), I take it for granted that we must pay heed to the contemporary practical of belligerents, in order to produce a report which will be topical and updated.

Réponse de M. Krzysztof Skubiszewski (29 février 1996)

...

1. On peut retenir le titre du sujet. La Commission possède la liberté de donner à son étude l'envergure de son choix. Le mandat est vaste et son interprétation relève de la Commission. En particulier, je suis d'accord avec le Rapporteur que le travail à accomplir devrait comporter l'analyse des aspects "humanitaires, fonctionnels et institutionnels".
2. En mettant l'accent sur le droit humanitaire ("notamment") l'Institut ne limite aucunement le cadre de notre étude. Afin de se concentrer sur ce droit il faut explorer tout le panorama du droit international portant sur notre problème. Autrement dit, il faut se pencher sur toutes les normes qui touchent ou peuvent toucher le statut d'une entité non-étatique qui participe dans un conflit armé. Car ici il ne s'agit pas uniquement du droit de la guerre, mais aussi du droit sur la position de l'individu pendant le conflit armé.
3. Parmi les entités non-étatiques participant aux conflits armés il faut distinguer, d'une part, celles qui possèdent une personnalité juridique et une capacité d'agir en droit international et, d'autre part, celles qui en sont dépourvues.
 - (1) Première catégorie. Ici l'entité non-étatique en tant que groupe est sujet de certaines normes de droit international et jouit d'une capacité limitée. Les membres du groupe ont les droits et les obligations à caractère double. Elles découlent, d'abord, du statut de l'entité dont ils font part. Mais ils possèdent également les droits et les devoirs qui leur attribuent le droit international, en particulier le droit international humanitaire, dans leur caractère de personnes humaines.

En droit classique se sont les *insurgés* reconnus comme un groupe, ainsi que l'entité reconnue comme ayant le statut de *belligérance*.

A ces deux notions le droit contemporain a ajouté, vers la fin de la première guerre mondiale, celle de la *nation*. Il y a eu quelques cas de la reconnaissance d'une entité comme nation. Cette reconnaissance fut accordée en attendant l'apparition de l'Etat et cela, en principe, à base de la dite nation.

Ajoutons que l'élément national est très fort en droit contemporain – le *peuple* et le *mouvement de libération nationale* sont également sujets de certaines normes internationales.

Il existe donc une réglementation déjà importante sur divers types des entités non-étatiques qui prennent part aux conflits armés. Pourtant, la question se pose si l'évolution des faits et du droit a mené à la formation *d'autres entités non-étatiques* qui, elles aussi, auraient un statut dans le droit de la guerre (le droit des conflits armés). Le cas échéant, il faudrait envisager une question qui découle de la première, à savoir quel est ce statut, notamment en comparaison avec les cinq groupes susmentionnés.

(2) Deuxième catégorie. Ici le groupe ne possède ni la personnalité juridique ni la capacité d'agir en droit. C'est une communauté de fait, sans statut, en tant que groupe, sur le plan du droit de la guerre. Mais les membres du groupe ont les droits et les obligations que les normes juridiques garantissent à tous les individus, particulièrement au cours d'un conflit armé.

4. Je partage l'opinion du Rapporteur sur l'approche générale. Je suis plutôt contre une limitation du champ de notre étude.

5. La précision du caractère des conflits armés auxquels participent des entités non-étatiques et indispensable. C'est à juste titre que le Rapporteur attire notre attention sur la nature mixte (internationale – interne) de plusieurs luttes militaires contemporaines.

IV. Rapport provisoire

10 avril 1997

1. L'évolution des rapports internationaux après la fin de la guerre froide a provoqué toute une série de conflits armés non internationaux dont la nature et les conséquences politiques et juridiques se sont manifestées radicalement. Ayant en vue ce fait la décision prise par l'Institut de Droit international à sa session de Milan en 1993 d'entreprendre une étude du sujet : "L'application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques" s'est affirmée pleinement. Les problèmes de la mise en oeuvre des règles et principes fondamentaux du droit international et du droit humanitaire ont démontré l'impératif d'une analyse approfondie des obligations des parties de ces conflits.

C'est surtout la substitution des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques aux conflits entre les Etats, dominants ces derniers temps, qui accroît l'importance de cette analyse. Présente déjà au cours de la guerre froide – notre Confrère Schindler a parlé de ce phénomène dans son Exposé préliminaire sur le sujet "Le principe de non intervention dans les guerres civiles" – cette tendance est présente plus que jamais aujourd'hui.¹ L'explication de cette situation due à l'influence des facteurs extra-juridiques dépasse la tâche de la Quatorzième Commission

¹ Voir *Annuaire de l'Institut de Droit international*, session du Centenaire, Rome, 1973, vol. 55, pp- 515-516. Dans le Supplément à l'Agenda de la Paix (Doc. NU A/50/60, S/1995/1 on a constaté que 82 % des Opérations pour le Maintien de la Paix depuis 1992 s'occupaient des conflits internes.

et de ce rapport. Cependant, ses effets dans le domaine du droit international ne peuvent et ne doivent pas être ignorés à cause de la durée prolongée, l'intensité et la diversité de ces conflits.

Dans l'Exposé préliminaire le Rapporteur a essayé de donner une interprétation du mandat de la Commission. Il a soulevé la question du sujet d'étude en partant des idées qui ont été exprimées d'une manière un peu vague dans le débat qui a eu lieu lors de son adoption à Milan. Il s'est prononcé pour une étude qui tiendrait compte de tous les aspects de la situation juridique des entités non-étatiques en tant que parties aux conflits armés. Il a insisté sur l'extension de la violence et les conséquences des violations massives et continues du droit humanitaire, en plaident pour une poursuite et punition des responsables de ces actes. En même temps il s'est demandé si et dans quelle mesure la pratique des Etats, de l'ONU et des autres facteurs internationaux permet de soulever la question du changement éventuel du statut juridique des entités non-étatiques provoqué par l'application du droit international et tout spécialement du droit humanitaire dans les conflits armés actuels. Dans l'interprétation des notions "entités non-étatiques" et "conflits armés" il a vu une des conditions préalables pour le succès de son analyse. Le Questionnaire annexé à l'Exposé préliminaire a reflété ces préoccupations du Rapporteur.

Dans leurs réponses au Questionnaire les membres de la Commission ont approuvé en principe l'approche du Rapporteur. De quinze membres de la Commission le Rapporteur a reçu sept réponses par écrit. D'après le débat qui a eu lieu à la séance de la Commission à la session de Lisbonne en 1995, à laquelle étaient présents presque tous les membres de la Commission, on peut tirer la même conclusion. Tous les Membres ont plaidé pour qu'on donne une priorité à l'étude des aspects humanitaires du sujet. Une bonne majorité a montré un intérêt pour une analyse qui clarifierait dans la mesure du possible les effets des conflits actuels sur la situation des entités non-étatiques dans le droit international en général.

Le Rapporteur ne pense pas qu'il est opportun de commenter les vues des Membres de la Commission séparément. Dans l'analyse qui suit leurs opinions seront examinées plus concrètement dans le contexte de la

matière à laquelle elles se rapportent. Car, malgré l'accord de principe, leurs commentaires et réflexions ont varié. Ils ont représenté une contribution précieuse à la clarification du sujet et de l'orientation de son analyse. Ils ont facilité au Rapporteur, qui exprime ses remerciements aux Membres de la Commission qui ont répondu au Questionnaire, de déterminer le caractère et les limites du Rapport provisoire.

Avant de passer au sujet de son étude, le Rapporteur voudrait formuler encore une remarque préliminaire. Il s'agit du caractère du Rapport provisoire. Il a conclu, après avoir lu les réponses qu'il a reçues, que ce Rapport doit considérer en premier lieu les aspects actuels de l'application des règles et principes juridiques relatifs aux conflits armés des entités non-étatiques. Pourtant, il lui paraît qu'il va de soi que l'évolution de la position des entités non-étatiques dans le droit international et dans le droit des conflits armés ne peut pas être mise de côté. Leur situation dans l'ordre juridique international contemporain en est le résultat. Ce n'est qu'en indiquant la ligne générale historique du développement et de l'état du droit positif, qu'on peut comprendre la situation créée par les conflits armés récents auxquels ont pris part les entités non-étatiques. Et entamer un débat sur le renforcement du respect du droit international et du droit humanitaire et leur adaptation aux nouvelles conditions internationales. C'est à l'initiation de ce débat que ce Rapport est consacré.

Une petite remarque encore, qui n'est peut-être pas nécessaire. N'ayant pas purement un but académique le Rapport provisoire ne se référera pas systématiquement à la doctrine et n'entrera pas plus qu'il n'est nécessaire dans un débat théorique. Pourtant, pour faciliter le débat le Rapporteur a mentionné une sélection d'études et d'articles qui pourraient être consultés en lisant ce Rapport et qui lui sont annexés.

2. Il est généralement reconnu que dès le début de la réglementation juridique de la conduite des hostilités entre les Etats, la relation entre la nécessité militaire (*military necessity*) et la protection humanitaire a représenté le facteur décisif de la formation des normes du droit international et des obligations des Etats. C'est le cas jusqu'à aujourd'hui.

Un accord avec la force de ces deux facteurs – le premier exprimant les intérêts des Etats, et le deuxième les préoccupations humanitaires – le droit international remplissait ses fonctions. On cherchait toujours un équilibre, un compromis entre eux. Cependant, l'évolution du système du droit international dans son ensemble, et tout particulièrement le renforcement progressif de la force obligatoire de ses normes, a fondamentalement influencé la recherche et l'approbation des solutions juridiques.

L'évolution historique le démontre très clairement. En partant de l'existence du "droit de la guerre", en passant par le "droit des conflits armés" on est arrivé à la formation du "droit international humanitaire". Chacune de ces dénominations est l'expression d'une étape de la réglementation de l'utilisation de la force armée et de l'application des principes humanitaires.

Le "droit de la guerre" a été une alternative au "droit de la paix" avec lequel il était un des piliers du droit international général. Il reflétait les besoins d'une période dans laquelle la nécessité militaire a eu un rôle prépondérant dans la réglementation juridique de la conduite des hostilités entre les Etats. Les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 en sont le symbole dont l'héritage est encore présent dans les règles du droit coutumier. Mais, c'était aussi la période dans laquelle les premières conventions humanitaires étaient adoptées et dans laquelle le rôle du CICR comme force motrice de l'action en faveur de la protection humanitaire grandissait continuellement.

Une nouvelle ligne de développement s'est annoncée avec l'interdiction de l'utilisation de la force armée et la création du système de la sécurité collective. Initiée par le Pacte de la SdN, réaffirmée par le Pacte Briand-Kellog et, enfin, définitivement confirmée par la Charte des Nations Unies, cette obligation des Etats a changé la direction de la réglementation juridique des hostilités entre les Etats. La guerre mise hors la loi, on ne parle plus du "droit de la guerre", mais du "droit des conflits armés". Le *jus ad bellum* a été substitué par le *jus in bello*". La mission humanitaire de cette réglementation a gagné en importance après la Deuxième guerre mondiale. Les quatre Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949 sont l'expression de cette orientation.

Leur contenu élabore, d'une part, largement les dispositions de la protection humanitaire aux cours des conflits armés entre les Etats, et d'autre part, élargit avec l'art. 3 commun cette protection sur les victimes des conflits internes, guerres civiles et autres conflits armés qui peuvent avoir lieu dans un Etat. C'était un pas révolutionnaire dont l'importance ne peut pas être niée.

Les rapports internationaux au cours des premières décennies de l'activité de l'ONU ont favorisé cette approche. Surtout, grâce à la recherche des solutions des problèmes des conflits armés anticoloniaux, le lien entre l'application des principes humanitaires et du respect des droits de l'homme s'est affirmé. Une coopération de plus en plus concrète entre le CICR et le Mouvement de la Croix-Rouge et les organes de l'ONU a abouti aux résultats remarquables. Les résolutions des Conférences internationales de la Croix-Rouge à New Delhi (Rés. XIX/1965) et Istanbul (Rés. XXI/1969) ainsi que celle de la Conférence sur les droits de l'homme des Nations Unies à Téhéran de 1968 et de l'Assemblée générale sur le sujet "Droits de l'homme et les conflits armés" (notamment la Rés. 2444/XXIII), ont contribué qu'on enlève définitivement les barrières politiques et mentales qui empêchaient le traitement harmonisé et coordonné des problèmes de la protection humanitaire dans les conflits armés et du respect des droits de l'homme. Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève relatifs à la protection des conflits armés internationaux (Prot. I) et non internationaux (Prot. II), adoptés en 1977, en sont une preuve évidente.

Ce n'est pas par hasard que les Préambules de ces deux instruments se réfèrent à l'interdiction de la menace et de l'emploi de la force et des actes d'agression que proclame la Charte (par. 2 et 4 du Préambule du Prot. I), et sur les instruments sur les droits de l'homme qui "offrent à la personne humaine une protection fondamentale" (par. 2 du Préambule du Prot. II). En laissant de côté, la question de l'adhésion formelle de l'ONU aux Conventions de Genève et Protocoles additionnels, on peut constater

que les Forces du Maintien de la Paix les ont respectés dans la pratique.² Le Conseil de Sécurité n'a pas pu éviter de demander aux parties de la guerre israélo-égyptienne en 1969 de respecter simultanément les droits de l'homme et leurs obligations d'après les Conventions de Genève (rés. 237).

C'est ainsi que le "droit international humanitaire" est né. La guerre froide et la course aux armements n'ont pas permis que les efforts de la majorité des Etats, du CICR et de l'opinion publique, déployés en vue d'accepter une interdiction des armements nucléaires et de destruction massive soient couronnés de succès. Pourtant, le progrès sur le plan humanitaire a contribué à la constitution d'une interdépendance fonctionnelle entre le respect des principes humanitaires et le droit des droits de l'homme. La symbiose entre ces deux préoccupations a définitivement transformé le facteur humanitaire en une des forces de l'affirmation desquelles dépend le développement du droit international humanitaire. Malheureusement, cela ne signifie pas que la compétition entre la nécessité militaire et le facteur humanitaire a disparu. C'est une contradiction organique de ce domaine du droit international. La protection humanitaire est de plus en plus présente dans la formation des règles et principes du droit des conflits armés qui est généralement identifié avec le droit humanitaire maintenant. Mais les intérêts des Etats ont gardé leur rôle décisif. L'état du droit positif est la meilleure confirmation de cet état de choses.

3. On a créé au cours de l'évolution du droit international et du droit des conflits armés un système de protection composé de trois régimes. Un qui a trait aux conflits armés internationaux qui est dominant. Il représente le fondement du droit international humanitaire. Il reflète la ligne générale de l'évolution du droit de la guerre traditionnel. Avec l'élargissement de la protection humanitaire dans les guerres civiles et autres conflits internes

² En faveur de cette application l'Institut s'est prononcé deux fois : dans les Résolutions qu'il a adoptées à Zagreb en 1971 et à Wiesbaden en 1975. Voir *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Résolutions 1957-1991, Pedone, Paris, pp. 86 et 114.

deux régimes se sont cristallisés en établissant une situation qualitativement nouvelle. Ces trois régimes s'entremêlent dans la pratique en aggravant non seulement la situation du CICR et autres organisations humanitaires mais tout particulièrement de ceux à la protection desquels ils devraient servir. Pour cette raison, les avantages de la réglementation juridique de la protection humanitaire actuelle, indépendamment du progrès qu'elle a atteint, restent discutables.

La nature du régime de protection humanitaire dans les conflits armés internationaux est claire. C'est un régime uniforme amélioré considérablement avec le Protocole I. Les innovations que cet instrument contient ont suivi les tendances modernes du développement du droit international. En accord avec la reconnaissance obligatoire du droit des peuples à l'autodétermination on a élargi la portée des Conventions de Genève sur les guerres anticoloniales (art. Premier par. 4). C'est un des plus grands aboutissements de la décolonisation dans le domaine du droit de l'homme, la protection des participants et de la population civile est devenue plus effective et précise. Les obligations qui ouvrent la voie aux actions plus efficaces du CICR et des organisations humanitaires ont été adoptées. Les méthodes et moyens de la conduite des hostilités, le statut des combattants et des prisonniers de guerre et de la population civile ont été adaptés aux circonstances nouvelles. Le système du contrôle et de répression des infractions des dispositions des Conventions de Genève et du Protocole I a été amélioré substantiellement. On a inclus des obligations qui prévoient l'internationalisation du contrôle par la constitution de la Commission d'établissement des faits dont l'appartenance est restée facultative, un système national plus efficace de répression des violations graves et une coopération dans ces cas entre les Parties contractantes ainsi qu'avec l'ONU en accord avec la Charte (Section II, titre V). On doit souligner que rien n'a été changé par rapport à l'art. 3 commun sur les conflits armés internes. Cette matière n'a pas une place dans le Protocole I.

La protection humanitaire dans les conflits armés internes a subi un changement profond. L'art. 3 commun est resté intact mais on a extrait de sa portée une catégorie distincte des conflits armés non internationaux. Le Prot. II a érigé un système particulier de protection humanitaire parallèle

avec celui de l'art. 3. Dans l'art. premier du Protocole II on souligne que cet instrument "développe et complète" l'art. 3 commun. Il paraît au Rapporteur, qu'en dépit du fait que le Prot. II a élargi la protection humanitaire, ce n'est pas si certain.

En premier lieu parce que les mesures et obligations que ce Protocole prévoit ne sont pas applicables à tous les conflits armés non internationaux. On peut même dire qu'il introduit dans le système de la protection humanitaire en général un élément de discrimination qui est contraire au caractère uniforme que cette protection devrait avoir par rapport aux victimes de tous les conflits armés en tant qu'êtres humains. Indépendamment du caractère spécifique des diverses catégories de conflits armés – qui a été indubitablement le critère unique au cours de l'évolution historique lors de la détermination de la portée de la protection humanitaire – le devoir du respect des droits fondamentaux de l'homme ne permet aucune exception sur ce plan. Le Protocole II, malheureusement, ne tient pas compte de cette norme du droit international qui appartient aujourd'hui au *jus cogens*. Le Protocole II limite les mesures et obligations qu'il contient seulement à une catégorie de conflits armés non internationaux qui est précisément définie. Ce sont les conflits qui se déroulent entre les forces du gouvernement et les forces armées des insurgés organisées qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie du territoire d'un Etat un contrôle qui leur permet de mener des opérations militaires continues et concertées et "d'appliquer ce Protocole" (art. premier). Pour sa part, l'art. 3 commun est sur ce point ouvert. Il parle tout simplement d'une protection qui doit avoir lieu dans tous les conflits armés "ne présentant pas un caractère international surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes". On peut même dire qu'il stipule, en demandant que "chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer ..." les dispositions de cet article, sa mise en oeuvre automatique.

De plus, on peut constater que les conditions prévues dans le Protocole II pour son application effective ne peuvent pas être comprises comme expression d'une volonté ferme des Etats de se consacrer à la réalisation de cette tâche. Une grande discordance existe à ce propos entre

les régimes de l'art. 3 commun et du Protocole II. La mise en oeuvre de l'art. 3 n'est soumise à aucune condition spécifique et suit l'obligation des Parties contractantes des Conventions de Genève "de les appliquer ou de les faire appliquer dans toutes les circonstances" (art. premier). Contrairement, le Protocole II est beaucoup plus sévère. Le respect de la souveraineté et de la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'Etat ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale par tous les moyens légitimes et du principe de non-intervention (art. 3) est la condition *sine qua non* de l'application du Protocole II. On a exclu explicitement les tensions internes, troubles intérieurs et autres émeutes qu'on ne considère pas comme conflits armés (art. premier, par. 2). L'art. 3 commun n'entre pas dans cette matière. La situation du CICR correspond à cette approche. L'art. 3 reconnaît son activité d'organisme humanitaire impartial sans aucune réserve. D'après l'art. 18 du Prot. II l'action de la protection humanitaire est réservée exclusivement aux organisations nationales de la Croix-Rouge.

On peut en conclure que la protection humanitaire d'après le Protocole II est complètement dans les mains du gouvernement de l'Etat dans lequel un conflit armé interne se produit. On n'y parle pas du tout du statut juridique des insurgés. L'art. 3 commun reprend la règle coutumière et déclare que son application n'aura pas l'effet sur le changement du statut des belligérants" (par. 2). Ne signifie-t-il pas qu'on a voulu laisser ainsi dans le Protocole II la porte ouverte pour l'adoption en un moment donné d'une décision qui permettrait la reconnaissance des insurgés, tels qu'ils ont été définis dans son article premier comme belligérants, comme entité étatique partie au conflit ?

Le contenu de la protection humanitaire prévue dans les dispositions du Protocole II permet une telle allusion. Les mesures que prévoit son texte sont pratiquement une adaptation des dispositions des Conventions de Genève et du Protocole I au caractère spécifique des conflits que le Protocole II a en vue. On demande une protection renforcée des personnes civiles et des enfants, on interdit la liquidation des personnes hors combat et la répression collective, on demande la protection à l'égard des dangers créés par les opérations militaires (excepté dans les cas de la nécessité

militaire impérative), on interdit l'expulsion de la population civile pendant le conflit armé (nous dirions aujourd'hui la purification ethnique). D'autre part, en accord avec le statut privilégié de la partie gouvernementale ces mesures de protection ne sont pas suivies par des garanties et un contrôle juridique international comme dans le cas du Protocole I ou national. On a laissé sans réponse les questions relatives à la reconnaissance du statut des prisonniers de guerre et des personnes qui n'ont pas participé aux combats. On a interdit les représailles mais non pas la perfidie et l'utilisation des civils dans les opérations militaires. On ne parle pas de l'interdiction de l'utilisation illimitée des moyens et méthodes de combats et de la création des zones démilitarisées ou de sécurité ainsi que de la répression des infractions ou du contrôle de la mise en œuvre des dispositions du Protocole II.

En bref, l'opinion du Rapporteur est que le système de la protection humanitaire qui se dégage du droit positif ne peut pas être traité comme satisfaisant. La dissymétrie de la réglementation de la protection dans les cas des conflits internationaux et non internationaux est évidente.³ L'analyse qui précède l'a démontré. Le fait que les Conventions de Genève contiennent environ 500 articles consacrés aux conflits armés internationaux et que seulement une vingtaine d'articles se rapportent au conflits armés non internationaux dans l'ensemble du droit humanitaire, n'appelle pas un commentaire particulier. La situation sur le plan de la protection humanitaire peut être, en conséquence, appréciée comme critique. Les problèmes qui se sont posés au cours des conflits armés récents auxquels ont pris part les entités non-étatiques, dont s'occupe ce Rapport le confirment incontestablement.

³ Veuthey a, dans son livre "Guerilla et droit humanitaire", Institut Henri Dunant, Genève, 1976, par une analyse très convaincante, démontré le caractère contradictoire du droit international humanitaire en soulignant que "La guerre contemporaine est marquée par une tendance à l'inégalité des belligérants matérielle mais aussi parfois juridique ...", p. 35. Voir aussi les chapitres correspondants chez David dans les "Principes de Droit des Conflits armés", Bruylants, Bruxelles, 1994.

4. La situation juridique des entités non-étatiques dans les conflits armés dépend de l'application des principes et règles appropriés du droit international et tout particulièrement humanitaire. Cependant, dans les conflits armés internes récents la pratique a dépassé les limites de la réglementation juridique existante. On a pu voir que le droit positif n'a pas pu satisfaire les besoins. Les problèmes avec lesquels la communauté internationale s'est confrontée en essayant d'intervenir dans les conflits qui ont eu lieu sur les territoires de l'ex-Yougoslavie, la Somalie, le Rwanda, l'ancienne Union soviétique, l'Afghanistan, etc., justifient une telle constatation. Ce sont surtout les conflits du territoire de l'ex-Yougoslavie qui peuvent être examinés comme exemple typique de la situation dans laquelle s'est trouvée l'application des règles sur les conflits armés non internationaux.⁴ Des efforts exceptionnels ont dû être déployés sur les plans politique et diplomatique, militaire et juridique, et surtout humanitaire et non pas avec un grand succès, dans la recherche des solutions de ces problèmes. La mise en oeuvre de la Charte des Nations Unies, des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels simultanée et parallèle s'est manifestée. L'ensemble du mécanisme du droit international, et du droit humanitaire, a été utilisé pour réaliser une intervention internationale efficace. Il paraît qu'avec l'éclatement de ces conflits on s'est abruptement trouvé devant une situation pour laquelle ni le droit international général, ni le droit humanitaire n'étaient préparés adéquatement.

Il serait trop ambitieux de prétendre faire dans ce Rapport une analyse systématique et détaillée de l'application des règles et principes du droit international et du droit humanitaire pour démontrer les conséquences du comportement des parties aux conflits armés auxquels ont pris part les entités non-étatiques de notre temps. En évoluant avec un dynamisme extrême ces conflits ont posé devant la communauté internationale de jour en jour des problèmes nouveaux, politiques et juridiques d'importance

⁴ Voir Sandoz, *Réflexions sur la mise en oeuvre du droit international humanitaire et sur le rôle du Comité de la Croix-Rouge en ex-Yougoslavie*, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 4/1993.

exceptionnelle. Une suite d'événements, d'actions et violations des règles et principes fondamentaux du droit international, et tout particulièrement du droit humanitaire, a démontré un tel mépris de leur respect de la part des entités non-étatiques qu'une réaction de la communauté internationale a été inévitable. D'une part, ces conflits sont devenus une menace réelle pour la paix et la sécurité dans le monde ce qui a eu comme résultat une intervention du Conseil de Sécurité des Nations Unies. D'autre part, l'optique dans laquelle a été traité généralement par le passé le droit international humanitaire a changé. La répression de ses violations a été comprise comme une des tâches urgentes. Les problèmes de la protection humanitaire et d'assistance ont mobilisé la communauté internationale. L'application des règles du droit humanitaire, spécialement des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, a demandé que le CICR et le Mouvement de la Croix-Rouge, et les organisations humanitaires, se consacrent avec toutes leurs forces à la réalisation de ce devoir. C'est surtout le CICR qui a, en insistant sur le respect des obligations existantes, réagi avec une grande imagination en pratiquant une diplomatie subtile⁵ et procédant aux nombreuses actions sur le terrain avec un pragmatisme qui lui a permis de remplir sa mission historique.

Il semble au Rapporteur, que les actions entreprises à propos des conflits armés auxquels ont pris part des entités non-étatiques après la fin de la guerre froide ont changé dans une bonne mesure qualitativement⁶ la situation dans les domaines du droit international et du droit humanitaire.

On peut voir que sur le plan général ces conflits, et avec eux les préoccupations humanitaires, desquelles s'occupe le droit humanitaire, ont été définitivement reconnu comme partie intégrale de l'activité du maintien de la paix et la sécurité internationales. Dans un grand nombre de résolutions approuvées par le Conseil de Sécurité figurent les questions

⁵ Voir Berger, *La diplomatie humanitaire du CICR et le conflit en Croatie (1991-1992)*, CICR, Genève, 1995.

⁶ C'est aussi une des conclusions du Supplément à l'Agenda pour la Paix, *op. cit.*, par. 9.

relatives à la protection et l'assistance humanitaires. Dans le cas des Kurdes pendant l'action contre l'Irak (Rés. 688), en Somalie (Rés. 794) et surtout en Bosnie Herzégovine l'aspect humanitaire est présent presque régulièrement dans ces résolutions. A propos du conflit en Bosnie Herzégovine en partant des appels pour le respect du droit international humanitaire jusqu'à la constitution, à la base du Chapitre VII du Tribunal pénal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (Rés. 764/1992), 770/1992, 771/1992, 780/1992, 808/1993 et 827/1993). Si on y ajoute l'élargissement du mandat des forces des Nations Unies (FORPRONU) sur le domaine humanitaire par rapport à l'assistance humanitaire, la création des corridors humanitaires et des zones de protection ainsi que l'autorisation donnée aux forces des Nations Unies d'utilisation de la force en vue de leur défense (Rés. 752/1992, 757/1992, 757/1992, 758/1992 et autres, 824/1993, 836/1993) on peut voir que le système des Opérations pour le Maintien de la Paix a été sérieusement bouleversé par ce conflit.⁷ En laissant de côté le problème de la relation de ces décisions du Conseil avec le texte de la Charte, qui sera longuement discuté dans la doctrine, on peut constater que le Conseil a utilisé très largement son pouvoir discrétionnaire en essayant de contribuer au renforcement du respect et de l'application du droit humanitaire. Il ne faut pas négliger également que dans son activité politique relative à la pacification de la situation, le Conseil ainsi que les Forces des Nations Unies, tout particulièrement dans le cas de la Bosnie Herzégovine, a dans les rapports qu'il a entretenus avec les entités serbes et autres, de facto, très probablement dépassé les limites traditionnelles des relations que le droit international a toléré dans les contacts avec les belligérants insurgés. C'est un aspect particulier, qui devrait être, d'après le point de vue du Rapporteur, étudié plus à fond avant de tirer des conclusions plus concrètes. On ne peut pas nier, en tout cas, que les représentants du Secrétaire général, des médiateurs des organisations

⁷ Voir Symposium on Humanitarian Action and Peace-Keeping Operations, *Report*, Geneva, 22-24 June 1994, ed. Umesh Palwankar, ICRC, 1994.

régionales européennes ainsi que des grandes puissances, ont entretenu des rapports réguliers sur les plans diplomatiques et politiques avec les représentants des entités non-étatiques créés sur le territoire de la Bosnie et Herzégovine et que leur représentants ont participé directement ou sous le couvert des Etats intéressés aux conférences convoquées pour la recherche de solutions du conflit.

Dans le domaine du droit humanitaire on a été également forcé de prendre quotidiennement des décisions et des mesures en accord avec les besoins qui se sont manifestés sur le terrain. Il fallait s'adapter immédiatement aux changements du caractère des conflits, suivre leurs métamorphoses de leurs nature interne qui devenait internationalisée avec l'intervention de l'ONU et, enfin, internationale, après la proclamation et la reconnaissance de l'indépendance d'une des parties. L'exemple le plus marquant est celui du conflit entre la Croatie et l'ex-Yugoslavie. Le CICR a dû recourir dans une telle situation à toute une série de solutions qui ont été effectivement une combinaison de l'application de l'art. 3 commun et des dispositions des Conventions de Genève dans leur ensemble et du Protocole I mais au début du Prot. II aussi. Du 24 octobre 1991 jusqu'au 4 janvier 1994 huit accords entre les représentants des belligérants ou de leurs gouvernements et la Croix-Rouge ont été conclus et il y a eu 8 réunions sur les questions relatives à l'échange des prisonniers, y compris les personnes privées de liberté, la neutralisation des hôpitaux, la démobilisation des soldats croates de la YPA, la libération des prisonniers. On a créé une commission conjointe qui travaille encore pour la recherche des personnes disparues et des dépouilles mortelles.⁸ Une situation similaire a eu lieu au début du conflit armé en Bosnie Herzégovine où on a signé au mois de mai 1992 trois accords entre les parties aux conflits qui ont combiné l'application de l'art. 3 commun et des Conventions de Genève, ainsi que les deux Protocoles additionnels.⁹ En effet, on peut constater que sous

⁸ Voir Berger, *op. cit.*, annexes.

⁹ Jakovljevic, The Agreement of May 22, 1992 on the Implementation of International Humanitarian Law in the Armed Conflict in Bosnia-Herzegovina, *Revue Yougoslave de Droit international*, 2-3/1992.

pression des besoins, la barrière entre les mesures de protection humanitaire dans les conflits armés internationaux et non internationaux a commencer à fondre progressivement dans la pratique.

En tant qu'une conséquence du phénomène ci-dessus mentionné on peut attirer l'attention sur le fait que généralement en lançant des appels en faveur du respect du droit international humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques de nos jours, on ne s'occupe guère de la division entre les règles concernant les conflits internationaux et non internationaux. Le contenu des résolutions et décisions du Conseil de Sécurité le démontre sans exception. De même la Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de guerre, réunie à Genève en 1993, par le gouvernement suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève insiste sur le caractère uniforme du droit international humanitaire en lançant l'appel en faveur du renforcement du respect de ses normes. On a demandé aux Parties contractantes de "respecter et de faire respecter" (art. Premier des Conventions de Genève) les obligations qui en découlent en adoptant un programme d'action afin d'étudier et de proposer aux Etats des mesures en vue de rendre plus efficace l'application du droit international humanitaire. Ces décisions ont été confirmées par la XXVIème Conférence internationale de la Croix-Rouge de Genève en 1995. A la base des propositions du CICR on a commencé à étudier l'expérience des conflits armés actuels auxquels ont pris part les entités non-étatiques depuis les années quatre-vingt-dix. Il est question d'études dont le but est défini comme effort d'arriver à un renforcement de l'efficacité du droit humanitaire dans le domaine des conflits armés non internationaux tenant compte des règles relatives aux conflits internationaux. Les problèmes de la conduite des hostilités ont été mis au premier plan. On a demandé de procéder à une amélioration des règles de la conduite des hostilités dans les conflits internes en partant de celles relatives aux conflits internationaux "en vue d'assurer une protection plus effective de leurs victimes".¹⁰ L'identification des règles du droit

¹⁰ La contribution de l'Institut international de droit humanitaire de San Remo qui a adopté déjà en 1990 "les règles du droit international

coutumier dans les deux catégories des conflits armés, la situation créée par la déstructuration du pouvoir étatique dans les conflits internes et, enfin, la préparation d'un manuel des règles relatives aux conflits armés internationaux et non internationaux unique, représentent les points principaux de ce programme.¹¹ Etant donné que la 16ème Commission de l'Institut est en train d'étudier les problèmes de l'assistance humanitaire cette matière extrêmement dynamique et importante pour la compréhension des lignes de l'évolution et l'application du droit humanitaire est en dehors de nos délibérations.

Il est évident qu'en ce moment toute la matière de l'application du droit international et du droit humanitaire qui concernent les conflits internes est en mouvement. Les régimes des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels qui ont trait aux entités non-étatiques n'ont pas pu, paraît-il, satisfaire complètement les besoins quotidiens. On a du recourir dans un bon nombre de cas aux solutions pragmatiques. Nous nous trouvons peut-être à l'aube d'une nouvelle étape du développement du droit international humanitaire.¹²

5. A la lumière de l'analyse qui précède on peut entamer un débat sur le sujet d'étude de la Quatorzième Commission. Dans leurs réponses au Questionnaire les Membres de la Commission ont attiré l'attention sur un nombre de questions qui nous permettent de voir les possibilités de

humanitaire sur la conduite des hostilités dans les conflits armés non internationaux" sera très utile pour cette étude. Voir Revue internationale de la Croix-Rouge, sept.-oct. 1990, N° 785.

¹¹ Voir la Déclaration finale de la Conférence de 1993 et autres documents, dans la Revue internationale de la Croix-Rouge, sept.-oct. 1993, N° 803, et janv.-février 1996, N° 817.

¹² Voir Šahović, International Humanitarian Law in the "Yugoslav War", *Revue Yougoslave de droit international*, fév.-mars 1992, et dans "Les Nations Unies et le Droit international humanitaire", Actes du Colloque international, Université de Genève, Pedone, Paris, 1996, pp. 199-200.

renforcement du respect des règles et principes juridiques relatives aux conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques ainsi que les perspectives d'une amélioration de leur application en avenir.

Dans l'Exposé préliminaire le Rapporteur a soulevé la question des raisons pour lesquelles l'Institut a demandé de considérer séparément l'application du droit international et du droit humanitaire. Dans leurs réponses les Membres de la Commission ont soutenu plusieurs thèses. MM. Schindler et Skubiszewski ont plaidé en faveur d'une analyse qui permettrait de voir s'il y a eu des changements dans le statut des entités non-étatiques dans le cadre du droit international. M. Dinstein a insisté sur le fait que le sujet d'étude de la Commission concerne directement les conflits non internationaux et que l'Institut a dû le dire explicitement. Il a souligné en même temps que le but de la Commission devrait être la clarification de l'*interaction* (anglais) entre le droit humanitaire moderne et le droit international classique tout en insistant sur la pratique récente de la reconnaissance des belligérants. En parlant du même problème M. Degan a souligné avec une grande force que le devoir principal devrait être une étude de la responsabilité pour les violations du droit humanitaire à la base des règles générales du droit international. Enfin, MM. Li et Abi-Saab ont été d'avis que les questions relatives au droit international devraient être analysées en fonction de l'application du droit des conflits armés ou humanitaires. M. Abi-Saab a été catégorique en disant qu'il faudrait "... esquisser les solutions du droit international général comme "référent" pour l'analyse plus approfondie de la question en droit humanitaire". D'après son opinion il s'agit d'une distinction entre "le genre et l'espèce", "l'ensemble et une de ses composantes".

Cette dernière constatation de M. Abi-Saab est incontestable. Mais sa requête de limiter l'analyse à "une esquisse des solutions du droit international comme référent pour une analyse plus approfondie de la question en droit humanitaire" mérite une précision. D'après l'approche du Rapporteur à la question du rapport entre le droit international et le droit humanitaire, on ne peut pas parler du renforcement du respect et de l'application des normes relatives aux conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques, ne tenant pas compte de leur interdépendance

organique. C'est une relation de caractère général qui s'est confirmée encore une fois dans le cas du sujet de notre étude. Ses conséquences se sont fait sentir sur les deux plans du droit international général et du droit humanitaire. La dialectique de leur rapport est telle qu'il est impossible de graduer la force de leur influence particulière. Le droit international change par ses mutations le cadre général de l'application du droit humanitaire tout en subissant les effets de ce changement.

Tout ce qui s'est passé dans la pratique démontre qu'avec l'évolution des conflits internes récents la situation du droit humanitaire et des entités non-étatiques dans le domaine du droit international n'est plus la même qu'auparavant. Et que le droit international général a renforcé son influence dans le domaine humanitaire. Il n'est pas nécessaire d'élaborer plus cette remarque après l'analyse de l'évolution historique, du droit positif et des effets des conflits internes. On a pu voir que le système de sécurité internationale des Nations Unies a englobé les problèmes concernant le respect du droit humanitaire tout particulièrement à cause des conflits internes et le comportement des entités non-étatiques comme parties de ces conflits. L'idée de la création d'une juridiction pénale internationale a été fondamentalement renforcée par la création des Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yugoslavie et le Rwanda. Dans l'ensemble on peut estimer qu'à la base de ce développement se trouve la force obligatoire du droit des droits de l'homme avec lequel le droit humanitaire est de plus en plus lié, et dont l'appartenance au *jus cogens* est très difficile à nier.

Reste, cependant, ouverte la question du statut juridique des entités non-étatiques et du sens juridique de ce terme, indépendamment de leur traitement de belligérants purs et simples par le droit des conflits armés. Dans l'Exposé préliminaire le Rapporteur a déclaré que ce terme n'est pas défini et précisé juridiquement et qu'on pourrait le comprendre comme descriptif indiquant une entité étatique en formation. On peut y ajouter que les organisations internationales sont couvertes par ce terme aussi. En répondant à cette question les membres de la Commission ont essayé de le clarifier à la base de divers critères.

M. Skubiszewski a pris comme point de départ la personnalité juridique et la capacité d'agir des entités non-étatiques en droit international. D'après ce critère existe, d'après son opinion, deux catégories de ces entités. Dans la première se trouvent celles qui possèdent des droits et devoirs juridiques de caractère double que leur attribue le droit international, en particulier le droit humanitaire. Ce sont des belligérants classiques ainsi que ceux reconnus dans notre temps (nation, peuple, mouvement de libération). A la deuxième catégorie appartiennent les groupes qui ne possèdent ni la personnalité juridique ni la capacité d'agir en droit. C'est une communauté de fait, sans statut, en tant que groupe sur le plan du droit de la guerre mais leurs membres ont des droits et obligations que les normes juridiques garantissent à tous les individus, particulièrement au cours des conflits armés. M. Abi-Saab a une opinion contraire. Il est explicite en disant que le terme "entités non-étatiques" est purement descriptif qui souffrirait en tant que notion juridique d'une définition négative, car elle serait définie par ce qu'elle n'est pas, plutôt que par ces éléments constitutifs. Il énumère en même temps toutes les catégories des "acteurs" sur la scène internationale, allant des dérivés du modèle étatique, jusqu'au mouvement de libération nationale et organisations internationales, individus et groupements privés de caractère transnational. M. Abi-Saab souligne qu'il évite le terme "sujet" en estimant que c'est la Quatorzième Commission qui devrait déterminer si et dans quelle mesure le droit international général et plus particulièrement le droit humanitaire s'appliquent à ces entités. M. Abi-Saab, donc, contrairement à M. Skubiszewski, qui reconnaît l'existence des entités non-étatiques possédant une personnalité juridique plus ou moins limitée relativise et même nie la possibilité de leur reconnaissance en insistant sur la différence entre les termes "personnalité juridique" et "sujet de droit international".

Entre ces deux extrêmes se trouvent les opinions des autres membres de la Commission. M. Sohn nous rappelle que le problème de la situation juridique des entités non-étatiques n'est pas nouveau. En donnant des exemples historiques ("governments in exile", les Kurdes) il souligne qu'il faut être très prudent en essayant de définir ce terme. M. Degan considère le terme "entités non-étatiques" d'après les dispositions des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels et souligne que le

statut juridique des belligérants qui sont des entités non-étatiques peut changer. Il insiste sur l'importance de la reconnaissance de la belligérance dans la détermination du statut juridique des entités non-étatiques , d'après le Protocole II. Il estime aussi que le terme "entités non-étatiques" est descriptif et attire l'attention à son sens géographique en parlant de l'expérience qu'on a eu en ex-Yougoslavie. M. Degan se demande aussi quelles devraient être les limites de l'application du principe de l'autodétermination des peuples qui en tant que collectivité ethnique sont divisés entre plusieurs Etats. Pour M. Li les entités non-étatiques, indépendamment du fait qu'ils se sont ou non proclamés en Etats, doivent avoir une force militaire qui leur permet de s'engager dans les conflits armés. En même temps, il déclare que le terme "entités non-étatiques" devraient être traité comme descriptif. Enfin, M. Schindler oriente le débat dans une autre direction. Il considère que ce terme a été utilisé dans le titre du sujet exclusivement en relation avec les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques et identifie ce terme avec la notion des "parties au conflit" ou plus exactement "parties aux conflits qui ne sont pas les Etats" utilisée par l'art. 3 commun des Conventions de Genève. D'après son opinion il ne faudrait pas tenter d'arriver à une définition générale des entités non-étatiques car le statut de ces entités et leurs définitions peuvent varier selon les domaines du droit international dans lesquels elles jouent un rôle déterminé. Il estime qu'on a choisi cette expression, en formulant le titre du sujet de l'étude de la Commission pour embrasser en même temps les conflits armés non internationaux et les conflits mixtes puisque le droit humanitaire ne connaît pas une expression englobant les deux types de conflits. L'expression choisie est plus simple pour atteindre ce but. Enfin, M. Schindler parle de la situation spécifique qui caractérise l'effondrement du pouvoir étatique et dans laquelle règne la violence généralisée, le banditisme et l'anarchie dans laquelle les parties au conflit ne sont pas souvent clairement identifiable de sorte que l'on ne peut pas parler ni d'entités non-étatiques ni des parties au conflit. Il a constaté que la Quatorzième Commission devrait s'occuper de cette situation aussi et même propose le changement du titre du sujet.

Après une lecture attentive des réponses ci-dessus présentées on peut conclure que dans l'ensemble elles ont réussi à clarifier les divers

aspects du terme “entités non-étatiques”. On a facilité ainsi la tâche du Rapporteur. Ses réflexions seront plutôt inspirées par la situation actuelle créée par les conflits armés récents auxquels ont pris part les entités non-étatiques. D’un point de vue général il est évident qu’il n’est pas possible de le définir comme une notion juridique intégrale. C’est un dénominateur commun de diverses catégories de personnalités juridiques, qui ne représentent pas les sujets complets de droit international, mais dont les capacités différentes d’action dans ce domaine ne peuvent pas être ignorées dans l’application des règles et principes juridiques. Ce que signifie que le terme “entités non-étatiques” ne devrait pas être traité comme neutre par rapport aux droits et devoirs et au comportement des diverses catégories de ces entités dont les implications et conséquences peuvent avec le temps et graduellement contribuer à la constitution de leur statut juridique particulier commun.

Si on aborde de ce point de vue le sujet de notre étude cette approche permet d’indiquer un certain nombre de moments qui entr’ouvre la porte à une évolution de ce genre dans le domaine du droit humanitaire, en partant de la situation qui s’est cristallisée au cours des derniers conflits armés non internationaux. M. Schindler a eu raison en soulignant dans sa réponse au questionnaire que le terme “entités non-étatiques” a été choisi pour embrasser en même temps les conflits armés non internationaux et les conflits mixtes. Il paraît au Rapporteur que c'est seulement une des conséquences de la nature des conflits armés que la Commission est en train d'analyser. A cause des violations du droit international, et tout particulièrement du droit humanitaire, leur application a été désignée comme but unique de son étude. Car, en effet, indépendamment des différences entre les capacités juridiques de toutes les catégories des entités non-étatiques, le respect de leurs obligations fondamentales découlant des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, ainsi que du droit coutumier, est l’élément décisif qui égalise leur position. Tout particulièrement par rapport au respect des principes humanitaires et des droits de l’homme au cours des conflits armés. Quant à la question de la responsabilité pour les violations graves du droit international humanitaire le Règlement de Procédure et de Preuve du Tribunal pénal pour l’ex-Yougoslavie, auquel a attiré l’attention M. Abi-Saab a dans l’article 2

sur les définitions déterminé que sous le terme “Etat” il faut comprendre “un Etat membre ou non membre des Nations Unies ou une entité autoproclamée exerçant de facto des fonctions gouvernementales, qu’elle soit ou non reconnue en tant qu’Etat”.

Le Rapporteur reconnaît que les moments qu’il a mentionnés ne sont que des petits pas dans le traitement unique des entités non-étatiques dans le cadre du droit international et humanitaire. Pour progresser dans cette voie une libéralisation des conditions de la reconnaissance de la belligérance stipulée par le Protocole II, d’après lequel elle dépend de la décision du gouvernement, devrait être réalisée. MM. Dinstein et Degan ont soulevé la question de l’importance de cette reconnaissance. M. Degan est allé encore plus loin en parlant du “sens géographique” de la reconnaissance de la belligérance et des limites de l’application du principe de l’autodétermination des peuples divisés entre plusieurs Etats. Sur le plan du droit positif, l’art. Premier du Protocole II par les conditions que doivent remplir les insurgés pour que ses dispositions soient appliquées donne une réponse à cette question. D’autre part, l’art. 3 commun des Conventions de Genève par les obligations qu’il prescrit, s’adressant directement aux parties au conflit, les reconnaît ainsi sans aucune condition préalable comme belligérants et désigne la direction dans laquelle dans le cadre du droit humanitaire la libéralisation de la reconnaissance de la belligérance devrait être réalisée dans toutes les catégories de conflits armés. D’ailleurs la reconnaissance de la belligérance devrait perdre au niveau actuel de la force obligatoire générale du droit humanitaire chaque importance. Ce fait, avec les rapports directs et indirects du Conseil de sécurité et des autres organes régionaux, en un mot, - l’internationalisation des conflits internes qui est un phénomène régulier aujourd’hui - a surpassé les problèmes des rapports entre les parties au conflit sur le champ de bataille.

Tout en soutenant cette thèse il ne faut pas oublier l’importance que pour l’application du droit humanitaire a le caractère des conflits armés internes. Dans leurs réponses au Questionnaire les membres de la Commission ont surtout insisté sur le caractère mixte des conflits armés auxquels ont pris part les entités non-étatiques après la fin de la guerre froide. D’après M. Skubiszewski le caractère mixte des conflits armés non

internationaux est typique pour la période contemporaine. M. Sohn demande qu'on donne un sens le plus large possible au terme "conflit armé" en mentionnant comme exemple la lutte des Kurdes qui dure plus de 50 ans. En parlant des entités non-étatiques M. Degan se réfère à la catégorisation des conflits armés des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels en attirant l'attention avec raison sur la dynamique de leur évolution du stade des troubles jusqu'à la formation des entités étatiques. En nous rappelant que les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques sont de longue date, M. Schindler souligne qu'ils présentent, après la fin de la guerre froide, de nouvelles caractéristiques. Tout particulièrement à la suite de l'effondrement des autorités centrales dans plusieurs Etats et de l'utilisation des forces des Nations Unies pour rétablir l'ordre dans ces Etats et pour protéger les opérations humanitaires. A la base des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels il parle de quatre catégories de ces conflits, à savoir : (a) ceux au sens de l'article 3 commun (entre un gouvernement et une entité non-étatique) ou conflits armés entre les entités non-étatiques, (b) conflits mixtes (conflits armés non internationaux dans lesquels interviennent un ou plusieurs Etats étrangers), (c) conflits non internationaux et mixtes dans lesquels interviennent les forces des Nations Unies, et (d) guerres de libération au sens du par. 4 de l'art. Premier du Protocole I (mouvements de libération comme entités non-étatiques).

Toutes ces réponses reflètent les situations qui se sont manifestées lors de l'évolution des conflits armés non internationaux desquels s'occupe ce Rapport. Parmi leurs conséquences l'impossibilité de réaliser dans la pratique les deux régimes de protection humanitaire prévus par l'art. 3 commun des Conventions de Genève et le Protocole II a une importance exceptionnelle. Il devrait définitivement devenir clair que la réalisation d'une protection humanitaire efficace exige l'adoption d'un système uniforme applicable à toutes les formes de conflits armés. Dans l'ensemble, on peut dire qu'il s'agit du renoncement à la catégorisation des conflits armés comme critère décisif pour la détermination des limites de la protection humanitaire en accord avec la nature spécifique des conflits particuliers. La triste expérience des conflits armés dans lesquels participent les entités non-étatiques ces derniers temps nous pousse à réfléchir dans

cette direction sur l'avenir de la protection et l'assistance humanitaire. L'évolution sur le plan juridictionnel, d'ailleurs, est une indication directe de cette possibilité. Dans l'art. 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, il est habilité de juger les crimes contre l'humanité "commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne ..". Cette attitude a été prise en partant de l'opinion de la Cour internationale de Justice qui a dans l'Affaire Nicaragua contre les Etats-Unis déclaré que les interdictions de l'art. 3 commun des Conventions de Genève reflète "les considérations élémentaires de l'humanité" qui ne doivent pas être violées dans les conflits armés, indépendamment de leur caractère international ou non international.¹³

Reste à répondre à une suggestion de M. Schindler qui s'est demandé, en indiquant que le sujet d'étude de la Quatorzième Commission est l'application du droit international et du droit humanitaire, n'est-il pas nécessaire qu'elle se prononce sur le droit applicable dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques et de son applicabilité. Avec tout le respect pour cette suggestion, le Rapporteur, qui a aussi dans l'Exposé préliminaire effleuré cette question, estime maintenant qu'une analyse approfondie de cet aspect du sujet n'est pas indispensable. Le But de l'Institut a été d'analyser le caractère de l'application du droit international, et du droit humanitaire, en renforçant leur respect en cherchant les voies de l'augmentation de leur efficacité dans les conditions politiques et juridiques internationales actuelles. Entrer dans une analyse plus concrète du droit applicable et de son applicabilité dans les diverses catégories de conflits internes, qui ne dépend pas seulement des facteurs juridiques mais des facteurs extra juridiques aussi, pourrait seulement augmenter la confusion qui s'est déjà manifestée dans la pratique et ne servira pas au but visé par l'Institut.

6. Les conclusions qu'on peut tirer de l'étude de l'application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques, peuvent être formulées, d'une part,

¹³ C.I.J. Jugement du 27 juin 1984, p. 114.

comme une reconnaissance de l'impératif du renforcement de la force obligatoire et du respect de leurs règles et principes et, de l'autre, de la nécessité de la recherche des meilleures voies de leur adaptation aux conditions nouvelles après la guerre froide en vue d'augmenter leur efficacité. L'expérience des derniers temps nous a démontré toutes les lacunes et faiblesses du droit humanitaire et les directions dans lesquelles la communauté internationale a cherché par intermédiaire des Nations Unies et des efforts exceptionnels du CICR de les combler. L'augmentation de l'autorité du facteur humanitaire indépendamment des intérêts particuliers des Etats, est la seule méthode qui pourrait satisfaire les besoins de la communauté internationale et de la personne humaine dans ce domaine.

V. Avant-projet de Résolution

L'Institut de Droit international,

Rappelant les Résolutions qu'il a approuvées sur les "Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection" (session de Neuchâtel, 1900), sur "Le principe de non-intervention dans les guerres civiles" (session de Wiesbaden, 1975) et sur "La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats" (session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989),

Rappelant les Résolutions sur les "Conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées (session de Zagreb, 1971) et sur les "Conditions d'application des règles, autres que les règles humanitaires, relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées (session de Wiesbaden, 1975),

Après avoir considéré l'application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, qui se sont déroulés après la fin de la guerre froide dans la communauté internationale,

Après avoir constaté que des crimes de guerre et contre l'humanité ainsi que des graves violations du droit international humanitaire qui ont eu lieu dans ces conflits ont eu comme conséquence la création par le Conseil de sécurité des Nations Unies des Tribunaux pénaux internationaux pour la poursuite des personnes présumées responsables pour ces actes,

En considérant qu'il est indispensable de procéder à une adaptation des règles relatives aux conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques aux nouvelles conditions internationales en vue de renforcer le respect du droit international humanitaire, et tout particulièrement la protection humanitaire des victimes de ces conflits,

Adopte la Résolution suivante :

1. *Condamne* tous les actes de crimes de guerre et contre l'humanité et les violations graves du droit international humanitaire et se prononce pour une poursuite de tous les responsables de ces actes, en exprimant son appui à l'activité des Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ainsi que l'espoir que la triste expérience des derniers conflits armés non internationaux accélérera la constitution de la Cour internationale pénale permanente,
2. *Salue* avec approbation l'activité des Nations Unies, tout particulièrement du Conseil de Sécurité et des Forces pour le Maintien de la Paix au cours de l'évolution des conflits armés récents auxquels ont pris part des entités non-étatiques, et leur contribution au renforcement de l'autorité du droit international humanitaire et à son traitement comme partie intégrale du système de sécurité de la Charte ainsi que du droit des droits de l'homme,
3. *Exprime* sa reconnaissance au CICR pour les efforts qu'il a déployés en vue de faire appliquer dans des conditions extrêmement difficiles les mesures de protection humanitaire prévues par les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 et pour les efforts qu'il est en train de faire pour adapter le système de cette protection aux nouveaux besoins,
4. *Se prononce* en faveur d'une étude approfondie des problèmes nouveaux qui se sont manifestés au cours des conflits armés auxquels ont pris part les entités non-étatiques actuels pour trouver la meilleure voie et méthode du renforcement de la force obligatoire et la mise en oeuvre du droit international humanitaire et d'une amélioration du statut juridique de ces entités dans le cadre du droit international.

Bibliographie

On peut consulter à côté des études mentionnées dans les notes dans le texte du Rapport provisoire :

- Schindler, Dietrich, "The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1979/II, vol. 163.
- Abi-Saab, Rosemary, "Droit humanitaire et Conflits internes, Origine et Evolution de la Réglementation internationale", Institut Henri Dunant, Genève, Pedone, Paris, 1986.
- Meron, Theodor, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 2/1996.
- Patrnogić, "Customary International Humanitarian Law", *Revue Yougoslave de Droit international*, 1-2/1996.

VI. Réponses et observations des membres de la Commission

Reply of Mr. Louis B. Sohn (19 May 1997)

...

Your proposed resolution does not reflect, however, several important ideas discussed in the report.

I would suggest adding a section in the paper that would consider the following basic propositions which were mentioned in your paper, but need to be emphasized at the end :

Over the last fifty years, the international community has recognized that international law cannot be restricted to regulating relations between States, but must be concerned also with the relations between States and individuals.

As a result, this period saw a tremendous growth of international human rights laws and international humanitarian law. By now, two basic principles have been generally accepted : *All* human beings are entitled to the protection of *all* their human rights ; and *all* human beings are entitled to benefit from *all* provisions of international humanitarian law.

It follows in particular that, as was stated by the Beijing Conference, *all* women have *all* human rights ; and that as it is being now argued in refugee and immigration cases, *all* refugees and immigrants must be granted adequate protection of *all* their human and humanitarian rights.

Similarly, as noted in the 1977 Protocol II on the Protection of Victims of Non International Conflicts, “the international instruments relating to human rights offer a basic protection to the human person”, and “the human person remains under the protection of the principles of humanity and dictates of the public conscience” (Preamble, paras. 2 and 4). The 1977 Protocol I made clear that humanitarian law applies to “armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation” (article 1, para. 4). Recent events have shown that both human rights law and humanitarian law apply also in armed conflicts involving peoples fighting against other oppressing governments ; and that there is no basis for treating this situation differently from the national liberation situation. Neither party to the conflict is entitled to violate either human rights or humanitarian law and international tribunals have been established to punish the violators.

A basic list of prohibited acts against individuals in cases of armed conflict exists in the 1949 Geneva Conventions, common article 3, subparagraph (a) – (d), and in 1997 Protocol I, article 75 (Fundamental Guarantees). The Institute can either adopt, or improve upon, these lists in the reposed resolution clarifying the applicability of international law, especially humanitarian law, to armed conflicts in which entities other than States participate.

Additional reply of Mr. Louis B. Sohn (5 January 1998)

...

I suppose it may be too early to clearly state that “In any armed conflict between a state and an entity other than state, or between two entities other than states, all participants are obliged to observe scrupulously both the international humanitarian law and the fundamental principles of the human rights law”. Nevertheless, we may wish to tray it, as you mention both these obligations several times in your report.

The first paragraph of the draft resolution deals with two different subjects, condemns two activities and supports two others. I suggest that they should be divided, and a new paragraph would start with "2. Exprime son appui ...".

Reply of Mr. Haopei Li (7 July 1997)

...

I have read your excellent provisional report with great interest and agree with most of the views therein. Still, the following points are respectfully submitted for your consideration.

The criticism of Article 3 of the Additional Protocol II of 1977 for its declaration of the principles of respect of state sovereignty and non-intervention as a condition *sine qua non* of its application seems not quite appropriate.

Para. 1 of the said Article affirms the right of a sovereign State "by all legitimate means, to maintain or re-establish law and order in the State or to defend the national unity and territorial integrity of the State". It can scarcely be maintained that for the observance of international humanitarian law a State should forbear to exercise such right.

Para. 2 of the said Article affirms the duty of a state not to intervene in the armed conflict or the internal or external affairs of another State.

The duty of non-intervention has been solemnly declared in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relation and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations adopted by Resolution 2625 (XXV) of the United Nations General Assembly, 24 October 1970. In the Declaration the duty of non-intervention in civil strife of another State is spelled out, *inter alia*, as follows :

“Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to in the present paragraph involve a threat of use of force”.

It seems apposite to add the following statement in the beginning of para. 4 of the proposed Revolution : “The norms of international humanitarian law as stated in Additional Protocol II are far from sufficient in the regulation of the protection of victims in internal armed conflicts, so that efforts for supplementing them are necessary and urgent, considering that such armed conflicts have been increasing in recent times”.

Réponse de M. Dietrich Schindler (11 août 1997)

...

Je vous remercie de votre Rapport provisoire et vous félicite d'avoir trouvé un concept convaincant pour le travail de la 14e Commission. Je me trouve en entier accord avec vos réflexions. La seule modification que je voudrais vous suggérer concerne le projet de résolution. J'ai l'impression que nous ne devrons pas nous limiter (au chiffre 4 du projet) à nous prononcer en faveur d'une étude approfondie des problèmes nouveaux qui se sont manifestés au cours des conflits armés auxquels ont pris part des entités non-étatiques, mais qu'il serait souhaitable de mentionner quelques principes fondamentaux applicables à de telles situations. Je vous indique quelques-uns des principes auxquels je pense.

Affirmer que les conflits auxquels prennent part des entités non-étatiques ne sont plus une affaire relevant de la compétence nationale des Etats mais touchent les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble.

Enumérer les catégories de règles du droit international applicables comme un minimum humanitaire en cas de conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques :

- l'article 3 commun aux Conventions de Genève, le Protocole additionnel II (à condition que l'Etat en cause soit partie à ce Protocole), et le droit coutumier applicable en cas de conflit armé non-international ;
- les principes fondamentaux du droit international humanitaire (applicables en cas de conflit armé international ou non-international) ;
- les considérations élémentaires d'humanité (partiellement identiques avec les règles déjà mentionnées) ;
- les règles relatives aux crimes de guerre, aux crimes contre l'humanité et au génocide.

Clarifier la notion d'entités non-étatiques. Ce terme devrait englober tout groupe ou faction qui prend part à des hostilités contre le gouvernement ou contre toute entité de nature similaire. Ces entités sont liées par les règles mentionnées sans que cela affecte leur statut juridique.

Affirmer la responsabilité criminelle des individus qui violent les règles du droit international humanitaire en cas de conflit armé auquel prennent part des entités non-étatiques.

Constater (ce que vous faites avec beaucoup d'insistance) que la discrimination faite par le droit international humanitaire entre différentes catégories de conflits armés est contraire au principe que tout être humain touché par un conflit armé devrait jouir des mêmes droits fondamentaux sans discrimination aucune.

Je me borne à ces quelques suggestions qui, en cas d'acceptation, devraient être plus soigneusement élaborées.

Réponse de M. Vladimir-Djuro Degan (22 septembre 1997)

... Voulez-vous me permettre de vous féliciter de votre rapport provisoire. Il me paraît présenter une explication détaillée et inspiratrice des problèmes que vous avez pris en considération. Il a été une base très utile de débats fructueux lors de la séance de notre Quatorzième Commission à Strasbourg. Voici mon commentaire, ainsi que certaines suggestions.

Tout d'abord vous m'avez persuadé que j'ai eu tort lorsque j'ai allégué dans ma réponse à votre questionnaire que : "... l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le Protocole II de 1977, ne nécessitent pas d'améliorations et d'amendements substantiels". Bien au contraire, les expériences tristes des conflits récents en Croatie et en Bosnie-Herzégovine, et probablement de celui en Tchétchénie aussi, ont révélé les lacunes graves dans le Protocole II de 1977.

En vue d'encourager les efforts et les initiatives déjà entrepris par le CICR sur le terrain, je me permets de proposer un amendement au dispositif du projet de notre résolution comme suit :

"Il est souhaitable que dans les conflits auxquels s'applique le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949, les dispositions prévues par le Protocole I soient également respectées, notamment celles concernant le statut des prisonniers de guerre et des personnes qui ne participent pas aux combats, sur la création des zones démilitarisées ou de sécurité, et toutes les dispositions interdisant les représailles."

D'autre part je ne suis pas particulièrement heureux du fait qu'au cours de nos débats nous avons réduit nos recherches dans le cadre du mandat de notre Commission. Notre tâche est de préciser l'application du droit international, notamment (mais pas exclusivement) du droit humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent par des entités non-étatiques.

Lorsque j'ai proposé à la Commission des Travaux de notre Institut un pareil sujet, outre les aspects que vous avez discutés dans votre rapport, j'ai eu en vue en particulier les problèmes suivants :

L'applicabilité du principe interdisant la menace et l'emploi de la force dans les différends entre les entités composantes d'un Etat, ou entre les divers groupes ethniques ;

Les moyens particuliers propres au règlement pacifique des conflits internes, y compris la médiation par les organisations internationales ;

Les Chapitres VI, VII et VIII de la Charte des Nations Unies face aux conflits non-internationaux ;

La question du recours au droit des "peuples" à disposer d'eux-mêmes ;

Le respect du principe *uti possidetis* en cas de dissolution d'un Etat, ainsi que la protection des droits de l'homme et de toutes les minorités dans les Etats successeurs.

Il me semble cependant que la majorité des membres de l'Institut n'est pas prête à s'occuper des problèmes touchant à l'intégrité territoriale des Etats existants autres que des conflits armés qui surgissent. Mais vu la gravité des conflits internes ou civils à l'heure actuelle et dans l'avenir, peut-être une autre commission de notre Institut va s'occuper de l'application de l'ensemble des règles du droit international général à de telles situations.

Tenant compte du mandat actuel de notre Commission, le projet de notre résolution pourrait néanmoins être amélioré par un alinéa nouveau dans son préambule, comme par exemple :

"*Persuadé* que le respect scrupuleux des droits civils et politiques de chaque individu dans un Etat doté d'organes juridiques impartiaux et indépendants avec la prééminence de droit, ainsi que le respect des

droits fondamentaux des membres de tous les groupes ethniques (droits à l'existence, à l'égalité, à une participation proportionnelle dans la prise des décisions, au libre usage de leur langue et aux institutions scolaires et culturelles), sont les modes de prévention des conflits ethniques dans les Etats existants.”

Je voudrais ajouter quelques précisions à la discussion sur la notion du terme “entités non-étatiques” en vue de clore ce débat. Il me semble qu'un malentendu a surgi dans ce que j'ai exposé dans ma réponse à votre questionnaire, ce qui est sans doute ma faute.

Si je vous ai bien compris, vous avez posé la question “du changement éventuel du statut juridique des entités non-étatiques provoqué par l'application du droit international et tout spécialement du droit humanitaire dans les conflits armés actuels”, tenant compte peut-être aussi du principe de l'autodétermination des “peuples”.

Dans ma réponse à votre questionnaire je n'ai voulu nullement prétendre que l'application du droit humanitaire dépend de la reconnaissance des insurgés par le gouvernement *de jure* ou par les Etats tiers. Mon opinion est que, à la différence des Etats indépendants et de la grande majorité des organisations gouvernementales qui ont tous une personnalité internationale objective et *erga omnes*, les insurgés ont été toujours des entités transitoires avec une capacité d'agir très limitée. Leur personnalité internationale a été toujours dépendante de leur reconnaissance, soit par le gouvernement *de jure*, ou par les Etats tiers. Pour les Etats qui leur ont soustrait la reconnaissance ces entités n'ont pas existé en tant que sujets du droit international. Par exemple, la plupart des Etats lointains n'ont pas eu des rapports avec les colonies espagnoles insurgées en Amérique Latine après 1810, ou avec les insurgés grecs en 1821-1825, avant qu'ils aient acquis leur pleine indépendance.

Il est vrai que le Protocole I de 1977 a contribué à une certaine personnalité objective aux autorités représentant des peuples engagées dans des conflits armés “dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans

l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes". En vertu des articles I(4) et 96(3) du Protocole I, ces conflits sont assimilés aux conflits armés internationaux. Mais il faut avouer aussi le fait qu'à la fin de la décolonisation presque tous les mouvements de libération nationale ont atteint leurs objectifs. Et à ma connaissance aucune partie aux conflits en ex-Yugoslavie et en ex-Union soviétique ne s'est pas prévalu sur les dispositions ci-dessus citées du Protocole I. Donc, ces dispositions semblent déjà être consommées.

Je suis donc complètement d'accord avec vous et avec les autres membres de notre Commission que le terme "entités non-étatiques" doit être pris dans un sens descriptif et non pas comme une notion juridique. En faveur de cette attitude milite un argument encore plus persuasif.

Parce que notre projet de résolution va se préoccuper presque entièrement de l'application du droit humanitaire, il n'est plus important de déterminer s'il agit en l'occurrence d'une entité non-étatique reconnue ou non, ou si elle possède la personnalité internationale reconnue ou non.

Il faut constater que ce qui est prévu dans le texte de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 tel qu'il est – et indépendamment des insuffisances du Protocole II de 1977 – s'est déjà transformé en normes impératives du droit international général dans le sens des articles 53, 64 et 71 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. En tant que telles, ces normes obligent toutes les parties aux conflits dits "non-internationaux".

Voici donc ma proposition d'un nouvel alinéa dans le dispositif de notre projet de résolution :

"Les dispositions de l'article 3 commun aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire de 1949 se sont transformées en normes impératives du droit international général. En tant que telles elles obligent toutes les parties à tous les conflits armés dits "non-internationaux" ou "internes". L'obligation stricte de ces règles ne dépend pas de la reconnaissance de belligérance ou des insurgés par le

gouvernement *de jure* ou par les Etats tiers ou par les organisations internationales.”

Malgré les imperfections évidentes du texte du Protocole II de 1977 que vous avez signalées à juste titre dans votre rapport provisoire, je suis d'accord avec notre Confrère Dietrich Schindler qu'il faudrait tenir compte “de la situation spécifique qui caractérise l'effondrement du pouvoir étatique et dans laquelle règne la violence généralisée, le banditisme et l'anarchie dans laquelle les parties au conflit ne sont pas souvent clairement identifiables”. Dans une courte période en 1997, avant l'intervention des forces des NU et les élections parlementaires, l'Albanie a souffert exactement d'une telle situation.

Notre résolutions serait certainement insuffisante si l'on ignore de telles situations dont se préoccupe l'article 1(2) du Protocole II de 1977 aussi.

Du point de vue du droit international général, toutes les personnes prenant part aux combats dans de telles situations, aussi bien que dans les conflits internationaux ou non-internationaux, peuvent être coupables de la commission des crimes internationaux, à part leur responsabilité d'après le droit pénal de leur pays. A cette fin voici ma dernière proposition d'un alinéa nouveau dans le projet de notre résolution :

“Dans tous les conflits armés internes ou internationaux et même dans les situations de tensions internes ou de troubles intérieurs, tous les individus qui prennent part aux combats sont tenus de se conformer aux normes impératives du droit international humanitaire. Leurs violations graves peuvent engager la responsabilité des individus pour les crimes internationaux tels que prévus par les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.”

Dans le projet de résolution proposé par vous il faudrait citer à mon avis aussi, dans l'alinéa 2 de son préambule, la résolution de notre Institut intitulée :”Le principe de non-intervention dans les guerres civiles” (session de Wiesbaden, 1975).

Bien que le texte de résolution que vous avez présenté soit plein des vœux au lieu des exposés du droit positif soit *de lege lata* ou *de lege ferenda*, il a inspiré les autres membres de la Quatorzième commission de proposer un nombre de suggestions et d'amendements. Bien entendu, le texte de tous mes amendements pourrait être enrichi et précisé. Je ne doute pas que par notre effort collectif et sous votre direction, nous proposerons à la prochaine Session de notre Institut un bon texte de résolution.

VII. Rapport définitif

6 juin 1998

1. Après avoir considéré les commentaires et suggestions sur le Rapport provisoire et l'Avant-projet de résolution que lui avaient adressés les membres de la Commission, le Rapporteur a procédé à la préparation du Projet de résolution dont le texte est annexé à ce Rapport dans lequel il tient à expliquer la base et le contenu de ses dispositions. Il est sincèrement reconnaissant aux membres qui lui ont fait part de leurs vues et rédigé des propositions concrètes qu'il a acceptées dans la mesure dans laquelle elles correspondaient, d'après son opinion, à la conception générale du Projet de résolution. Ils ont démontré ainsi un intérêt actif pour le travail de la Commission. L'importance de son sujet d'étude est indiscutable non seulement à cause du besoin du renforcement du respect du droit international et du droit humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques mais aussi de la nécessité de rechercher des voies de développement du droit international humanitaire à l'avenir.
2. En rédigeant le Projet de résolution le Rapporteur a essayé de répondre positivement au désir de tous les membres qui ont demandé, dans leurs réponses et vues exprimées au cours de la séance de la Commission à la Session de Strasbourg, que son texte s'occupe des problèmes substantiels manifestés ces derniers temps dans ces conflits. Ayant l'impression que la ligne d'analyse du Rapport provisoire a été approuvée en principe, il a constaté que l'Avant-projet a été critiqué comme insatisfaisant. On a indiqué que la résolution, qui serait éventuellement adoptée par l'Institut, devrait traiter tous les aspects fondamentaux de l'application du droit international et du droit humanitaire dans les conflits armés dans lesquels participent les entités non-étatiques.

3. Cette intention correspond à celle du Rapporteur qui a approuvé sans réserve cette critique. Il a d'ailleurs examiné dans le Rapport provisoire très largement le sujet d'étude mais il lui a paru plus opportun de voir la réaction des membres de la Commission avant de se lancer dans la préparation d'un projet de résolution reflétant toute la complexité de la matière. Il s'est borné d'indiquer dans l'Avant-projet l'état d'application du droit existant en insistant sur le renforcement du respect de ses règles et principes, la suppression de leurs violations et la nécessité de son adaptation aux circonstances nouvelles du monde après la fin de la guerre froide. Le projet de résolution qu'il propose maintenant est beaucoup plus élaboré et contient des conclusions qui concernent l'ensemble du sujet de cette étude.

4. En partant de cette approche le Rapporteur a fait un effort pour arriver à un texte équilibré. Le Projet de résolution reflète les problèmes réels manifestés dans le processus de l'évolution des conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques sur le plans juridique et indique les possibilités de leur solution du point de vue du droit international et du droit humanitaire. Le texte tient compte des situations dans lesquelles les lacunes de la réglementation juridique internationale de la protection humanitaire se sont révélées. Le Projet attire également l'attention sur les nouvelles tendances cristallisées dans la pratique et, enfin, recommande des mesures dont le but est le renforcement de la protection des victimes de ces conflits ainsi que la suppression des violations des obligations des Parties au conflit. En bref, on peut constater en lisant le Projet qu'il combine *de lege lata* avec les besoins *de lege ferenda*. Il ouvre la voie à l'Institut de contribuer, en continuant son activité traditionnelle dans ce domaine, au développement futur du droit international humanitaire.

5. Cette situation est déjà visible dans le Préambule du Projet qui est, peut-être, un peu plus long que le souhaiterait le Rapporteur. Mais il lui a paru indispensable d'indiquer dans le Préambule, en tant que partie déclarative du Projet de résolution, les motifs, le cadre juridique et la situation dans laquelle l'Institut a pris à Milan en 1993 la décision d'entreprendre l'étude du rapport des entités non-étatiques envers le droit international et le droit humanitaire dans les conflits armés qui ont eu lieu

en ce moment. L’Institut a confié cette tâche à la 14ème Commission sans préciser son caractère et ses limites, à vrai dire, sans un débat approfondi. Le texte du Préambule du Projet répond à ces questions en montrant dans ses paragraphes la nature et la direction des travaux de la Commission. Ainsi que son actualité. Une nouvelle situation s’est cristallisée que caractérise le fait, et le Rapporteur a repris sur ce point la formulation de la proposition de Schindler, avec laquelle il est complètement d’accord, que “les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques ne sont plus une affaire relevant de la compétence nationale des Etats, mais touchent les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble”. les résultats de notre étude que présentent les dispositions de la partie opérative du Projet justifient cette constatation.

6. Une question préalable s'est posée devant la Commission à propos de l'utilisation des termes "*entités non-étatiques*" et "*conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques*". On a soulevé la question du sens juridique de ces deux termes et de la possibilité et de l'opportunité de les définir. Il s'est avéré au cours du débat que ces deux termes ne sont pas aptes pour être définis dans le cadre du droit international humanitaire. C'est pourquoi le Rapporteur a recouru à la méthode descriptive. Il a précisé dans le premier paragraphe de la partie dispositive du Projet, une interprétation qu'il faudrait leur donner dans la résolution éventuelle de l’Institut tenant compte des limites du droit positif.

D’après l’opinion du Rapporteur le terme “*entités non-étatiques*” peut être traité du point de vue du droit positif sur la base de l’art. 3 commun des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnels sur les conflits armés non-internationaux de 1977 – en accord avec les conditions qu’ils prescrivent pour les conflits armés internes. Ce qui signifie qu’il faudrait comprendre le terme “*entités non-étatiques*” comme synonyme de la notion juridique des “*parties aux conflits internes*” dans le contexte du droit international humanitaire. En ce qui concerne le terme “*conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques*” le Rapporteur a dans une formule englobant les diverses étapes par lesquelles peut passer l’évolution de ces conflits (y inclus la déstructuration d’un Etat) et la diversité de leurs participants (tiers Etats et les Nations Unies)

confirmé leur nature de “*conflits internes*” tout en suggérant qu'on reconnaît l'existence des “*conflits armés internes internationalisés*” comme une des réalités juridiques de notre temps. Le Rapporteur tient à rappeler que Dinstein a critiqué dans sa réponse au Questionnaire la décision de Milan en estimant qu'effectivement le sujet d'étude de la Commission concerne les conflits armés non internationaux et qu'il fallait le dire ouvertement.

7. On peut voir, donc, d'après la réponse donnée à la question de la définition des termes “*entités non-étatique*” et “*conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques*” qu'on ne peut pas les considérer comme juridiquement neutres. Les par. 2 et 3 du Projet confirment clairement cette opinion. Dans le par. 2 le Rapporteur insiste, ayant en vue aussi les observations de Sohn, sur l'obligation de toutes les parties à ces conflits de respecter scrupuleusement le droit international et le droit humanitaire en y ajoutant le droit des droits de l'homme (the Law of Human Rights). Leur interdépendance est de plus en plus visible au niveau actuel de l'ordre juridique international. Le Rapporteur souligne qu'il s'agit d'un “devoir impératif” en élargissant l'observation de Degan, qui qualifie l'art. 3 commun comme norme impérative, sur l'ensemble du droit applicable mais ne se prononçant pas sur le caractère de cette obligation. Dans le par. 3 le caractère objectif de ce “devoir impératif” est confirmé en soulignant que cette obligation ne dépend pas de la reconnaissance de la belligéranç ou du statut d'insurgé. C'est une attitude qui correspond à la proposition de Degan. Le par. 3, en effet, reconnaît l'existence des diverses catégories des entités non-étatiques, qui possèdent, Skubiszewski l'a démontré dans sa réponse au Questionnaire, des droits et devoirs juridiques de caractères différents. En un mot, indépendamment de la qualité de leur capacité juridique les entités non-étatiques sont liées dans leurs comportement, dans la conduite des hostilités, par le droit. Le Rapporteur a repris, cependant, la formule du par. 2 de l'art. 3 commun des Conventions de Genève de 1949 qui prescrit que l'application de leurs dispositions dans les conflits armés internes “n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit”. Il a voulu ainsi souligné l'importance et l'actualité de la force obligatoire de cette règle du droit international humanitaire.

8. Dans leurs réponses au Questionnaire et commentaires sur l'Exposé préliminaire les membres de la Commission se sont déclarés en faveur de la priorité qu'il faudrait donner aux aspects humanitaires du sujet de son étude. Pourtant, on peut constater que Degan et le regretté Juge Li ont eu raison en nous rappelant dans leurs observations sur le Rapport provisoire qu'on ne peut pas concevoir l'application du droit humanitaire en ne tenant pas compte des normes fondamentales du droit international général. Le Rapporteur a parlé aussi dans le Rapport provisoire de l'influence mutuelle du développement du droit international général et du droit international humanitaire. Le par. 4 du Projet est le résultat de cet état de choses. Il a paru au Rapporteur qu'il est indispensable d'indiquer les règles fondamentales du droit international général qui peuvent être regardées comme cadre juridique et base du comportement des parties aux conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques. En partant de la Charte des NU il a mentionné le respect de l'intégrité territoriale des Etats, l'interdiction de l'ingérence dans leurs affaires intérieures, le respect des droits de l'homme y inclus le droit des peuples à l'autodétermination en ajoutant le règlement pacifique et démocratique des conflits internes. Il a cité ce dernier principe en s'inspirant du libellé du "Principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes" de la Déclaration des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les états conformément à la Charte des NU (rés. 2625/XXV/ de l'Assemblée générale) plaident en faveur d'une reconnaissance démocratique et pacifique, en accord avec les droits fondamentaux de l'homme et la Charte, de ce droit. Les intérêts légitimes de la communauté internationale qui sous-entendent l'évolution démocratique de tous les Etats imposent que les parties aux conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques respectent aussi le principe du règlement pacifique des différents qui est un des fondements du droit international général.

9. On a insisté dans nos débats sur l'identification du droit applicable dans ces conflits. En approuvant en principe cette idée le Rapporteur a décidé de recourir à une énumération des règles et principes qui, appartenant au droit positif, peuvent contribuer à la solution des problèmes juridiques concernant leurs divers aspects. La suggestion de Ress qui a

demandé qu'on "compare toutes les normes du droit international humanitaire sur les conflits armés internationaux pour voir la possibilité de leur application aux conflits armés non internationaux et, plus particulièrement, les conflits internes", lui a paru irréalisable dans le court délai du temps dont dispose la Commission et même d'être en dehors du mandat de la Commission. C'est pourquoi le par. 5 du Projet, suivant le modèle proposé par Schindler, classifie les règles et principes du droit applicable d'après leur appartenance aux diverses sources formelles et leur importance pour la solution des problèmes juridiques qui se posent dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques. Schindler a parlé du "minimum humanitaire". Le rapporteur a ajouté, suivant les réflexions de Sohn, les règles et principes du droit des droits de l'homme.

10. Le par. 6 du Projet est le résultat de l'analyse de l'expérience des conflits armés récents de caractère interne. Cette expérience pleine de déceptions a incité le Rapporteur et quelques membres de la Commission à envisager la possibilité d'application des mesures en faveur du renforcement de la protection humanitaire en dehors des limites du droit sur les conflits armés non internationaux. Quant à lui, le Rapporteur a voulu rester dans le cadre de la réalité. En conséquence, le par. 6 propose le recours à la conclusion sur la base du par. 2 de l'art. 3 commun, entre les parties au conflit d'un accord permettant l'élargissement général ou partiel des dispositions des Conventions de Genève de 1949 sur le conflit interne en cause. D'accord avec la suggestion de Degan, il propose que dans les situations urgentes on pourrait arriver à la réalisation d'une protection humanitaire efficace en appliquant un nombre de mesures prévues par le Protocole additionnel sur les conflits armés internationaux (statut des prisonniers de guerre, zones démilitarisées ou de sécurité, interdiction de toutes formes de représailles, la reconnaissance directe de la compétence du CICR). Enfin, il lui a paru utile d'y inclure l'idée du regretté Juge Li qui a souligné qu'à la lumière de l'augmentation du nombre des conflits internes une reconsideration du texte du Protocole additionnel sur les conflits armés non internationaux pourrait être envisagée.

11. Les paragraphes suivants du Projet s'occupent des solutions juridiques qui d'après l'opinion du Rapporteur méritent une prise de

position de la part de la Commission et de l'Institut. Le par. 7 se prononce en faveur d'une répression de toutes les violations du droit international et du droit humanitaire en insistant sur la responsabilité individuelle des responsables pour ces actes, indépendamment de leurs positions gouvernementales ou militaires, et soutient l'activité des juridictions nationales et internationales. Dans le par. 8 on constate que l'activité du Conseil de sécurité et des Forces de Maintien de la Paix entrepris sur la base du Chap. VII de la Charte a contribué à la reconnaissance du droit international humanitaire en tant qu'un des éléments du système de sécurité. Nous sommes très loin du temps dans lequel la Commission du Droit international a repoussé l'idée de la codification du droit des conflits armés. Le Projet de résolution serait incomplet en laissant de côté ces deux aspects de l'expérience des conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques.

12. Le Rapporteur estime aussi qu'il faudrait, à la lumière de cette expérience, souligner l'importance de la question de la réglementation juridique internationale de la protection humanitaire des victimes des tensions internes et troubles intérieurs. Leur statut est en dehors du droit international humanitaire. Malgré qu'on puisse dire que régulièrement les tensions internes et troubles intérieurs précèdent les conflits armés internes. Le par. 9 du Projet insiste sur la nécessité d'entamer un débat sur cette question qui est reliée à l'application des règles du droit des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

13. Le par. 10 du Projet est consacré à une des conclusions majeures du Rapport provisoire d'après laquelle la distinction entre la protection humanitaire des victimes des conflits armés internationaux et non internationaux, que prescrit le droit international humanitaire positif, a commencé progressivement à disparaître dans les conflits armés récents auxquels ont pris part les entités non-étatiques. Ayant ceci en vue le Rapporteur propose qu'on considère la possibilité de conclusion d'une convention internationale pour la protection des victimes de tous les conflits armés. Ce serait une concrétisation de cette conclusion avec laquelle Schindler et Sohn paraît-il d'après leurs observations pourraient être d'accord, car ils trouvent avec le Rapporteur, que tous les êtres humains

doivent jouir du même traitement, sans aucune discrimination, dans tous les conflits armés.

14. En présentant le Projet de résolution, le Rapporteur souligne qu'il va sans dire que son texte doit être amélioré. Il est persuadé que la Commission réussira à préparer jusqu'à la prochaine session de l'Institut qui aura lieu à Berlin en 1999, à l'ordre du jour de laquelle se trouve notre sujet, un Projet définitif qui sera adopté.

VIII. Projet de Resolution

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses résolutions sur les “Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l’insurrection” (session de Neuchâtel, 1900), “Le principe de non-intervention dans les guerres civiles” (session de Wiesbaden, 1975) et “La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats” (session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989),

Rappelant ses résolutions sur “Les conditions d’application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées” (session de Zagreb, 1971) et “Les conditions d’application des règles, autres que les règles humanitaires, relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées” (session de Wiesbaden, 1975),

Après avoir considéré l’application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques, qui se sont déroulés après la fin de la guerre froide,

Constatant que les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques ne concernent plus que les Etats dans lesquels ils ont lieu mais touchent les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble,

Ayant en vue que pendant les dernières cinquante années le droit international a en partant de la Charte des Nations Unies et du renforcement

du respect des droits de l'homme substantiellement influencé le développement et l'application du droit humanitaire,

Soulignant le devoir de la mise en oeuvre par les parties aux conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques des Conventions de Genève sur la protection des victimes de guerre de 1949 et des Protocoles additionnels sur la protection des victimes des conflits armés de 1977 ainsi que des règles coutumières du droit international,

Condamnant toutes les violations des règles et principes du droit international, et du droit humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques,

Appuyant la poursuite et la punition des responsables pour les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et des violations graves du droit international humanitaire ainsi que la création des juridictions internationales et l'activité des juridictions nationales ayant cette tâche,

Saluant la contribution des Nations Unies, tout particulièrement du Conseil de sécurité et des Forces pour le Maintien de la Paix au renforcement de l'autorité et à l'application du droit international humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques,

Exprimant sa reconnaissance au CICR pour les efforts inlassables déployés en vue de faire appliquer, dans des conditions extrêmement difficiles des conflits armés auxquels prennent par les entités non-étatiques, des mesures de protection humanitaire,

Considérant qu'il est souhaitable de procéder à une reconsideration et adaptation du droit international humanitaire aux nouvelles conditions internationales en vue de renforcer son respect et la protection des victimes de ces conflits,

Adopte la Résolution suivante :

1. Aux fins de la présente Résolution :

L'expression "*entités non-étatiques*" comprend les parties aux conflits armés internes qui s'opposent aux forces armées gouvernementales en accord avec les conditions prévues dans l'art. 3 commun des Conventions de Genève de 1949 et dans l'art. premier du Protocole additionnel sur les conflits armés non internationaux de 1977,

L'expression "*conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques*" comprend les conflits armés internes sur le territoire d'un Etat entre les forces armés du gouvernement et d'une ou plusieurs entités non-étatiques, ou dans le cas de sa déstructuration entre plusieurs entités non-étatiques, et ceux dans lesquels interviennent un ou plusieurs Etats étrangers ou les Forces des Nations Unies en les transformant en conflits armés internationalisés¹.

2. Toutes les parties aux conflits auxquels prennent part des entités non-étatiques ont le devoir impératif de respecter scrupuleusement, tenant compte de leur interdépendance, les règles et principes fondamentaux du droit international, du droit humanitaire ainsi que du droit des droits de l'homme (the Law of Human Rights),

3. Indépendamment de la diversité des droits et devoirs des entités non-étatiques et de la qualité de leur personnalité juridique leur obligation d'application du droit international et du droit humanitaire dans les conflits armés auxquels elles participent ne dépend pas de la reconnaissance de la belligérance ou du statut d'insurgé. L'application des règles et principes du

¹ Les guerres de libération dans lesquelles les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes reconnus par le par. 4 de l'art. premier du Protocole additionnel sur les conflits armés internationaux comme conflits armés internationaux, ne sont pas inclus dans cette définition.

droit international humanitaire dans la conduite des hostilités n'affecte pas leur statut juridique.

4. Les règles et principes du droit international qui, en accord avec la Charte des Nations Unies interdisent la menace ou l'utilisation de la force contre l'intégrité territoriale et la souveraineté des Etats et l'ingérence dans leurs affaires intérieures, prévoient l'observation des droits de l'homme y inclus le droit des peuples à l'autodétermination et le règlement pacifique et démocratique des conflits internes, constituent le cadre juridique général du comportement des parties aux conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques.

5. Le droit applicable dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques comprend :

- l'art. 3 commun des Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel sur les conflits armés non internationaux de 1977 (à condition que l'Etat en cause soit partie à ce Protocole),
- les règles et principes coutumiers du droit international humanitaire applicables aux cas des conflits armés internationaux et non internationaux.
- les règles et principes du droit des droits de l'homme offrant à la personne humaine une protection fondamentale,
- les règles et principes du droit international relatifs aux crimes de guerre, crimes contre l'humanité et au génocide, et
- les principes exprimant les considérations élémentaires d'humanité et les exigences de la conscience publique *de la communauté internationale* dans son ensemble,

6. L'expérience des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques démontrant que les règles et principes du droit applicable ne peuvent pas garantir dans toutes les situations la protection humanitaire nécessaire et complète des victimes de ces conflits, le recours aux mesures suivantes pourrait être envisagé :

- l'application du par. 2 de l'art. 3 commun des Conventions de Genève de 1949 qui prévoit la possibilité de la conclusion entre les parties à ces conflits d'un accord sur l'application des dispositions de ces Conventions dans leur ensemble ou en partie dans la conduite des hostilités,
- l'application dans les situations exigeant une intervention humanitaire spécifique qui n'est pas prévue par l'art. 3 commun et le Protocole additionnel sur les conflits armés non internationaux, des dispositions du Protocole additionnel sur les conflits armés internationaux relatives au statut des prisonniers de guerre et des personnes qui ne participent pas aux combats, à la création des zones démilitarisées ou de sécurité et au renforcement des compétences du CICR, et
- sur le plan général, la considération de la possibilité d'une révision ou d'amendements du Protocole additionnel sur les conflits armés non internationaux de 1977.

7. Toutes violations des règles et principes du droit international et du droit humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques engagent la responsabilité individuelle de tous les responsables pour ces actes, indépendamment de leurs positions politiques ou gouvernementales et militaires, en accord avec les dispositions des instruments juridiques internationaux qui confient la répression de ces actes aux juridictions nationales ou internationales.

8. Grâce à l'activité du Conseil de sécurité et des actions des Forces pour le Maintien de la Paix des Nations Unies entreprises à la base du Chap. VII de la Charte à propos des conflits armés récents dans lesquels ont pris part les entités non-étatiques, le respect du droit international humanitaire s'est affirmé comme élément intégral du système de sécurité de l'Organisation mondiale.

9. Les tensions internes et troubles intérieurs restant en dehors du droit international et du droit humanitaire, la protection humanitaire des victimes de ces conflits exige une attention particulière de la communauté des Etats et une réglementation juridique internationale distincte en accord avec le droit des droits de l'homme et le droit international humanitaire.

10. Etant donné que la distinction entre la protection humanitaire des victimes des conflits armés non internationaux et internationaux a commencé progressivement à disparaître au cours des conflits armés récents auxquels ont pris part les entités non-étatiques, le principe que tous les êtres humains ont droit au même traitement, sans aucune discrimination, dans tous les conflits armés se confirme de plus en plus comme un des piliers du droit international humanitaire. Par conséquent, l'étude de la possibilité de conclusion d'une convention internationale générale pour la protection des victimes de tous les conflits armés s'impose.

IX. Réponses et observations des membres de la Commission

Reply of Mr. Rein Müllerson (18 June 1998)

...

I find the draft Resolution as well as your introductory note stimulating. There are many things with which I agree. Therefore, I will confine my comments to the provisions of the draft Resolution that, in my opinion, may benefit from some fine-tuning.

1. In Para. 7 of the Preamble of the Resolution (as well as in your note and para. 2 of the Resolution) you seem to exclude humanitarian law from the scope of international law. To avoid such impression, I would reformulate this paragraph by adding, for example, the word "especially" before the words "du droit humanitaire".
2. In the next paragraph (8) grave breaches of international humanitarian law stand separately from war crimes. My understanding is that grave breaches constitute an important part of war crimes.
3. I find the idea of "internationalised armed conflicts" not only interesting but also useful because such conflicts have become increasingly common. However, there is no satisfactory definition of such conflicts and it is not clear what kinds of legal rules are applicable in such conflicts. I tend to agree with those who consider that there may be conflicts of mixed (internal-international) character, like one in Bosnia (see, *i.e.* para. 72 of the Tadic case of 2 October 1995 in the Appeals Chamber of the ICTY), where different rules may be applicable depending on the character of the participants.

Related to the issue of internationalised conflicts is the problem that non-state entities may participate not only in internal conflicts pure and simple as well as in conflicts which may be internationalised. They may also participate in international conflicts. Would such conflicts become internalised and what would it mean as to the law applicable to and the status of non-state entities ?

4. In paragraph 4 you rightly refer to some general principles of international law that are applicable in all circumstances, including armed conflicts. Here I find very interesting your interpretation of the principle of protection of human rights as including the obligation of peaceful and democratic resolution of internal conflicts. However, I am not sure whether this interpretation is accepted by all, or even by majority of, the states.

5. In paragraph 5 you write that the law applicable in conflicts where non-state entities take part includes customary law applicable both in internal as well as in international armed conflicts. Although I agree with you (paragraph 10 of the Resolution) that the difference between the protection of victims of international and internal conflicts is being gradually eroded, I do not think that it is possible to conclude that the whole panoply of customary law applicable in international conflicts is already applicable in its entirety in internal conflicts as well.

6. I am not so sure that it is possible to say (para. 7 of the Resolution) that all violations of principles and rules of international law and international humanitarian law (I would prefer to say instead of international law and international humanitarian law, 'international law including humanitarian law') lead to individual (criminal, I assume) responsibility. There are violations of humanitarian law that are not war crimes and certainly not all violations of principles of international law (e.g., that of non-interference in internal affairs) lead to individual responsibility.)

7. I do not believe that internal disturbance and tensions are not covered at all by international law. Certainly, norms of international human rights law, especially its non-derogable provisions, apply in these circumstances.

8. Finally, as I have already written, I agree that distinctions between law applicable in international and internal conflicts are gradually being eroded. However, I am not sure that this process calls for the conclusion of a convention to codify this tendency. First, this tendency is still rather fragile. It has only recently started and therefore it would be better not to try to crystallise it. Moreover, as successful conclusion of such a convention is very problematic, it may be better to leave the development of this tendency to the customary process.

Réponse de M. Dietrich Schindler (15 août 1998)

...

Je vous remercie de la "Note du Rapporteur et projet de résolution" que vous avez bien voulu envoyer, le 8 juin 1998, aux membres de la 14e Commission. Je l'ai lue attentivement et me trouve en plein accord avec son contenu. En ce qui concerne le projet de résolution, j'ai l'impression que nous devrions arriver à une version plus succincte et plus facilement compréhensible pour un lecteur qui ne connaît pas vos rapports.

J'ai essayé de réviser votre projet de résolution dans ce sens et je vous envoie mes propositions ci-jointes. Les changements apportés au préambule sont marqué sur une photocopie de votre projet. Le texte de la résolution elle-même est nouvellement écrit en vue d'une plus grande lisibilité.

Je suis pleinement conscient que mes propositions ont également besoin d'un examen critique.

Pour la discussion finale de la Commission il serait utile de connaître les prises de position écrites des membres de la Commission.

Projet de Résolution proposé par M. Schindler

L’Institut de Droit international,

Rappelant ses résolutions sur les “Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvements insurrectionnels, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l’insurrection” (session de Neuchâtel, 1900), “Le principe de non-intervention dans les guerres civiles” (session de Wiesbaden, 1975) et “La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats” (session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989),

Rappelant ses résolutions sur les “Conditions d’application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées” (session de Zagreb, 1971) et “Les conditions d’application des règles, autres que les règles humanitaires, relatives aux conflits armés et hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées” (session de Wiesbaden, 1975),

Après avoir considéré l’application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, qui se sont déroulés après la fin de la guerre froide,

Constatant que les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques concernent non seulement les Etats dans lesquels ils ont lieu mais touchent les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble,

Ayant en vue que pendant les dernières cinquante années les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies et le droit des droits de l’homme ont substantiellement influencé le développement et l’application du droit humanitaire,

Soulignant le devoir de toutes les parties aux conflits armés auxquels prennent par les entités non-étatiques de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire,

Condamnant toutes les violations des règles et principes du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques,

Appuyant la poursuite et la punition des responsables pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les violations graves du droit international humanitaire ainsi que la création des juridictions internationales et l'activité des juridictions nationales ayant cette tâche,

Saluant la contribution des Nations Unies, tout particulièrement du Conseil de sécurité et des Forces pour le Maintien de la Paix au renforcement de l'autorité et à l'application du droit international humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques,

Exprimant sa reconnaissance au CICR pour les efforts inlassables déployés en vue de mettre en oeuvre, dans des conditions extrêmement difficiles des conflits armés auxquels prennent par des entités non-étatiques, des mesures de protection humanitaire,

Considérant qu'il est souhaitable de procéder à une reconsideration et adaptation du droit international humanitaire aux nouvelles conditions internationales en vue de renforcer son respect et la protection des victimes de ces conflits,

Adopte la Résolution suivante :

1. Aux fins de la présente Résolution :

- l'expression “*entités non-étatiques*” comprend les parties aux conflits armés internes qui s’opposent aux forces armées gouvernementales ou luttent contre des entités de même nature sur le territoire d'un Etat ;

- l'expression "conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques" comprend les conflits armés internes au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et de l'article premier du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II). Y sont inclus les conflits internes dans lesquels interviennent un ou plusieurs Etats étrangers ou des forces des Nations Unies et les conflits entre plusieurs entités non-étatiques en cas de la désintégration des structures d'un Etat.

2. Toutes les parties aux conflits auxquels prennent part des entités non-étatiques, indépendamment de leur capacité juridique, ont le devoir impératif de respecter scrupuleusement les règles et principes fondamentaux du droit international, notamment humanitaire, et du droit des droits de l'homme. L'application de ces règles et principes n'affecte pas leur statut juridique.

(Ce paragraphe réunit vos nos 2 et 3. En conséquence, la numérotation des paragraphes suivants changera).

3. Les règles et principes du droit international sur l'interdiction de la menace et de l'emploi de la force, la non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats, le respect des droits de l'homme, y inclus le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et le règlement pacifique et démocratique des conflits internes constituent le cadre juridique général du comportement des parties aux conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques.

4. Le droit applicable dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques comprend :

- l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), à condition que l'Etat en cause soit partie à ce Protocole et que les conditions de son application soient remplies,

- les règles et principes du droit des droits de l'homme offrant à la personne humaine une protection fondamentale,
- les règles et principes du droit international relatifs aux crimes de guerre, crimes contre l'humanité et au génocide, et
- les principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique.

5. Pour arriver à une protection plus efficace des victimes des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques les mesures suivantes devraient être prises en considération :

- Conclusion par les parties au conflit, conformément à l'art. 3, par.2, commun aux Conventions de Genève de 1949, des accords sur l'application des dispositions de ces Conventions dans leur ensemble ou en partie, notamment pour améliorer la protection des personnes détenues, pour la création des zones démilitarisées ou de sécurité et pour élargir les compétences du CICR ou d'autres organisations humanitaires indépendantes ;
- Révision du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) en vue de compléter ses règles et de le rendre applicable à tous les conflits armés non-internationaux ;
- Adaptation progressive des règles et principes sur la protection des victimes des conflits non-internationaux aux règles et principes applicables en cas de conflit international, tenant compte du principe, de plus en plus confirmé par la doctrine et la jurisprudence, que tous les êtres humains ont droit au même traitement, sans aucune discrimination, dans tous les conflits armés.

(Ce sous-paragraphe remplace votre N° 10).

6. Toute violation des règles et principes du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques engage la responsabilité individuelle des personnes responsables, quelle que soit leur position officielle, en accord avec les instruments internationaux qui confient la répression de ces actes aux juridictions nationales ou internationales.

7. Il est hautement apprécié que le Conseil de sécurité, par les actions entreprises dans les conflits dans lesquels ont pris part des entités non-étatiques, a affirmé le respect du droit international humanitaire comme élément intégral du système de sécurité de l'organisation mondiale.

8. La protection des victimes de tensions internes et de troubles intérieurs, n'étant pas réglée par le droit international humanitaire, exige une attention particulière de la communauté internationale et une réglementation internationale spéciale en accord avec le droit des droits de l'homme et le droit international humanitaire.

Reply of Mr. Antonio Cassese (26 August 1998)

...

1. Let me first of all express my deep appreciation of your labours which undoubtedly constitute an important contribution to the international humanitarian law of armed conflict. I also wish to congratulate you on the Draft Resolution and the accompanying Note, which clearly mark a significant improvement over the previous "Avant-Projet".

2. I shall state at the outset that I fully agree with you on a number of points you make in your "Rapport Provisoire" (RP) and in the Note accompanying the Draft Resolution (N)¹, namely that

¹ Cette Note est le Rapport définitif.

- (1) the status of present international humanitarian law governing non-international armed conflict is unsatisfactory (RP., p. 12) ;
- (2) it is therefore crucial to strengthen the protection afforded to victims of such conflict by the present *lex lata* (RP., pp. 3 and 29) ;
- (3) in drafting a Resolution to be adopted by the *Institut*, it is necessary to combine *lex lata* and *lex ferenda* (N., p. 2) ;
- (4) in particular it is necessary to insist on the criminal prosecution and punishment of those responsible for serious violations of international humanitarian rules governing non-international armed conflicts (N., p. 6) ;
- (5) it is also necessary always to bear in mind the general legal framework within which parties to a non-international armed conflict must operate, that is the fundamental standards of international law by which those parties, as much as any other international legal entity acting in the world community, must abide (respect for the territorial integrity of States, non-interference in domestic affairs, respect for human rights, etc.) (N., p. 4).

3. Having emphasised the main points of agreement, I submit that there is greater room for improving the present status of international humanitarian law relating to armed conflicts in which non-State entities participate, *i.e.* non-international armed conflicts (whether or not third States intervene thereby “internationalising” the conflict).

4. To pinpoint the areas where such a body of law is in need of further amelioration it is to my mind necessary first to identify the areas where States (or non-State entities, for that matter) are more prone to non-compliance with existing legal standards. They are rather obvious and may be described as follows :

- (1) States tend to refuse to admit that a non-international armed conflict has broken out on their territory, claiming that they are simply confronted with terrorism, sporadic riots or non-systematic and non-organised acts of

violence. Or else they tend to claim that armed clashes, if any, occurring on their territory constitute a domestic matter, into which third States or international bodies are not legally entitled to intrude.

(2) Even when, armed clashes being protracted in time as well as large-scale, States concede that an internal conflict has erupted on their territory, they refuse any international monitoring either by other States or international organisations including the ICRC.

(3) When it is admitted that a non-international armed conflict has broken out and some outside monitoring is allowed, the legal restraints on resort to violence by both parties are scarce and insufficient. What is even more striking is that acts prohibited in international armed conflict are often implicitly allowed in non-international armed conflict, for lack of any legal rule governing the matter. It stands however to reason that nowadays internal conflicts are more frequent and more bloody than wars proper, because they are more frequently motivated by ethnic or religious hatred.

5. Faced with these lacunae and pitfalls, I respectfully submit that the task of the *Institut* should lie in contributing to the progressive development of current international law by :

(1) building on existing principles and rules of international law (*lex lata*) with a view to either spelling out their significance, implications or possible ramifications, or bringing to light and thereby helping to crystallise nascent rules of customary law ; and

(2) suggesting *de lege ferenda* new principles and rules that are consistent with and constructively supplement the present body of international humanitarian law.

It goes without saying that there exists no watertight border between the two areas of action, and often drawing upon and improving *lex lata* imperceptibly shades into *lex ferenda*.

I shall take the liberty of propounding a few suggestions along the above lines.

6. With regard to the first task (spelling out and drawing to their logical conclusions existing principles and rules) I submit that there are a few areas which the *Institut* should bring to the fore, enhance and elaborate upon. I shall concentrate on two of them : (i) the correlation between the obligations of the parties to an internal conflict and *the rights and claims of third States* ; and (ii) the nature of the *individual responsibility* for infringements of international rules on internal conflicts.

7. As for the first area, let me stress first of all a decision of the International Court of Justice (ICJ). The Court has held that the provisions of Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 "reflect elementary considerations of humanity" and have become a part of customary international law (*Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua*, Judgement of 27 June 1986, *ICJ Reports 1986*, para. 218). This statement has been confirmed by the Court, although not with express reference to common Article 3, in its Advisory Opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, where the Court spoke of "intransgressible principles of international humanitarian law" (*ICJ Reports 1996*, para. 79, and see paras 74-83).

8. Secondly, the Court, in the *Nicaragua* case, held that the obligation laid down in Article 1 common to the four Geneva Conventions to "respect" the Conventions and "ensure respect" for them "in all circumstances" is an obligation which "does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression" (*ibidem*, para. 220). The Court thus took up the important reflections of Condorelli and Boisson de Chazournes ("Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'", in *Studies and Essays in Honour of Pictet*, 1984, p. 17 ff.), who must be credited with first drawing attention to the significance and the various legal ramifications of common Article 1.

The important holdings of the ICJ deserve to be elaborated upon. It follows from them that (i) the rules laid down in common Article 1 and common Article 3 have become part of customary international law ; (ii) they lay down obligations *erga omnes contractantes* which, because they have turned into customary law, have become obligations *erga omnes* ; (iii) each State is entitled, and even obliged, to demand respect for those obligations, hence to request either the State where an internal conflict has broken out or the non-State entity party to the conflict, or both, to comply fully with the general rules resulting from common Article 3.

9. The second area relates to the criminal responsibility for violations of principles and rules on internal conflicts. In this connection mention should be made of the decision on *Tadic* of the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), where the Chamber held that "violations of general international humanitarian law governing internal armed conflicts entail the criminal responsibility of those committing or ordering those violations" (decision of 2 October 1995, para. 133, and see paras 128-136). Thus, so-called war crimes may also be committed in internal armed conflicts. One may draw various consequences from this proposition : among other that *third States* may prosecute and punish the alleged authors of serious violations of international humanitarian law perpetrated in an internal armed conflict.

10. If we endeavour to spell out, elaborate upon and develop the body of law I have just referred to, it would not be inappropriate to suggest that the findings of the ICJ with regard to common article 1 and common article 3 warrant the following propositions.

For one, States are legally entitled, acting in good faith, to request a State where an internal conflict seems to have broken out, but which refuses to apply either the rules of common Article 3 or Additional Protocol II, to explain why in its view those rules do not apply. Thus the *onus probandi* concerning the alleged non-applicability of international humanitarian law is shifted onto the State concerned. This State may not reject such a *bona fide* request or refuse to give reasons ; if it does so, the other State is entitled to resort to lawful countermeasures whenever the requisite conditions are met.

For another, States are entitled to demand that the State where the conflict has broken out, as well as the non-State entity party to the conflict, strictly comply with the relevant international rules, as well as to demand that either party bring to trial and punish for so-called war crimes those responsible for serious violations of international humanitarian law.

Similar requests may be made by the relevant bodies of an intergovernmental organisation of which the State on whose territory an armed conflict has broken out is a member. Intergovernmental organisations may in some respects be regarded as associations of the member States. Subject to certain conditions and within the limits of their organisational competencies they may do collectively, acting *uti universi*, what is allowed to each member State action *uti singulus*.

11. However, given that States often seem somewhat loath to take steps vis-à-vis internal conflicts occurring in the territory of other States, it would be appropriate to suggest that the ICRC be given the task of both determining whether the conditions are met for the application of international humanitarian law, and of ascertaining whether such body of law, once deemed applicable, is genuinely being respected. Similarly, the International Fact-Finding Commission provided for in article 90 of Protocol I of 1977 might be requested to enquire into alleged violations of international humanitarian law.

Annex

Drafting suggestions :

- Move operative para 8 into the Preamble
- Redraft preambular para 5 as follows :

Considering that in the last fifty years the Charter of the United Nations and human rights doctrines, as expressed in general principles, customary rules and treaties, have substantially influenced the development and implementation of international humanitarian law.

- Redraft operative para 1, part 2, as follows :

L'expression "conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques" comprend les conflits armés internes sur le territoire d'un Etat entre les forces armées du Gouvernement *et celles* d'une ou plusieurs entités non étatiques ou, *en cas de déstructuration de l'Etat*, entre plusieurs entités non étatiques, *même si un ou plusieurs Etats ou les Forces Armées des Nations Unies interviennent dans le conflit, en le transformant en conflit armé internationalisé.*

- Redraft operative par 5, sub-para 5 as follows :

Les principes *de droit international* exprimant *des considérations élémentaires d'humanité* et les exigences de la conscience publique de la communauté internationale dans son ensemble.

Reply of Mr. Georg Ress (26 February 1998)

...

Allow me to suggest that we proceed to the more substantive resolution which we have discussed in Strasbourg. It would be useful to compare all the norms of the humanitarian international law relating to international armed conflicts as to their transferability to non-international armed conflicts and, in particular, to internal conflicts. I would rather support the solution that such an investigation is really made for every single question.

...

Réponse de M. H.G. Schermers (2 octobre 1998)

...

1. A la page 9 de votre rapport je préfère biffer la note en bas de page. A mon avis il est impossible de séparer les entités non-étatiques qui luttent contre une domination coloniale et les entités non-étatiques qui luttent contre les régimes racistes de toutes les autres entités non-étatiques. Souvent les entités non-étatiques qui participent à un conflit armé sont elles-mêmes convaincues qu'elles luttent contre un régime illégal pour la raison que ce régime est d'un caractère ou bien colonial, ou bien raciste. Toute lutte des Hutus contre les Tutsies et des Tutsies contre les Hutus peut être vue contre un régime raciste. Au Kosovo la lutte contre les Serbes peut être vue comme une lutte contre une domination coloniale. Si nous voulons que les entités non-étatiques obéissent aux règles prévues il faut rendre la résolution claire et couvrant toutes les possibilités.

2. Pour la même raison je propose de biffer sous le numéro 4, les mots "en accord avec la Charte ..., jusqu'à ... affaires intérieures,". En soulignant que sont illégales toutes les entités non-étatiques qui luttent pour la séparation d'un territoire nous placerons des organisations comme celles des Kurdes et celles en Kosovo hors jeu. Cela ne peut que suggérer à ces entités que la résolution ne s'applique pas à elles. Je ne suis pas sûr si une lutte contre l'intégrité territoriale ou la souveraineté d'un Etat est toujours illégale mais même en ce cas il faut que nous couvriions aussi les entités non-étatiques qui sont illégales. Il faut éviter de faire une résolution qui est tout à fait inacceptable pour des entités non-étatiques. C'est leur coopération qui est nécessaire.

X. Complément au Rapport définitif

25 janvier 1999

1. Le Rapporteur a reçu, après avoir présenté son Rapport définitif avec le Projet de Résolution, des commentaires et propositions concrètes concernant le texte du Projet, de nos Confrères, membres de la 14ème Commission, MM. *Schindler, Müllerson, Cassese et Schermers*. En partant des opinions de nos Confrères, qui ont eu la bonté et le temps de réagir, le Rapporteur a, en relisant le Projet de Résolution, conclu qu'il serait utile de préparer une nouvelle version, pour essayer de répondre aux observations en acceptant celles qui l'améliorent et correspondent à la conception de son texte, et de rendre le texte plus précis et "plus facilement compréhensible pour un lecteur" comme l'a indiqué *Schindler*, avec raison dans son commentaire, à qui le Rapporteur est tout spécialement reconnaissant de l'effort qu'il a fait pour arriver à une rédaction meilleure. En effet, le Rapporteur l'a amendé très peu, seulement dans la mesure indispensable pour compléter le contenu du Projet.

Le but du présent complément est d'expliquer le texte du Projet de Résolution tel qu'il a été révisé. En respectant le contexte de la première version les modifications que propose le Rapporteur seront indiquées avec les motifs de leur adoption. Les changements purement rédactionnels ont été laissés de côté. Pourtant, étant donné qu'une observation de *Cassese* concerne un aspect important du sujet d'étude de la Commission, qui n'a pas trouvé sa place dans le Projet, le Rapporteur estime que la Commission devrait le considérer plus concrètement. C'est aux Membres de la Commission de se prononcer et décider de l'opportunité d'y inclure une disposition nouvelle.

2. Il s'agit des remarques de *Cassese* qui, tout en approuvant l'orientation de la Commission visant l'application simultanée des méthodes *de lege lata* et *de lege ferenda*, estime que cette deuxième approche n'est pas suffisamment présente dans le texte du projet. D'après son opinion l'expérience concrète des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques ouvre la voie à une amélioration plus large des règles et principes du droit international humanitaire applicable dans ces conflits. Il cherche une réponse au fait qui démontre qu'au cas d'éclatement des conflits internes, les Etats (et même les entités non-étatiques) ne sont pas prêts à reconnaître leurs obligations découlant du droit international humanitaire. Ils insistent qu'il est question d'actes de terrorisme et des affaires intérieures en refusant chaque tentative d'aide ou de vérification des autres Etats ou organisations internationales. En plus, *Cassese* constate qu'on peut voir dans la pratique que les Etats considèrent implicitement qu'il est permis d'entreprendre dans les conflits internes des mesures déjà interdites par leurs obligations par rapport aux conflits armés internationaux. Pour remédier à cette situation il attire l'attention sur la corrélation qu'on devrait établir entre les obligations des parties au conflit armé interne et les droits des Etats tiers et sur l'évolution de la nature de la responsabilité individuelle pour les violations des règles internationales relatives aux conflits armés internes. Il se réfère à la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice et du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie et plaide pour la reconnaissance du droit des Etats tiers de demander en bonne foi de l'Etat dans lequel existe un conflit interne les raisons du défaut d'application de l'art. 3 commun des Conventions de Genève de 1949 ou du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) de 1977 en l'autorisant à prendre des contre-mesures si sa requête reste sans réponse. On pourrait exiger aussi que les parties et les Etats tiers soient autorisés aussi à punir les auteurs des violations graves du droit international humanitaire dans les conflits armés internes. La même possibilité devrait être reconnue aux organisations internationales sous conditions déterminées, dans les limites de leurs compétences, puisqu'elles peuvent agir "collectively, acting *uti universi*, what is allowed to each member State acting *uti singulus*".

Le Rapporteur est d'avis que le Projet de Résolution n'est pas en contradiction avec l'analyse et l'interprétation de la situation que présente *Cassese*. Il lui semble que ses dispositions d'une manière générale et indirectement correspondent à la ligne du développement de *lege ferenda* sur laquelle insiste notre Confrère. Cependant, la pratique récente de la mise en œuvre du droit international humanitaire dans les conflits armés internes permettant de poser les questions qu'il a soulevées, le Rapporteur a cherché une réponse dans le cadre du droit international humanitaire positif. En se référant aux art. 89 et 90 du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) de 1977 il a formulé un nouveau sous-paragraphe au par. 5 de la Partie dispositive du Projet de Résolution révisé. Il va sans dire que les membres de la Commission doivent exprimer le dernier mot à propos de l'initiative de *Cassese* et le nouveau sous-paragraphe rédigé par le Rapporteur qui a élargi l'application des articles du Protocole I aux conflits armés internes.

3. *Modifications apportées au Préambule*

Par. 5 : Deux observations ont été faites à propos de ce paragraphe. *Schindler* a suggéré de supprimer les mots "droit international" et "du renforcement du respect des droits de l'homme" et de parler seulement des "principes fondamentaux de la Charte ..." et du "droit des droits de l'homme". *Cassese* a demandé également d'omettre les mots "droit international" et de parler tout simplement de "la Charte des Nations Unies" tout en remplaçant la mention des droits de l'homme par les mots "human rights doctrines, as expressed in general principles, customary rules and treaties".

Il paraît au Rapporteur à la lumière de la tâche de la Commission qui se dégage du titre de son sujet d'étude, et encore plus de l'évolution du droit international au cours des dernières décennies, et de l'impossibilité de traiter le droit humanitaire en dehors de cette évolution, qu'il ne serait pas opportun de supprimer la référence au droit international. D'autre part, il est d'accord avec la suggestion de parler "des principes fondamentaux de la Charte" et du "droit des droits de l'homme" directement car de cette

façon on précise le rôle de ces deux lignes du développement qui ont influencé substantiellement la formation du droit humanitaire contemporain. Le Rapporteur a le sentiment qu'une élaboration plus large des sources du droit des droits de l'homme n'est pas nécessaire dans ce paragraphe. Sur la base de cette réaction il présente une nouvelle formulation de ce paragraphe.

Par. 6 : Schindler a proposé de parler de "toutes" les parties et de souligner tout simplement leur devoir "de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire". Le Rapporteur a accepté cette suggestion. Cependant, puisqu'il s'agit d'une obligation générale des Etats, dont le caractère de règle coutumière est, d'après son opinion, incontestable, et que dans les conflits armés auxquels prennent part les entités non-étatiques le rôle de "tous les Etats" est un facteur non négligeable, il a complété le libellé pour indiquer leur obligation de respecter le droit humanitaire.

Par. 8 : Müllerson a eu raison en indiquant qu'il n'est pas correct de parler "des violations graves du droit international humanitaire" en les séparant "des crimes de guerre". Ayant en vue une idée beaucoup plus large le Rapporteur ne s'est pas bien exprimé. Il a changé le libellé en supprimant ces mots, en ajoutant la mention du génocide qui manquait et, enfin, en parlant "des autres violations du droit humanitaire" ayant en vue en premier lieu celles qui concernent les droits fondamentaux de l'homme.

Par. 9 : Le Rapporteur a, tenant compte du fait que le par. 8 de la Partie dispositive de la première version du Projet de résolution souligne le rôle spécifique du Conseil de sécurité, conclu qu'il serait plus opportun de parler dans le Préambule de la contribution de l'ONU dans son ensemble. Il faut avoir en vue les efforts de l'Assemblée générale, de la Commission des Droits de l'homme et d'autres organes. Pour cette raison il a modifié la formulation de ce paragraphe.

4. *Modifications apportées à la Partie dispositive*

Par. 1 : Le Rapporteur a modifié l'ordre de l'interprétation des expressions adopté dans la première version du Projet de résolution. Il lui paraît que

l'expression "conflits armés auxquels prennent par des entités non-étatiques" devrait être précisée premièrement étant donné que l'étude du sujet a été consacré à "l'application du droit international, notamment humanitaire ..." dans ces conflits. L'expression "entités non-étatiques" est présentée en deuxième lieu pour indiquer plus concrètement leur caractère de parties à ces conflits. En formulant les deux sous-paragraphe le Rapporteur a eu en vue les suggestions de *Schindler*, *Müllerson* et *Schermers*, mais il n'a pas pu les suivre complètement.

Le Rapporteur s'est limité à démontrer dans le sous-paragraphe sur l'expression "conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques" les manifestations de ces conflits tout en reprenant la présentation proposée par *Schindler*. La remarque de *Müllerson* à propos du terme "conflits armés internationalisés" s'impose logiquement. D'après ce que disait le Rapport provisoire il fallait parler des "conflits armés internes internationalisés". Le terme "mixte" ne contribue pas à la qualification juridique de la nature des conflits en cause et ne peut être utilisé que sur le plan doctrinal. *Müllerson* se demande quelle serait la situation si une entité non-étatique participe à un conflit armé internationalisé : "Would such conflicts become internalised and what would it mean as to the law applicable to and the status of non-state entities ?". Le Rapporteur trouve que cette question est intéressante mais que dans ce cas aussi nous aurions un "conflit armés interne internationalisé" sur le territoire d'un Etat partie à un conflit armé international. On peut dire, en ce qui concerne le droit applicable dans une telle situation, que du point de vue de la protection humanitaire elle représente une preuve de plus contre la division des principes et règles du droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux. La proposition de *Schermers* de supprimer la note excluant les guerres de libération n'a pas pu être acceptée par le Rapporteur car d'après l'art. premier par. 4 du Protocole I de 1977 elles constituent des conflits armés internationaux.

En ce qui concerne l'expression "entités non-étatiques" le Rapporteur estime que la référence aux conditions dans lesquelles peuvent se dérouler les conflits armés internes d'après l'art. 3 commun des

Conventions de Genève de 1949 et l'art. premier du Protocole I de 1977 permet de qualifier la base de leur caractère juridique spécifique. Pour cette raison il n'a pas pu suivre la suggestion de *Schindler* visant l'omission de cette référence.

Par. II : C'est un nouveau paragraphe qui change la numérotation des paragraphes suivants dans le texte du Projet de Résolution révisé. Ayant en vue que les par. 2 et 3 se complétaient mutuellement le Rapporteur a accepté la suggestion de *Schindler* de les réunir. Pourtant, il n'a pas pu supprimer la référence à la reconnaissance de la belligérance ou du statut d'insurgés du par. 3 bien que d'après le droit international humanitaire il soit question des actes sans influence sur l'obligation du respect des règles et principes relatifs à la protection humanitaire. L'expérience négative qui caractérise le comportement des gouvernements parties à des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, sur laquelle insiste *Cassese* dans ses observations, parle en faveur de la rétention de ce membre de phrase.

Par. III : Le Rapporteur n'a pas pu accepter la suggestion de *Schindler* de supprimer la mention de la Charte des Nations Unies en tant qu'un élément du cadre juridique général du comportement des parties aux conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques. Il a déjà souligné son rôle dans le par. 5 du Préambule. Il a trouvé, cependant, nécessaire pour clarifier ce rôle d'indiquer que les règles et principes qui constituent ce cadre son "confirmés" par la Charte. *Schermers* va encore plus loin et propose de biffer la mention de la Charte et des principes et règles du droit international énumérés explicitement dans ce paragraphe. Il a souligné n'être pas "sûr si une lutte contre l'intégrité territoriale ou la souveraineté d'un Etat est toujours illégale mais même en ce cas il faut que nous couvrons aussi les entités non-étatiques qui sont illégales. Il faut éviter de faire une résolution qui est tout à fait inacceptable pour des entités non-étatiques. C'est leur coopération qui est nécessaire". Le Rapporteur ne pense pas qu'on peut aller si loin au niveau actuel du développement du droit international, notamment humanitaire, positif. Il estime que le respect du droit des droits de l'homme, y inclus le droit à l'autodétermination, avec le respect du principe du règlement pacifique des différends, qui devrait être

d'une manière démocratique appliqué lors de la recherche des solutions des problèmes internes et des conflits armés dans le cas de l'impossibilité d'aboutir à eux, doit être la seule issue qui corresponde aux exigences du droit international contemporain. Les entités non-étatiques ne devraient pas se placer en dehors du système des règles et principes du droit international, notamment humanitaire. Ayant ceci en vue le Rapporteur insiste sur "le règlement pacifique et démocratique des conflits internes" en y voyant dans une certaine mesure l'expression du développement progressif dans le cadre du droit international humanitaire. *Müllerson* exprime ses doutes quant à la possibilité que la majorité des Etats pourrait approuver une telle obligation, en disant que c'est une intéressante idée. Il faut se rappeler que la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (Rés. 2526/XXV) plaide que ces principes sont liés entre eux et que chacun doit être appliqué et interprété "dans le contexte des autres principes" (Disp. générales). Le libellé du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit de disposer d'eux-mêmes insistant sur son application démocratique comme un des droits fondamentaux de l'homme cette idée s'impose.

Par. IV : Ce paragraphe s'occupe du droit applicable. Le Rapporteur a ajouté, tenant compte de la suggestion de *Schindler*, au premier sous-paragraphe à propos le Protocole II les mots "et que les conditions de son application sont remplies". Il n'est pas sûr que c'était indispensable mais une précision de ce genre pourrait être vraisemblablement utile. *Müllerson* a remarqué parlant du sous-paragraphe 2 "that is possible to conclude that the whole panoply of customary law in international conflict is already applicable in its entirety in internal conflicts as well". Le Rapporteur interprète ce sous-paragraphe comme l'indication de la possibilité de l'application des règles coutumières du droit international humanitaire dans tous les conflits armés, sans distinction, ce qui est généralement admis. Tenant compte des remarques de *Schindler* et *Cassese* le sous-paragraphe 5 a été de nouveau rédigé dans les termes qui correspondent aux formes habituelles. Le Rapporteur a, tenant compte de l'expérience négative des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques récents, ajouté qu'il s'agit de la "conscience publique de la communauté internationale dans son ensemble" en voulant renforcer son autorité.

Par. V : Ce paragraphe traite les possibilités de l'amélioration de la protection humanitaire dans les situations qui ne sont pas réglées par les actes juridiques relatifs aux conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques. En voulant améliorer le texte de la première version du Projet de Résolution, le Rapporteur a inclu dans le sous-paragraphe 2 l'interdiction “des représailles contre la population civile ou des personnes civiles”. Il estime que l’expérience de nos jours exige une telle référence aux représailles malgré que les punitions collectives sont interdites par l’art. 4 du Protocole II. Il doute qu'il soit nécessaire de demander, et c'est la suggestion de *Schindler*, à la fin de ce sous-paragraphe l’élargissement des compétences “d’autres organisations internationales humanitaires indépendantes”. Une distinction entre elles et le CICR qui a une mission spécifique doit être gardée dans le cadre du droit international humanitaire. D'autre part, il a rédigé un nouveau sous-paragraphe 3 dans lequel il a essayé de répondre aux préoccupations de *Cassese* commentées au début de ce Complément. Dans le nouveau sous-paragraphe 4, il a ajouté à la fin de la phrase, en acceptant la suggestion de *Schindler*, à propos de la révision ou des amendements au Protocole II, les mots “en vue de compléter ses règles et de le rendre applicable à tous les conflits armés non-internationaux”. Cependant, le Rapporteur n'a pas pu reprendre sa suggestion d'inclure en tant que dernier sous-paragraphe le paragraphe 10 de la première version du Projet de Résolution. Le paragraphe 10 vise l'évolution générale du droit international humanitaire à l'avenir et comme tel a sa place à la fin du texte du Projet de résolution.

Par. VI : En acceptant la réflexion de *Müllerson* qui s'est demandé s'il est possible de traiter ensemble “toutes les violations du droit international et du droit humanitaire” le Rapporteur propose de ne parler que des “violations du droit international humanitaire”. Il a également repris de la proposition de *Schindler* sa qualification “les personnes responsables quelle que soit leur position officielle” qui est meilleure que celle de la première version du Projet.

Par. VII : Après avoir révisé le par. 9 du Préambule qui parle de l'ONU dans son ensemble la proposition de *Cassese* de transférer ce paragraphe pour changer son texte n'est plus nécessaire. Le paragraphe VII souligne

concrètement l'importance des actions entreprises par le Conseil de sécurité sur la base du Chap. VII de la Charte. La proposition de *Schindler* est plus générale et tout en appréciant les actions du Conseil de sécurité elle se borne à exprimer une appréciation que le Rapporteur a reprise.

Par. VIII : La nouvelle rédaction suit la suggestion de *Schindler*. *Müllerson* est un peu sceptique en estimant qu'on applique déjà dans les actions humanitaires au cours des tensions internes et troubles intérieurs les "norms of international humanitarian law, especially its non-derogable provisions ..." Pourtant, on ne peut pas négliger le fait que ces situations sont exclues explicitement du droit international humanitaire par l'art. premier par. 2 du Protocole II. En ce qui concerne le droit des droits de l'homme les victimes restent à la merci des gouvernements. Les Déclarations d'Oslo (1987) et de Türku (1990) n'ont pas réussi à initier une activité ni sur le plan interétatique ni dans les organes des Nations Unies pour améliorer sur le plan législatif international leur protection humanitaire.

Par. IX : Le Rapporteur a révisé le texte de ce paragraphe qui se prononce pour un développement progressif du droit international humanitaire en renforçant la protection humanitaire des victimes de tous les conflits armés, sans discrimination sur la base de leur caractère international ou non international. *Schindler* a approuvé l'idée mais n'accepte pas la possibilité de la conclusion d'une convention sur ce sujet. *Müllerson* doute que dans les conditions actuelles une telle initiative puisse avoir du succès. Le Rapporteur trouve que peut-être la triste expérience des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, permet à l'Institut d'attirer l'attention sur cette initiative qui n'est pas nouvelle mais qui n'a jamais pu être réalisée dans le passé.

5. En terminant ce Complément au Rapport définitif et présentant le Projet de Résolution révisé, le Rapporteur espère qu'il représentera une base utile au travail de la 14ème Commission à la prochaine session de l'Institut en 1999 à Berlin.

XI. Projet révisé de Resolution

Janvier 1999

L’Institut de Droit international,

Rappelant ses résolutions sur les “Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l’insurrection” (session de Neuchâtel, 1900), “Le principe de non-intervention dans les guerres civiles” (session de Wiesbaden, 1975) et “La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats” (session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989),

Rappelant ses résolutions sur “Les conditions d’application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées” (session de Zagreb, 1971), et “Les conditions d’application des règles, autres que les règles humanitaires, relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées” (session de Wiesbaden, 1975),

Après avoir considéré l’application du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques qui se sont déroulés après la fin de la guerre froide,

Constatant que les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques concernent non seulement les Etats dans lesquels ils ont lieu mais touchent les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble,

Ayant en vue que pendant les dernières cinquante années le droit international – tout particulièrement les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies et le droit des droits de l'homme – a substantiellement influencé le développement et l'application du droit humanitaire,

Soulignant le devoir de toutes les parties aux conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, ainsi que de tous les Etats, de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire dans ces conflits,

Condamnant toutes les violations des règles et principes du droit international, notamment humanitaire, dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques,

Appuyant la poursuite et la punition des responsables pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide et autres violations du droit humanitaire et la création et l'activité des juridictions internationales et nationales ayant cette tâche,

Saluant la contribution de l'Organisation des Nations Unies au renforcement de l'autorité et à l'application du droit international humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques,

Exprimant sa reconnaissance au CICR pour les efforts inlassables déployés pour mettre en œuvre dans des conditions extrêmement difficiles des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques des mesures de protection humanitaire,

Considérant qu'il est souhaitable de procéder à une reconsidération et adaptation du droit international humanitaire aux nouvelles conditions internationales en vue de renforcer son respect et la protection des victimes de ces conflits,

*Adopte la Résolution suivante :***I. Aux fins de la présente Résolution :**

- l'expression "*conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques*" comprend les conflits armés internes sur le territoire d'un Etat entre les forces armées du Gouvernement et celles d'une ou plusieurs entités non-étatiques ou, dans le cas de la destruction de l'Etat, entre plusieurs entités non-étatiques. Y sont inclus les conflits armés internes dans lesquels interviennent un ou plusieurs Etats étrangers ou les Forces des Nations Unies en les transformant en conflits armés internes internationalisés. Les guerres de libération reconnues par l'art. premier par. 4 du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) ne sont pas incluses dans cette définition.

- l'expression "*entités non-étatiques*" comprend les parties aux conflits armés internes qui s'opposent aux forces armées gouvernementales ou luttent contre des entités de même nature sur le territoire d'un Etat en accord avec les conditions prévues dans l'art. 3 commun aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949 et l'art. premier du Protocole additionnel relatif la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II de 1977).

II. Toutes les parties aux conflits auxquels prennent part des entités non-étatiques, indépendamment de leur capacité juridique, ont le devoir impératif de respecter scrupuleusement les règles et principes fondamentaux du droit international, notamment humanitaire, et du droit des droits de l'homme. L'application de ces règles et principes n'affecte pas leur statut juridique et ne dépend pas de la reconnaissance de la belligérance ou du statut d'insurgés.**III. Les règles et principes du droit international, confirmés dans la Charte des Nations Unies – sur l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, la non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats, le respect des droits de l'homme, y inclus le droit des peuples à disposer**

d'eux-mêmes, et le règlement pacifique et démocratique des conflits armés internes constituent le cadre juridique général du comportement des parties aux conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques.

IV. Le droit applicable dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques comprend :

- l'art. 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le Protocole II de 1977 à condition que l'Etat en cause soit partie et que les conditions de son application soient remplies,
- les règles et principes coutumiers du droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux,
- les règles et principes du droit des droits de l'homme offrant à la personne humaine une protection fondamentale,
- les règles et principes du droit international relatifs aux crimes de guerre, crimes contre l'humanité et au génocide,
- les principes du droit international tels qu'ils résultent des usages établis, des principes d'humanité et des exigences de la conscience publique de la communauté internationale.

V. Pour arriver à une protection plus efficace des victimes des conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, et tenant compte de l'expérience des conflits armés internes récents, les mesures suivantes pourraient être envisagées :

- la conclusion par les parties à ces conflits, conformément à l'art. 3 par. 2 commun aux Conventions de Genève de 1949 d'accords sur l'application des dispositions de ces Conventions dans leur ensemble ou en partie au cours de leur déroulement ;
- l'application, dans les situations non prévues par l'art. 3 commun et le Protocole II, des dispositions du Protocole I de 1977, notamment celles

qui interdisent les représailles contre la population civile ou des personnes civiles, qui améliorent la protection des personnes détenues, qui visent la création des zones démilitarisées ou de sécurité et élargissent les compétences du CICR ;

- le concours des tiers Etats et de l'ONU aux mesures de vérification et de contrôle de l'application du droit international humanitaire d'après les dispositions du Protocole I relatives à la coopération (art. 89) et à l'action de la Commission internationale de l'établissement des faits (art. 90) ;
- la considération de la possibilité d'une révision ou d'amendements du Protocole II en vue de compléter ses règles et de le rendre applicable à tous les conflits armés non-internationaux.

VI. Toute violation des règles et principes du droit international humanitaire dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques engage la responsabilité individuelle des personnes responsables, quelle que soit leur position officielle, en accord avec les instruments internationaux qui confient la répression de ces actes aux juridictions nationales ou internationales.

VII. Il est hautement apprécié que le Conseil de sécurité ait affirmé, par les actions entreprises sur la base du Chap. VII de la Charte des Nations Unies, dans les conflits armés dans lesquels ont pris part les entités non-étatiques, le respect du droit international humanitaire comme élément intégral du système de sécurité de l'Organisation mondiale.

VIII. La protection des victimes de tensions internes et de troubles intérieurs, n'étant pas réglée par le droit international humanitaire, exige une attention particulière de la communauté internationale en accord avec le droit des droits de l'homme et le droit international humanitaire.

IX. Le principe que tous les êtres humains ont droit au même traitement, sans aucune discrimination, dans tous les conflits armés, de plus en plus confirmé par la pratique, jurisprudence et la doctrine, l'adaptation progressive des règles et principes relatifs aux conflits armés internes aux

règles et principes applicables dans les conflits armés internationaux s'imposent. Par conséquent, la recherche de la possibilité de conclusion d'une convention internationale générale pour la protection des victimes de tous les conflits armés mérite une étude approfondie.

**

La compétence extraterritoriale des Etats

The Extraterritorial Jurisdiction of States

Dix-neuvième Commission *

Rapporteur : M. François Rigaux

* La Dix-neuvième Commission comprend : M. François Rigaud, *Rapporteur*, MM. Bedjaoui, Bos, Collins, Dinstein, Henkin, Makarczyk, Matscher, von Mehren, von Overbeck, Oda, Philip, Rudolf, Salmon, Vischer, Waelbroeck, Zemanek.

I. Exposé préliminaire

15 février 1994

I. *Un premier état des questions*

1. Les travaux de la Dix-neuvième Commission qui se sont étalés sur près de dix années procurent tant par les rapports éclairés du professeur Martin Bos que par la participation très active de la plupart des membres de la Commission une documentation très riche et sont une source d'idées et d'orientation qui inspireront la poursuite des travaux de la Commission. L'abondance des points de vue exprimés ne saurait cependant dissimuler que sur de nombreuses questions de principe il subsiste de profondes divergences. Celles-ci sont apparues avec une force plus grande encore lors des débats à la 1ère et à la 2ème session plénière de l'Institut, à Milan le 31 août 1993.

Trois observations préliminaires doivent être faites : 1° l'indétermination des concepts fondamentaux ; 2° la diversité des matières dans lesquelles les Etats exercent une compétence qualifiée d'extraterritoriale ; 3° une première évaluation de la mission de la Commission.

A. *L'indétermination des concepts fondamentaux*

2. Les notions fondamentales - compétence, territorialité et extraterritorialité - sont des exemples-type de concepts flous. Ils sont d'un maniement difficile même si on s'efforce de les préciser, par exemple par

la distinction classique des trois modes d'exercice de la compétence. Mais, ainsi que l'ont démontré les discussions antérieures, les trois branches de la compétence - législative, juridictionnelle, exécutive - ne sont elles-mêmes pas aisées à délimiter. Les conflits de compétence qui suscitent à juste titre l'intérêt des membres de l'Institut prennent place dans la zone grise où les concepts classificateurs se recouvrent. La difficulté de donner une définition satisfaisante des concepts fondamentaux sera mieux mise en relief dans les numéros suivants car elle est liée à la diversité des matières que la Commission devrait couvrir.

B. *La diversité des matières*

3. Une difficulté qui a été dès l'abord mise en lumière au cours des travaux de la dix-neuvième Commission a pour objet l'utilité ou la nécessité de distinguer les matières dans lesquelles on parle de compétence extraterritoriale. Mais la distinction de ces matières est elle-même source d'autres difficultés, les critères proposés pour un tel classement étant eux-mêmes de nature diverse.

D'un côté il est proposé de distinguer la compétence civile, la compétence pénale, la compétence fiscale, qui se réfèrent respectivement à des modes d'exercice de la puissance publique. Mais d'un autre côté il a été question de l'application du droit de la concurrence (*antitrust law*) et l'on peut y ajouter la prévention et la répression du délit d'initiés (*insider trading*), du blanchiment d'argent, du trafic de stupéfiants ...

La plupart de ces sous-rubriques peuvent être rattachées à un concept plus général, celui du droit économique. Mais la mise en oeuvre de cette branche du droit fait apparaître des problèmes de qualification par rapport à la distinction entre les branches du droit : les *treble-damages* prévus par le droit américain sont-ils de nature civile ou pénale ? Les amendes prononcées contre des entreprises par la Commission des Communautés européennes ou par la Cour sont-elles de nature pénale ou administrative ?

4. La matière du droit économique est particulièrement rétive face à l'emploi des distinctions traditionnelles : entre le droit public et le droit privé, entre le droit pénal et le droit administratif. On ajoutera que de nombreuses règles de droit économique sont renforcées d'une sanction pénale et parfois d'une sanction civile (*punitive damages*) dont la qualification est douteuse. Cette branche du droit résiste aussi à l'utilisation de concepts tels que ceux qui ont cours pour la distinction des trois modes d'exercice de la compétence : il relève sans doute de la compétence juridictionnelle d'un Etat qu'une personne puisse être attraita devant les tribunaux de cet Etat, mais l'acte par lequel cette personne est citée à comparaître et les mesures d'instruction ordonnées par le tribunal (*pre-trial discovery*) relèvent de la compétence juridictionnelle ou de la compétence exécutive ? La distinction entre la territorialité et la personnalité est elle-même élusive : la compétence législative exercée en vertu de la théorie des effets est-elle territoriale ou extraterritoriale ? Sur tous ces points, la Commission a été divisée.

Les difficultés s'accentuent quand un Etat entend exercer sa compétence à l'égard des filiales étrangères d'une société établie sur son territoire ou inversement à l'égard de la société-mère des filiales ayant sa nationalité. En de tels cas, l'Etat tire parti de la dépendance économique qui unit les unes aux autres les entités appartenant à un groupe transnational de sociétés : l'injonction adressée à l'entité localisée sur le territoire de l'Etat dont elle émane est un exercice incontestable du principe de territorialité mais l'effet qu'elle entend obtenir sur le comportement de l'entité localisée dans un autre Etat, paraît, à l'égard du premier Etat, de nature extraterritoriale. Ne faut-il pas en conclure que le concept d'extraterritorialité est lui-même le siège de controverses ?

5. En liaison avec la diversité des champs matériels d'application du projet de résolution soumis aux délibérations de l'Institut le 31 août 1993, une objection supplémentaire a été adressée à ce projet : ou bien il faut exclure de ce champ "le droit international privé" ou bien force est de constater que les règles contenues dans le projet de résolution ne sauraient être étendues à cette matière.

La délibération de l'Institut en séance plénière a très explicitement écarté la première branche de l'alternative et c'est en exécution de cette décision que le Bureau a décidé que les travaux de la Commission devaient être poursuivis. Mais il convient de préciser les raisons pour lesquelles le droit international privé ne pouvait être exclu du domaine matériel de la résolution. Certaines ont déjà été exprimées : avec son incidence sur la validité des contrats, avec les règles de responsabilité qu'il comporte, le droit de la concurrence ne saurait être scindé de ce qu'on appelle traditionnellement "droit international privé". Mais il y a des raisons plus profondes à faire valoir à l'appui de la décision de l'Institut. D'abord, qu'il serait peu satisfaisant d'exclure du champ d'application de règles de droit international limitant ou modélisant la compétence des Etats une matière qui plus quaucune autre met en oeuvre les notions de territorialité et de personnalité. Si le droit international vise à délimiter les compétences respectives des Etats, il le fait au premier chef à propos du droit international privé.

Par rapport aux types de cas qui ont été le plus souvent abordés au cours des travaux antérieurs de la Commission le droit international privé offre la particularité suivante : la notion de compétence législative y est ambiguë puisqu'elle peut signifier soit qu'un Etat applique ses propres règles de droit matériel interne à une situation soit, seulement, qu'il désigne à l'aide de ses règles de conflit de lois le droit qui y est applicable. Au contraire, le droit pénal, le droit de la concurrence et, de manière plus générale, le droit économique se caractérisent par l'inexistence de pareil double degré dans l'exercice de la compétence législative. Quand on y parle d'une telle compétence on entend l'application de règles étatiques de droit matériel, généralement celles de la juridiction ou de l'autorité publique exerçant l'une des autres branches de la compétence étatique. Par conséquent, les préceptes de droit international qui s'efforcent de régler la compétence législative "extraterritoriale" de l'Etat ne sauraient avoir le même sens selon qu'ils s'appliquent à une règle de droit matériel ou à une règle de conflit de lois. L'exercice par un Etat de sa compétence juridictionnelle l'autorise à emprunter à la *lex fori* la règle de conflit de lois pertinente et il serait malencontreux de qualifier cette dernière d'extraterritoriale pour le motif qu'elle désignerait la loi applicable à une situation localisée en dehors du territoire de l'Etat du for.

6. La résistance des privatistes face au projet de résolution soumis aux délibérations de l'Institut le 31 août 1993 a encore d'autres causes. Une première, qui est mineure, a pour objet un divorce terminologique. En droit international public il paraît bien assuré que le principe de personnalité se réfère à la nationalité. La situation est moins claire en droit international privé : l'application de la loi du domicile au statut personnel relève davantage de la personnalité que de la territorialité. Les doutes s'aggravent si l'on pense au statut personnel des réfugiés ou des apatrides, lequel, selon les traités internationaux en vigueur, est régi par la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle. Un deuxième problème terminologique concerne les notions de personnalité active et de personnalité passive : pour être usuelles en droit pénal où elles désignent un critère d'incrimination tiré respectivement de la nationalité de l'inculpé et de la nationalité de la victime, ces expressions n'ont guère de sens dans la plupart des matières de droit privé. Même si la nationalité est, en certains pays, un critère pertinent pour la détermination de la compétence législative ou de la compétence juridictionnelle en matière de statut personnel, la conformité au droit international du choix de ce critère - qui n'a d'ailleurs jamais été mise en doute - est indépendante de la distinction entre un aspect actif et un aspect passif de la personnalité. Les concepts de personnalité active et de personnalité passive paraissent propres à la seule matière du droit pénal.

7. Il existe une troisième raison, celle-ci plus fondamentale, pour laquelle le projet de résolution soumis à l'Institut, ne pouvait rencontrer les problèmes familiers aux privatistes. Cette objection sera illustrée à la lumière de la responsabilité civile et du droit des contrats.

Dans la matière de la responsabilité civile et, plus largement, des obligations extracontractuelles, le principe de territorialité est dominant. Reste alors le problème de la localisation du délit civil en cas d'action à distance : faut-il appliquer la loi du pays où a agi l'auteur de l'acte ayant causé dommage à autrui ou peut-on préférer la loi du pays où le préjudice a été subi ? Nul n'osera soutenir qu'aucune de ces deux solutions est contraire à la doctrine publiciste de la compétence territoriale de l'Etat. Mais on relèvera l'étroite analogie entre cette hypothèse et celle de la localisation sur le marché d'un Etat des actes restrictifs de la concurrence

accomplis sur le territoire d'un autre Etat : suspecte et controversée dans la matière du droit public économique, la théorie des effets résiste à toute critique en ce qui concerne les rapports de droit privé entre l'auteur et la victime d'un fait dommageable. Il est dès lors exclu de soumettre les deux séries d'hypothèses à une règle commune.

Le droit des contrats ne paraît pas réductible à la division des compétences étatiques entre un versant territorial et un versant extraterritorial. En effet, les principes qui dominent cette matière sont la loi d'autonomie qui permet aux parties de choisir le droit régissant leurs obligations contractuelles et la clause d'élection de for qui les autorise à choisir le tribunal compétent, à laquelle se substitue, le cas échéant, la prorogation volontaire de compétence par le défendeur. Tant l'une que l'autre de ces clauses contractuelles permettent aux parties de choisir une loi ou un for "neutres", c'est-à-dire qui n'ont aucun lien, ni territorial ni personnel, avec la situation litigieuse. Sans doute pourra-t-on justifier par un critère formel de territorialité la compétence exercée par un tribunal saisi en vertu d'une clause d'élection de for et l'application de la loi choisie par les parties : non seulement ce lien territorial est très tenu mais il ne trouve de justification que dans l'accord des parties, critère de compétence étatique qui devrait figurer à sa place si l'on voulait tenter une doctrine exhaustive de la compétence non territoriale (plutôt que "extraterritoriale") de l'Etat.

8. Une conclusion paraît claire : il ne paraît pas exclu que le droit international puisse limiter l'exercice des compétences étatiques dans les domaines classiques du droit international privé. Toutefois, la pratique étatique ne révèle guère d'hypothèse dans laquelle les Etats s'accusent mutuellement de violation du droit international en ces domaines. De nombreux ordonnancements d'inspiration religieuse intégrés au droit d'un Etat prétendent régir les formes de célébration du mariage conclu dans un autre Etat. Tel est le cas pour le mariage concordataire du droit canonique ou pour certains droits islamiques.

Il s'agit d'exemples d'une application que l'on pourrait qualifier d'extraterritoriale, généralement justifiée par le principe de personnalité étendu à la forme d'un acte accompli en dehors du territoire de l'Etat. Le

conflit de lois est, en l'occurrence, insoluble sur le terrain du droit international : il a pour conséquence la conclusion d'un mariage boiteux (*limping marriage*) valable dans un Etat mais non dans l'autre. On ne saurait éliminer pareil conflit par l'affirmation d'un principe de droit international faisant prévaloir soit la compétence territoriale soit la compétence personnelle. Tout autant que la plurilocalisation d'un fait délictuel complexe (*supra*, n° 7) pareil conflit entre la compétence territoriale et la compétence personnelle résiste à la tentative d'emprunter au droit international un principe supérieur de répartition des compétences.

9. Il reste à indiquer ce qui distingue les domaines "classiques" du droit international privé des hypothèses qui ont suscité les débats les plus vifs entre les membres de la Commission. Alors que les premiers concernent la compétence civile, dans les matières traditionnellement rattachées au droit privé, les secondes relèvent plutôt du droit public. La compétence pénale et la perception des impôts ont assurément ce caractère, et les applications du droit économique s'y rattachent pour une large part. Il s'agit d'hypothèses où l'exercice de la puissance publique est plus directement en jeu que dans les matières du statut personnel, des contrats ou de la responsabilité civile. En outre les réglementations de droit économique, contraignantes et conférant des pouvoirs étendus à une autorité publique, entendent faire prévaloir l'intérêt économique de l'Etat (ou de la CEE) contre l'intérêt concurrent d'autres Etats. Le droit de la concurrence est aussi le droit d'une concurrence interétatique. D'où la tentation d'étendre aussi loin qu'il est possible - et parfois plus loin qu'il n'est permis - la compétence du droit national ou du droit communautaire.

Pareilles tentatives rencontrent toutefois une limite, celle du principe d'effectivité. Nombre de règles s'inspirant du principe d'extraterritorialité s'affrontent au pouvoir effectivement exercé par le souverain territorial. La prépondérance parfois attribuée au principe de territorialité est moins un précepte juridique qu'une maxime d'expérience, à savoir l'aptitude du souverain territorial à faire prévaloir ses commandements sur ceux d'un souverain étranger.

10. Un autre aspect doit encore être souligné : alors que dans les matières traditionnelles du droit international privé l'exercice des compétences étatiques se laisse aisément enfermer dans les limites respectives des différents territoires, le droit économique a pour objet des relations qui se sont très largement transnationalisées. Si puissant soit-il, plus aucun Etat ne saurait prétendre régler de telles relations de manière unilatérale. La notion d'intérêt de l'Etat apparaît alors sous un jour nouveau : à l'intérêt immédiat de l'Etat d'étendre au maximum l'application de son droit économique se superpose l'intérêt de favoriser la participation de ses entreprises au commerce transnational. La méthode du *balancing test* pratiquée par la jurisprudence américaine encourt, selon l'opinion exprimée par plusieurs membres de la Commission, une critique fondamentale : comment les tribunaux d'un Etat pourraient-ils s'ériger en juge impartial d'un conflit entre l'intérêt de cet Etat et celui d'autres Etats? L'objection perd une grande partie de sa force si on déplace les termes du conflit : il n'oppose pas les intérêts d'Etats différents mais deux intérêts concurrents de l'Etat du for, pousser dans ses extrêmes limites un objectif immédiat de politique nationale ou faire prévaloir l'intérêt du même Etat à accepter de composer avec les intérêts d'autres Etats dont les entreprises sont nécessairement les partenaires des siennes. Il s'agit, somme toute, d'un rajeunissement de l'ancienne doctrine de la *Comity*.

A cela s'ajoute que dans un marché transnational la force et l'effectivité du principe de territorialité sont souvent désarmées par la puissance économique d'entreprises étrangères. D'où l'importance pour le thème de la Commission des mesures relayées à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés.

C. *Une première évaluation de la mission de la Commission*

11. La troisième difficulté nous met au cœur de la mission de la Commission. La fonction de l'Institut est assurément soit de constater l'état actuel du droit international dans une matière controversée soit de proposer des règles nouvelles s'efforçant de combler une lacune du droit international en vigueur.

Dans la matière qui fait l'objet des travaux de la Commission, c'est assurément la deuxième branche de l'alternative qui devra retenir son attention. En effet, hormis une règle solidement établie, celle qui interdit aux agents d'un Etat d'accomplir un acte de coercition physique sur le territoire d'un autre Etat sans l'agrément de ce dernier, il n'existe guère de règle ou de principe sûr applicable à "la compétence extraterritoriale des Etats". La circonstance que l'arrêt du *Lotus* demeure le principal témoin de la jurisprudence internationale en la matière est, à cet égard, un indice inquiétant. D'autant plus inquiétant que la formulation de l'arrêt utilise précisément les concepts dont le caractère indéterminé a été relevé ci-dessus.

12. La question fondamentale sur laquelle la Commission devra se prononcer est de savoir si la doctrine de l'arrêt du *Lotus* est dépassée sur un point essentiel, à savoir que l'Etat peut exercer toute compétence qui ne lui est pas interdite par le droit international. Faut-il, au contraire, subordonner l'exercice par l'Etat de certaines compétences improprement qualifiées d'extraterritoriales à une habilitation de l'ordre juridique international ? Que la doctrine de l'arrêt du *Lotus* soit sujette à révision serait notamment justifié par le développement de pratiques étatiques controversées, précisément dans le domaine du droit économique.

Sans doute trouve-t-on, dans la pratique contemporaine des Etats, de nombreuses affirmations, émanant tantôt du gouvernement tantôt de juridictions nationales, aux termes desquelles l'exercice par un autre Etat d'une compétence qualifiée d'extraterritoriale est contraire au droit international. Il est toutefois difficile d'en déduire l'existence d'une pratique internationale en la matière : en effet, de telles affirmations sont unilatérales, elles sont le plus souvent de nature rhétorique, les autorités gouvernementales ou judiciaires d'un Etat critiquant un type de comportement qu'elles partagent elles-mêmes en d'autres circonstances pour la protection de leurs propres intérêts économiques.

II. Quelques orientations pour les travaux de la Commission

13 L'une des orientations que pourrait suivre l'Institut consisterait à distinguer les domaines dans lesquels les Etats ont intérêt à coopérer de ceux qui révèlent la persistance de conflits plus irréductibles. A titre d'exemples de la première catégorie de domaines on peut citer : le principe de compétence universelle dans la matière des crimes internationaux, la lutte contre les délits d'initiés, le trafic de drogue, la corruption des fonctionnaires, le blanchiment d'argent, le commerce illicite d'armement, les réseaux de prostitution, le recrutement de mercenaires... Il s'agit de domaines dans lesquels la moralité internationale (au sens de *positive morality*) commande que les Etats unissent leurs efforts afin d'assainir les relations internationales. Au demeurant, il s'agit de matières dans lesquelles un assez grand nombre de conventions internationales particulières prévoient déjà une coopération interétatique.

D'autres domaines sont plus difficilement réductibles à l'affirmation de principes d'action communs aux Etats, tel est le cas pour le droit économique *stricto sensu* : le droit de la concurrence , le contrôle des groupes transnationaux de sociétés, la lutte contre l'évasion fiscale. Ici, en effet, il y a place pour de nombreux conflits d'intérêts entre les Etats : entre l'Etat qui entend protéger son marché (notamment par la théorie des effets) et l'Etat dont les entreprises s'efforcent d'y maintenir une position dominante, entre l'Etat de la société-mère et l'Etat de la filiale, entre les Etats qui se disputent une matière imposable. De telles hypothèses se distinguent des précédentes par la circonstance qu'il est malaisé d'y trouver un lieu de convergence entre les Etats, ceux-ci s'efforçant de protéger par des moyens analogues des intérêts divergents. Mais on pourrait imaginer des principes de nature formelle qui limiteraient la compétence des Etats.

14. La pratique récente révèle deux types d'exercice par l'Etat d'une compétence extraterritoriale (peut-être pourrait-on plus correctement la qualifier de transétatique) : les *blocking statutes* et les *antisuit injunctions*.

Quant aux *blocking statutes*, ils constituent en général un exercice incontestable du principe de territorialité : ils interdisent de faire sur le

territoire de l'Etat dont ils émanent un acte requis par le droit d'un autre Etat. Même quand ils interdisent l'accomplissement d'un acte sur le territoire d'un autre Etat, ils sont admissibles dans la mesure où ils s'adressent à une personne qui réside dans l'Etat dont ils émanent. Si l'on accepte le principe affirmé par plusieurs membres de la Commission, à savoir que la compétence territoriale évincé en principe toute autre compétence, le *blocking statute* n'est pas incompatible avec le droit international. Mais cette affirmation perdrait une partie de sa pertinence s'il pouvait être démontré que l'Etat dont l'action est ainsi contrecarrée ne poursuit pas seulement un intérêt économique qui lui est propre mais s'efforce d'assainir le milieu économique transnational (voir *supra*, n° 13).

15. Consistant à interdire à une personne se trouvant sur le territoire d'un Etat de participer à une action judiciaire devant les tribunaux d'un autre Etat, l'*antisuit injunction* paraît beaucoup plus contestable : ne s'agit-il pas d'une immixtion dans le fonctionnement de la justice d'un autre Etat ? Sans doute résiste-t-elle à une critique qui demeure sur le terrain de la territorialité puisque l'*antisuit injunction* est adressée par la juridiction d'un Etat à une personne relevant *aussi* de la compétence de cet Etat. Mais elle entend produire effet sur le territoire d'un autre Etat et, ce qui pourrait être jugé plus critiquable, paralyser le déroulement d'un procès devant les tribunaux de cet Etat. Il s'agit d'une image inversée et perverse de la théorie des effets, l'autorité dont émane l'*antisuit injunction* s'efforçant de produire un effet dans un territoire sur lequel elle n'a aucun titre de compétence territoriale. Au surplus, si l'*antisuit injunction* entraîne l'adoption par l'Etat contre lequel elle est dirigée d'une défense d'y donner suite (*anti-antisuit injunction*), la personne qui en est destinataire se trouve enfermée dans un cercle inextricable et les deux justices étatiques s'époumonent à formuler des commandements qui se neutralisent.

16. Les préoccupations exprimées par les membres de la Commission ont eu aussi pour objet la protection de l'individu dans les relations économiques transnationales : comme le fait apparaître l'exemple des *blocking statutes* et de l'*antisuit injunction*, une personne ou une entreprise risque d'être destinataire de commandements contradictoires, dont la transgression est parfois pénallement sanctionnée. Il paraît souhaitable que

pareil conflit de devoirs soit épargné aux individus sans que cette idée soit portée au delà des limites que commande la distinction précédemment faite entre deux domaines d'application du droit économique. Faut-il encourager les Etats à protéger leurs ressortissants et, de manière plus générale, les personnes ou les entreprises relevant de leur compétence contre les mesures même coercitives prises pour la prévention ou la répression d'actes contraires à la morale internationale ?

17. Des considérations qui précèdent se dégagent une triple orientation :

1° Aux classifications conceptuelles (nature de la juridiction ou qualification juridique de la mesure) pourrait être substituée une distinction de nature substantielle entre la poursuite d'un intérêt propre à l'Etat et la mise en oeuvre d'une politique législative servant un intérêt commun aux Etats.

2° Les mesures tendant à déjouer ou à contrecarrer l'exercice par d'autres Etats d'une compétence qualifiée d'extraterritoriale et qui ont elles-mêmes une telle nature devraient être découragées si, en contrepartie, pareil exercice pouvait être réglementé.

3° Aux deux catégories d'intérêt qui viennent d'être distinguées (intérêt de la communauté internationale, intérêt de l'Etat) s'ajoute l'intérêt des personnes et des entreprises à être indemne de l'obligation de satisfaire à des commandements incompatibles, sous réserve du respect par les mêmes personnes des règles de conduite servant un intérêt tenu pour légitime par la communauté internationale.

III. Forme dans laquelle devraient être énoncées les conclusions des travaux de la Commission

18. Une Commission de l'Institut n'est pas équipée pour faire un travail encyclopédique, telle une analyse de la pratique gouvernementale et jurisprudentielle des différents Etats. Mais il pourrait être intéressant de vérifier dans quelle mesure la doctrine de l'arrêt du *Lotus* a été complétée par d'autres décisions internationales.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, les réponses des membres de la Commission aux rapports successifs du professeur Martin Bos font apparaître d'assez profondes divergences sur les questions de fond. Un premier débat en séance plénière a démontré que les positions y sont encore plus diverses et plus contrastées. Le risque est grand - et il s'est souvent vérifié au cours des sessions précédentes - qu'un projet de résolution prenant position sur des questions de fond controversées ne soit édulcoré afin de recueillir une majorité, souvent par un effet de lassitude durant les dernières journées, parfois les dernières heures, d'une session. Une conclusion documentée, qui fasse l'état d'une question controversée et indique clairement les points de divergence substantielle est préférable à une résolution prenant les apparences d'un texte normatif mais dont les solutions sont banales, répétitives ou ambiguës.

Il appartiendra dès lors, à la Commission d'abord, à l'Institut en séance plénière ensuite de faire un choix entre deux méthodes, le vote d'une résolution à vocation normative selon le schéma classique ou l'approbation d'un rapport succinct mettant en état une question controversée.

En cette phase des travaux, le rapporteur s'abstient de prendre position sur ce point : il estime que sa mission implique que la tentative de rédiger une résolution ne soit pas exclue d'entrée de jeu puisqu'il appartient à la Commission et ensuite à la séance plénière de se prononcer définitivement sur ce point. Or cette faculté de choix serait illusoire si un projet de résolution n'était pas produit à la délibération. En revanche, il affirme avec force sa conviction, à savoir que le vote d'une résolution dépouillée de tout élément substantiel, significatif ou novateur porte atteinte au prestige de l'Institut et nuit à sa crédibilité.

19. En retenant dès lors au titre d'hypothèse provisoire l'élaboration d'un projet de résolution, on peut placer la Commission devant les choix suivants :

1° Introduire dans des textes à portée générale des concepts indéfinissables (tels que compétence extraterritoriale), ce qui prive la règle de toute portée normative véritable.

2° Rédiger des règles plus particulières, soit qu'elles visent séparément la compétence pénale, la compétence fiscale, etc..., soit qu'elles aient pour objet une matière déterminée, le droit de la concurrence, la notification des actes judiciaires à l'étranger, soit qu'elles déterminent les pouvoirs exercés par l'autorité publique en dehors de son territoire par le biais d'une société appartenant à un groupe transnational.

3° Déterminer les destinataires d'une résolution. Il s'agit sans doute des Etats mais ici une distinction peut être introduite :

a) A l'Etat législateur, rappeler les règles qui limitent ou devraient limiter sa compétence, ce qui inclut évidemment les conditions auxquelles ce législateur attribue compétence à ses tribunaux ou détermine les pouvoirs de l'administration ;

b) Aux juridictions étatiques, indiquer les méthodes d'interprétation de la législation nationale qui tiennent le mieux compte des obligations internationales de l'Etat ;

c) A l'intention des mêmes juridictions mais aussi, le cas échéant, de juridictions internationales, proposer des solutions pour les conflits ouverts : ont été suggérés durant les travaux de la Commission, le critère d'une interprétation raisonnable des pouvoirs de l'Etat (*reasonableness*) et l'application du *balancing of interests test*.

d) Aux gouvernements, recommander d'appliquer avec la même mesure les habilitations conférées par le législateur mais aussi les mettre en garde contre les accusations de violation du droit international souvent dirigées à la légère contre d'autres gouvernements et ce dans l'oubli total du principe de réciprocité.

20. Bien que le rapporteur se soit déjà prononcé contre les options 1° et 2°, il entend les laisser ouvertes et soumettre leur adoption ou leur rejet aux membres de la Commission. Quant à la troisième série d'options elle invite à poser une question plus fondamentale : faut-il rédiger la résolution en termes de règles ou de principes ? La distinction est bien connue des

théoriciens du droit et il est permis de suggérer que la matière n'est pas mûre pour l'énoncé de règles proprement dites. On pourrait penser à formuler des principes, voire des directives ou des règles de conduite. Les travaux de la Commission révèlent en effet que la souplesse s'impose, sauf si l'on choisit de régler des catégories particulières de situations (option 2° ci-dessus). Au demeurant le critère de *reasonableness* et le *balancing test* ne sont rien de plus que des directives.

21. Les principes à formuler pourraient être inspirés des considérations de la deuxième partie de ce rapport. Au lieu d'encourager les Etats à persister dans des attitudes unilatérales, leur permettant de faire appel, au gré des circonstances, à des règles de droit international dont le bien-fondé est douteux et, en tout cas, controversé, stimuler le devoir de coopération s'imposant dans un marché d'échange généralisé qui s'est spontanément unifié en dehors de l'action des Etats. Les mesures sporadiques prises par ceux-ci sont dès lors inopérantes à moins qu'elles ne placent les individus et les entreprises devant des conflits d'obligations irréductibles.

Principe I : énoncer les règles de morale internationale, souvent entérinées par des traités particuliers et qui peuvent être tenues pour des éléments d'une coutume internationale en voie de formation.

Telles seraient notamment :

- la prévention et la répression des crimes internationaux ;
- la prévention et la répression :
 - des actes terroristes ;
 - du trafic de drogue ;
 - du trafic de femmes et d'enfants pour la prostitution ;
 - du blanchiment d'argent ;
 - des délits d'initiés ;
 - du commerce illégal des armements ;
 - du recrutement de mercenaires ;
 - de la corruption de fonctionnaires.

La liste pourrait être raccourcie ou allongée selon les opinions exprimées par les membres de la Commission. Il serait sans doute

prématué d'y inclure la lutte contre la fraude fiscale ou contre les clauses commerciales abusives.

Principe II : dans les matières ainsi délimitées, il faudrait affirmer le devoir des Etats de coopérer en vue d'une discipline conjointe des relations transnationales. Les Etats pourraient, comme ils l'ont déjà fait à propos de problèmes particuliers, conclure à cette fin des traités, mais en l'absence même de conventions internationales, il faudrait encourager les Etats à prêter leur coopération à la mise à exécution de mesures prises par l'un d'entre eux dans un intérêt qui doit être jugé commun aux différents membres de la communauté internationale.

Les tribunaux nationaux pourraient être les destinataires privilégiés d'un tel principe et ici l'internationalisation de la jurisprudence de droit international privé constitue un modèle intéressant : recours à la méthode comparative pour mieux évaluer la signification du droit étranger, recul de l'exception d'ordre public, ouverture des tribunaux étatique à la pratique de l'arbitrage, respect de l'effet dérogatoire de la clause d'élection de for, application des lois d'application immédiate étrangères, etc...

Cela implique aussi que dans les domaines les plus sensibles - la liste pourrait être rétrécie à cette fin - les Etats ne fassent pas prévaloir un intérêt particulier, tel l'intérêt des places financières à protéger le secret bancaire.

Principe III : les principes de *reasonableness* ou du *balancing test* ne recevraient d'application que dans les matières où les Etats ont des intérêts légitimes en conflit. Tel est par exemple le cas pour le droit de la concurrence.

Principe IV : les actes accomplis unilatéralement par un Etat grâce au lien de dépendance à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés constituent un thème spécifique qui dépasse largement le mandat de la Commission. Toutefois, le principe II et le principe III pourraient y être déclarés respectivement applicables. Pour l'application du principe III, l'autonomie des filiales étrangères d'un groupe transnational, protégée par les principes

conjugués de personnalité et de territorialité pourrait être rappelée.

Principe V : aux mesures de rétorsion (*blocking statutes* et *antisuit injunction*) s'appliquerait aussi la distinction entre les hypothèses respectivement couvertes par le principe II et par le principe III. Dans le premier cas elles seraient illicites, dans le second on pourrait adopter une attitude plus souple pour les *blocking statutes* que pour l'*antisuit injunction*.

*

Questionnaire

1. Il est prématuré de se prononcer dès à présent sur le choix entre le vote d'une résolution classique et l'adoption d'un simple rapport. Toutefois, les observations des membres de la commission sur ce point seront bienvenues.
2. Que faut-il penser de l'option 1° (n° 19) ?
3. Que faut-il penser de l'option 2° (n° 19) ?
4. Quels devraient être les destinataires d'une résolution de l'Institut ?
5. Faut-il rédiger la résolution en forme de règles, de principes, de directives ou de règles de conduite (n° 20) et d'une combinaison de ces possibilités ?
6. Le numéro 21 énonce cinq propositions de principes. Que pensez-vous de chacun de ces cinq principes ?

II. Réponses et observations des membres de la Commission

Réponse de M. Mohammed Bedjaoui (3 août 1994)

...

Dans votre superbe cours magistral dispensé en juillet 1989 à l'Académie de droit international de La Haye sur "*Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*", que je tiens pour une oeuvre maîtresse, vous aviez saisi *le temps et l'espace* en tant que dimensions essentielles du droit international privé. Et vous aviez imaginé ce que le phénomène du mouvement et la théorie de la relativité générale pouvaient apporter à la compréhension de tout ordre juridique. Vous aviez alors montré que l'unité, l'autonomie et la circularité de chaque ordre est parfaitement compatible avec l'interaction entre cet ordre et les divers autres ordres juridiques. Avec les travaux de la 19ème Commission de l'Institut de droit international sur la "*compétence extra-territoriale des Etats*", nous avons précisément l'occasion de vérifier comment des sociétés humaines, qui occupent chacune une partie de l'espace, construisent chacune son propre ordre juridique dynamique possédant d'une part une aire de diffusion spatiale propre et d'autre part, et "*par attraction*", une aire de diffusion "*extra-territoriale*". Il appartient alors au droit international de fournir les clefs pour une intelligence de cet univers juridique complexe et apparemment fort désordonné où le phénomène du mouvement et de la relativité générale ne doit pas empêcher la recherche de l'harmonie. Je suis heureux que vous avez donné comme clef de cette recherche la conciliation entre des intérêts divers, ceux de la communauté internationale, ceux de l'Etat, et dans une moindre mesure enfin ceux de la "*société transnationale des marchands*".

1. Mais je voudrais commencer plutôt par une *remarque de portée générale* qui s'applique tout à la fois à l'option 1 et à l'option 2 du point 19 de votre rapport. La tâche de l'Institut ne me paraît pas de se hasarder à une définition d'un concept fuyant. Sans méconnaître le moins du monde la réalité et l'importance des "*projections*" extérieures d'un ordre juridique, ou des "*interférences*" d'ordres juridiques, (et ce n'est pas pour les ignorer que je les ai rappelées ci-dessus), je voudrais partir de l'idée plus simple qu'il n'y a pas, à proprement parler, de compétence extra-territoriale des Etats, mais plutôt *des manifestations*, voire *des effets*, des compétences étatiques à l'extérieur du territoire de l'Etat. En d'autres termes, il y aurait lieu de rappeler, et ce devrait être la première tâche de l'Institut, que la compétence territoriale est *la règle* en droit international, et la compétence extra-territoriale *l'exception*.

2. L'Institut devrait vigoureusement rappeler que l'Etat ne peut exercer sa compétence vis-à-vis de personnes, d'actes et de faits situés à l'étranger que lorsque le droit international lui prescrit de le faire. Et les cas dans lesquels cette compétence est susceptible de s'exercer correspondent aux hypothèses qu'énumère le *Principe I* du paragraphe 21 de votre Questionnaire. Mais votre liste ne saurait être tenue pour limitative. Il conviendrait, me semble-t-il, d'y ajouter les hypothèses classiques retenues par les manuels de droit pénal à propos

- de la contrefaçon des instruments de crédit de l'Etat ;
- de l'émission de fausse monnaie ;
- ou de la falsification des documents officiels de l'Etat.

3. Par ailleurs, une compétence extra-territoriale devrait être affirmée dans tous les cas où il s'agit d'assurer le respect d'obligations ayant un caractère *erga omnes*, mentionnées par la Cours internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. C'est le cas de la prévention et de la répression du crime de génocide. La compétence extra-territoriale des Etats correspond dans ces cas à *un devoir international* de ceux-ci. Elle constitue une obligation d'agir ou de faire au service de fins supérieures communes à tous les Etats.

4. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* (*arrêt*), *Nicaragua c. Etats-Unis*, la Cours internationale de Justice avait eu l'occasion d'aborder certains aspects tant du droit humanitaire que des droits de l'homme. En ce qui concerne le premier point, elle a semblé penser, assez timidement il est vrai, à une sorte d'*actio popularis* :

“220. La Cour considère que les Etats-Unis ont l'obligation, selon les termes de l'article premier des quatre conventions de Genève de ‘respecter’ et même de ‘faire respecter’ ces conventions ‘en toute circonstance’ ”.

Il semble pratiquement admis aujourd’hui que les situations où les droits de l'homme sont violés de manière “*massive et systématique*” doivent échapper au domaine réservé de l’Etat et autoriser un intervention internationale. Déjà le jeu combiné des articles 55.c et 56 de la Charte des Nations Unies pourrait suggérer la perspective d'une *actio popularis* dans la mesure où les Etats ont pris, par ces articles, l'engagement de veiller conjointement et individuellement au respect “universel”, c'est-à-dire en *tous lieux*, et “*effectif*”, c'est-à-dire réel et concret en *tous temps*, des droits fondamentaux de l'homme. Ces dispositions paraissent déjà investir ainsi chaque Etat du devoir de garantir, partout et toujours, chez lui mais aussi chez les autres, le respect de ces droits. Cela pouvait constituer un support au déploiement de diverses compétences extra-territoriales dans l'intérêt de la communauté internationale.

5,. En l'affaire citée des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour avait fait référence, quoique discrètement et sans en tirer toutes les conséquences, à cette *actio popularis* qui ne disait pas son nom, et avait considéré que l'obligation de faire respecter le droit humanitaire

“ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète”.

On relèvera la double hardiesse, feutrée il est vrai, de la Cour, car si une telle obligation n'est pas conventionnelle seulement, mais aussi

dictée par des "*principes généraux du droit humanitaire*", ou par la coutume, il faut croire que ceux-là ou celle-ci ont suffisamment d'autorité pour justifier jusqu'à l'*actio popularis*, c'est-à-dire une mesure d'intervention exceptionnelle et encore inédite en droit international. C'est sans doute que, pour la Cour, cette coutume ou ces principes généraux du droit humanitaire sont d'une nature telle qu'ils relèvent peut-être du *jus cogens*. La compétence extra-territoriale de l'Etat trouveraient probablement là une base assez ferme de déploiement.

6. Il ne faudrait pas cependant se cacher que le problème de la nature de l'*actio popularis*, manifestation d'une compétence extra-territoriale *ponctuelle*, ou encore "droit" d'intervention ou devoir d'assistance en matière de respect de l'autodétermination des peuples, des droits de l'homme et du droit humanitaire, est *délicat entre tous*. L'Institut avait débattu à Saint-Jacques-de-Compostelle de la sauvegarde des droits de l'homme en relation avec le principe de non-intervention dans les affaires des Etats. Sans se préoccuper trop directement des problèmes délicats relatifs au non-recours à la force, il avait tenté de répondre à la question de savoir si la sauvegarde des droits de l'homme est compatible avec le principe classique de base de la non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat. L'évolution constatée dans l'interprétation de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte confirme aujourd'hui largement cette compatibilité.

7. Dans son avis du 21 juin 1971 relatif à l'affaire de *Namibie*, la Cour internationale de Justice était parvenue à la conclusion que

"tous les Etats doivent se souvenir que (la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie) porte préjudice à un peuple qui doit compter sur l'assistance de la communauté internationale pour atteindre les objectifs auxquels correspond la mission sacré de civilisation" (paragraphe 127).

La Cour ne s'était-elle pas faite plus pressante ainsi pour rappeler les Etats à exercer l'*actio popularis*?

8. Si dans les droits de l'homme on définit des valeurs communes, fondamentales et individuelles, toute violation de ces valeurs, où qu'elle se produise, constituerait alors une atteinte à l'*humanité commune* et devrait engager la responsabilité de l'Etat transgresseur à l'égard de toute la communauté internationale en général et de n'importe quel Etat en particulier. Cela signifierait que dans cette *gestion collective des valeurs de l'homme*, n'importe quel Etat devrait disposer de l'*actio popularis*, pour demander des comptes à n'importe quel autre qui violerait ces valeurs fondamentales. Mais il est à parier que le droit international et les relations internationales en subiraient alors des bouleversements considérables auxquels notre monde aux intérêts trop contrastés ne survivrait certainement pas. Cela illustre les difficultés et les hésitations dans la lente avancée des droits de l'homme en toute transparence. Cela illustre aussi la réalité des obstacles à l'harmonisation des intérêts de l'Etat et de ceux de la communauté internationale.

9. Mais revenons aux manifestations de la compétence extra-territoriale de l'Etat. Elles me paraissent, dans toutes les hypothèses, constituer l'*expression de compétences internationalisées des Etats*, qui correspondent à des situations où les Etats sont tenus d'agir pour atteindre des buts déterminés pour la communauté internationale elle-même.

Les règles dont il s'agit, si l'on se réfère à leurs sources, peuvent trouver leur origine dans :

- une coutume ;
- une convention internationale ;
- voire dans une décision du Conseil de sécurité.

10. L'*étendue des pouvoirs* que détient l'Etat, au titre ce des compétences exceptionnelles dans l'ordre international est limité naturellement à l'objet poursuivi. Cela veut dire qu'il s'agit de compétences de droit strict ou de "compétences liées". L'Etat ne peut agir que dans les limites de la règle qui l'autorise à le faire, ou de l'instrument international qui l'invite à intervenir.

11. J'ajouterais que les deux options que vous mentionnez au paragraphe 9 ne me paraissent *pas antinomiques*, ni exclusives l'une de l'autre. Je concevrais parfaitement que l'Institut adopte sur cette difficile question une résolution de principe dans un premier temps, puis précise ensuite, cas par cas, les conditions d'exercice d'une compétence extra-territoriale de l'Etat.

12. S'agissant du *point 4 de votre Questionnaire*, je voudrais reconnaître mon embarras. Ce que doit rechercher l'Institut, c'est l'application de sa résolution par les Etats, donc par tous les organes de ceux-ci. Je me demande alors s'il est utile de distinguer les destinataires à l'intérieur de l'Etat, et notamment de séparer le pouvoir législatif du pouvoir exécutif ou judiciaire. D'autant que dans la plupart des Etats modernes, c'est le gouvernement qui détermine l'agenda législatif des assemblées parlementaires. Aussi les règles que pourrait poser l'Institut doivent-elles tenir compte des données contemporaines concernant la séparation des pouvoirs, qui font de l'Etat un vaste champ de cybernétique.

13. *Le point 5 du Questionnaire* appelle quelques précisions. Là aussi principes et règles ne s'excluent pas. Une résolution de l'Institut sur la compétence extra-territoriale de l'Etat peut être articulée autour de quelques principes de bases auxquels s'ajouteront des règles qui viendront compléter ou concrétiser l'énoncé de ces principes. Ces règles peuvent inclure des normes de conduite, ou simplement la définition de droits et d'obligations.

Il faudrait à cet égard craindre que la seule détermination de règles de conduite ou de directives à l'intention des Etats ne soit de nature à affaiblir la portée de la résolution de l'Institut. Les résolutions qui suivent une telle orientation se réduisent souvent à une liste d'objectifs à atteindre “*autant que faire se peut*”, “*dans toute la mesure du possible*”, ou “*sauf exception*”, par les Etats. La portée de la codification ou du développement progressif du droit s'en trouve grandement affectée.

14. En ce qui concerne les cinq propositions de principe que vous énoncez, je vois pour l'instant les choses comme suit :

a) *Principe I*

Je suis d'accord avec le libellé de ce principe. Il pourrait être complété par les observations que j'ai formulées au paragraphe 2 ci-dessus.

b) *Principe II*

Je crois que la convention multilatérale est bien la *voie royale* pour une internationalisation de certaines compétences de l'Etat. Mais il ne faudrait pas, me semble-t-il, écarter la possibilité d'autres sources telles que les *décisions du Conseil de sécurité*, ou les actes d'organes de décision de communautés intégrées d'Etats.

S'agissant de la *coordination des jurisprudences nationales*, impératif essentiel si l'on veut assurer l'application de principes communs, je crois qu'il faudrait s'inspirer de l'exemple de certaines conventions élaborées sous les auspices de la conférence de La Haye de droit international privé, qui ont prévu l'*institution dans chaque Etat signataire d'un organe de coordination* chargé d'informer les tribunaux sur les buts de la convention, de recueillir des renseignements sur l'application de celle-ci et de les transmettre aux organes équivalents dans d'autres Etats. Ces organes de coordination nationale confrontent ensuite aux niveau international, en se réunissant au siège de la Conférence, les bilans des expériences nationales et en tirent les enseignements et les conséquences qui s'imposent.

c) *Principe III*

Je serais assez réservé à l'égard de tous critères, textes, ou clignotants qui, sous couvert de l'ambition de contrôler l'exercice d'une compétence extra-territoriale, conduiraient inévitablement à légitimer de *regrettables débordements de la compétence étatique*. Se fier à l'Etat pour déterminer le caractère *raisonnable* d'une compétence s'exerçant à l'étranger, ce serait faire de l'impressionnisme juridique. Ce serait tôt ou tard faire prévaloir, au nom de l'intérêt national, le droit de l'Etat d'étendre sa compétence sur le territoire d'autres Etats.

Le critère à retenir à mon avis est celui qui découle de l'idée d'*actio popularis* qui correspond à l'hypothèse où les Etats ont pris, en vertu de la Charte des Nations Unies ou d'autres instruments internationaux, l'engagement de veiller conjointement et individuellement au respect "universel", c'est-à-dire en tous lieux, et "effectif", c'est-à-dire réel et concret en tous temps, d'un certain nombre de grands principes, tels que par exemple le respect des droits fondamentaux de l'homme.

Ce critère me paraît plus objectif que celui du caractère dit "raisonnable" de certains actes.

d) *Principes IV*

Il s'agit d'hypothèses spécifiques concernant les sociétés transnationales. Je suis d'accord.

e) *Principes V*

Je ne suis pas en mesure de donner un point de vue.

Réponse de M. Maarten Bos (16 juillet 1994)

...

C'est de vous, en effet, qu'on pouvait attendre un exposé des relations entre le droit international public et le droit international privé (voir votre contribution au Recueil De Luna, 1968). Dans ce contexte, je pense aussi à ce que notre confrère M. Schachter dans notre *Livre du Centenaire 1873-1973* a bien voulu observer (pp. 412-414).

A cet égard, toutefois, votre rapport préliminaire me laisse entièrement sur ma faim. Je n'y trouve aucune indication quant au sujet indiqué. Là où en 1968 vous reconnaissiez encore "la limite des compétences" que le droit international (public) impartit aux ordres juridiques nationaux s'occupant des "relations privées internationales",

concédiez “que le droit international public exerce sur notre matière la même suprématie qui lui appartient, en principe, à l’égard de toute activité étatique quelconque”, acceptiez que “la notion fondamentale de toute délimitation de compétence étatique est celle de *territorialité*” (vos italiques), opposiez “validité formelle” et “validité matérielle” (applicabilité) des règles de droit national – je ne trouve plus rien de tout cela dans ledit rapport. Bien au contraire, dans l’intermède vous semblez avoir évolué vers ce que j’appellerais un “droit unitaire” composé d’éléments du droit international public et privé tels que nous les connaissons jusqu’ici et arrosé de certains préceptes empruntés à la *lex mercatoria* (rien qu’une doctrine de laissez faire selon Lord Justice Mustill, Recueil Wilberforce, 1987, p. 181).

L’origine de cette volte-face est claire : vous perdiez toute foi en la possibilité de définir “les notions fondamentales” telles compétence, territorialité, extra-territorialité (vos nos. 2 et 19). En lieu et place, vous vous aiguillez entièrement sur “la moralité internationale” (nos. 13-14 et 21) et les besoins du “marché d’échange généralisé qui s’est spontanément unifié en dehors de l’action des Etats” (N° 21).

Bien que personne ne niera l’intérêt ni de vos règles de morale internationale, ni desdits besoins mercantiles, on s’étonne de les voir prendre chez vous la place de concepts juridiques séculaires à l’égard desquels vous êtes arrivés à un agnosticisme évident. Certes, ils se prêtent à plus d’une interprétation, mais cela n’implique nullement qu’ils sont inutiles et qu’on peut renoncer à eux. En fait, ils sont indispensables à la structuration des phénomènes qui nous intéressent ici, d’où la nécessité absolue de les définir sous peine de ne pas faire travail scientifique.

La liberté que vous réclamez pour les privatistes leur est d’ailleurs aussi bien garantie sous le système que je défends et qui trouve son expression dans le projet de résolution soumis à l’attention de l’Institut. Comment, en effet, faut-il l’entendre? Ce qui aurait dû frapper en tout premier lieu, c’est sa modestie. Comme je l’ai relevé le 31 août 1993 en présentant mon rapport final, à trois reprises l’autonomie du droit international privé y est mise à l’abri (*Annuaire*, vol. 65 - 1, p. 173 sous 2 ;

article 3, note à propos des alinéas 2 et 3 article 10). J'ai, en autre, souligné qu'il s'agit de "principes", et encore de principes "généraux", et "de droit international public". J'ai aussi très clairement réservé une éventuelle révision des principes énoncés à la lumière d'études ultérieures de sujets particuliers (specific subjects). Enfin, j'ai fait ressortir qu'entre Etats – surtout bilatéralement – des accommodations s'imaginent et se pratiquent. On ne saurait vraiment être plus modeste. Ce trait fondamental du projet, toutefois, semble avoir échappé à certains confrères qui, par la suite, se sont attaqués à ses termes comme s'il agissait d'un texte de droit international privé. Le malentendu aurait pu être évité, peut-être, si l'étendu du sujet, déjà énorme, ne m'avait pas détourné d'être plus explicite encore sur les rapports entre le droit international public et le droit international privé. En guise de *post-scriptum*, j'ajoute donc ce qui suit.

Il faut, avant tout, distinguer les deux niveaux très différents sur lesquels se meuvent les deux disciplines en question, l'un caractérisé par ce que – faute de mieux – je veux appeler "l'hypothèse publique", l'autre par "l'hypothèse privée". Dans la première hypothèse, il s'agit de *législation*, dans la seconde d'*application*.

Dans l'hypothèse publique, il est interdit à l'Etat de *légiférer* au-delà d'un domaine limité par le droit international public (voir les paroles de Lord Westbury citées dans ma note à propos de 'article 2, alinéa 5, du projet de résolution). En principe, il va de soi que l'Etat néerlandais ne peut pas légiférer pour l'Etat belge. Dans l'hypothèse privée, on s'occupe de tout autre chose, savoir de l'*application* des *produits* de législation. Les acteurs ont ici avant tout les parties privées aidées, le cas échéant, de l'Etat. L'aide prêtée par l'Etat peut être celle du législateur ou du juge national en tant qu'organismes étatiques, ou bien celle de l'Etat "en personne" qui conclut une convention avec un ou plusieurs autres Etats au moyen de laquelle certains conflits de lois sont résolus. La convention se met ainsi à la place du droit (national) de conflits rendu superflu.

Le résultat de pareil exercice est que lesdits produits sont appliqués *au-delà* des frontières que le législateur national doit respecter *en tant que tel*. C'est là une exigence de la vie internationale qui se passe de commentaire.

Il se peut aussi que le soin de déterminer le droit applicable soit confié à un juge non national, mais international, voire même que ce juge, au lieu de faire un choix entre deux droits nationaux, soit autorisé à appliquer un "droit" librement inventé (*lex mercatoria*). Toutefois, ni dans l'un, ni dans l'autre cas le droit international public limitant la compétence législative de l'Etat ne s'en trouverait affecté. Les limites à cette compétence posées par le droit international public n'en resteraient pas moins intactes. Aussi sont elles, avec le principe de territorialité, les seuls moyens de défense contre d'éventuels abus par qui que ce soit et dont on trouve des exemples chez feu notre confrère Fitzmaurice, Recueil A.D.I., 1957 - II, p. 221.

Le droit international public, par conséquent, garde un droit de regard sur toutes les éventualités évoquées. L'Etat est toujours en droit de se prévaloir des principes du droit international public en la matière (comp. l'écrêteau "entrée interdite" destinées aux seuls inopportunus), pourvu qu'il ne se soit pas privé de ce pouvoir de son propre gré. Ni le droit international privé, ni un "droit" transnational (*international business law*) ne saurait se permettre de perdre de vue son ultime dépendance vis-à-vis du droit international public, quelque réduite qu'elle puisse être dans la pratique journalière.

A ce qu'il semble, ces vues s'inscrivent dans les meilleures traditions représentées par d'éminents membres de l'Institut, tels M. Batiffol et Sir Gerald Fitzmaurice déjà nommé. Qu'on relise la contribution du premier d'entre eux au *Livre du Centenaire* (p. 166), ainsi que le cours professé à La Haye par le second (Recueil A.D.I., 1957 - II, pp. 218-222). Pour ne citer que ce dernier : "If, in relation to this matter (c.-à-d. le droit international privé), public international Law appears to retreat from the international scene, it nevertheless remains as an underlying regulative force. It may leave the stage, but goes no farther than the wings" (p. 221). Un droit international public "dans les coulisses" ne saurait faire peur à personne.

Sous votre conduite, la tâche de la Commission sera maintenant d'étudier un nombre de sujets particuliers en vue d'une réponse à la

question de savoir en quelle mesure les principes généraux de droit international *public* formulés peu à peu par elle au cours des années 1984-1993 seraient à revoir à la lumière d'une pratique intéressant les *privatistes*. Mais au cas où rien n'y serait à changer puisqu'il s'agit de deux niveaux différents, il importera de déterminer par ce biais les rapports entre le droit international public d'un côté, le droit international privé de l'autre, ne fût-ce que sur un terrain limité.

Sur la base de ce qui précède, mes réponses à votre Questionnaire sont les suivantes :

1. Il faut avant tout prendre position sur la question brûlante des rapports entre le droit international public et le droit international privé. Personnellement, je rejette fermement toute idée d'un droit "unitaire". "Résolution ou rapport?" doit dépendre des résultats de vos recherches.
- 2 Nul travail scientifique ne se conçoit sans définitions. Du point de vue juridique, les définitions peuvent aider à résoudre les cas non prévus.
3. La plupart de ce travail a déjà été accompli (voir le projet de résolution présenté à Milan). Ce qu'on attend de vous, c'est la rédaction de règles relatives à des sujets particuliers (*specific subjects*) étudiés dans l'optique du droit international privé.
4. Parlant d'"une" résolution, vous créez l'impression d'une "résolution omnibus" couvrant le droit international tant public que privé. Etant donné les caractères opposés de ces deux disciplines, l'une se dirigeant principalement aux Etats sous forme d'obligations, l'autre reflétant surtout une liberté concédée aux particuliers résultant dans une pratique tolérée qui, encore, est loin d'être universelle, une résolution du type "omnibus" aurait exactement l'effet qu'à la fin du n. 18 de votre rapport vous dites tant craindre.

Ce qu'il faut en réalité, c'est *deux* exposés, chacun sous sa forme appropriée et destiné *to whom it may concern*.

5. Voir ma réponse à la question précédente. Quant au droit international public, il faut (pour le moment?) s'en tenir aux principes généraux.

6. Principes I et II : par sa résolution du 3 septembre 1993, l'Institut nous a demandé d'étudier les "aspects particuliers des problèmes de compétence tels qu'ils se posent en droit international *privé*". J'attends vos explications sur le rapport entre celui-ci et ceux deux principes. Comp. d'ailleurs l'article 8, alinéa 3, du projet de résolution soumis à la Session de Milan, ainsi que ma note y relative.

Principe III : C'est le droit international *public* qui détermine la "légitimité" d'un intérêt d'Etat. Le droit international privé ou l'*international business law* (s'il existe) peut être de bon conseil à cet égard. On peut donc s'attendre à ce que vous vous occupiez du sujet.

Principe IV : Bien au contraire, vous devriez vous pencher sur la question dans le même esprit que suggéré dans ma réponse concernant votre principe III.

Principe V : Voir ma réponse quant au principe III.

Somme toute, où mon rapport final garde très expressément un ton modeste et conciliateur, votre rapport préliminaire fait le procès du droit international public tel qu'il a existé jusqu'à ce jour et, en faisant table rase, cherche à lui substituer un nouveau droit unitaire sur la compétence extraterritoriale de l'Etat où le particulier semble s'ériger en associé à part entière de ce dernier.

Reply of Mr. Lawrence Collins (3 October 1994)

...

Your preliminary report of 15th February 1994 expresses with great clarity the considerable difficulties which the subject presents, not only because of its enormous width, but also because of the controversial character of much of its content.

My own view is that it is simply impossible to cover the whole of the ground in the form of a resolution. As you correctly point out, controversy begins even with the definition of the subject matter of the study, and the subject matter ranges over almost the entire scope of State action, including the exercise of judicial jurisdiction.

For these reasons, I am sure that the question cannot be dealt with in the form of the classic Institute resolution, at least in the form of a comprehensive resolution with any useful content ; and that a more limited study would be of much greater utility. Accordingly, I do not see any utility in the first option in para. 19, nor do I think that the second option is practicable : part of the ground has already been covered in the Restatement on Foreign Relations Law, Third, especially in paragraphs 411 *et seq.*, and a vast amount of work would be required to deal with these areas comprehensively, with little prospects of agreement being reached on the content of the rules.

If these conclusions may seem somewhat negative, I would make a positive suggestion in that a more limited study be undertaken, which might nevertheless enable wider conclusions to be drawn. If certain topics are selected, and subjected to a close examination, they could provide illustrations of general principles which may command widespread support. Examples might include the territorial scope of securities regulation (and the relationship between unilateral acts and international agreements, such as the memoranda of understanding between governments for co-operation) ; unilateral and multilateral approaches to money-laundering ; the exercise of civil jurisdiction and (perhaps) blocking statutes and anti-suit injunctions. I say “perhaps” in the last example, because I believe that discussion of this subject should not be dominated by the issue of the legitimacy of the exercise of jurisdiction by the United States. The main object and effect of blocking statutes is to provide a “foreign compulsion” defence in United States proceedings : and most examples of anti-suit injunctions have occurred in the context of United Kingdom reactions to the exercise of jurisdiction by United States courts.

Reply of Mr. Louis Henkin (19 September 1994)

...

I offer the following comments, then my replies to your specific questions.

1. The Commission, as reorganized by the decision of the Institute at Milan, might approach its mandate in one of two ways. It might accept what the Commission had done previously as regards problems and issues under public international law (subject to further improvement) and then add a second part addressing problems and issues of territoriality and extraterritoriality in private international law. Or, as your report seems disposed to do, we might begin again, reconceive the whole subject, then decide what can usefully be said that applies equally to both private and public law, and what requires separate treatment.

I have no objection to doing as you propose. But if we are to think afresh of the whole subject, might it be desirable to go still farther back to address the significance of State boundaries for international law, public or private, at the end of the 20th Century? Is the international system moving from "sovereignty," including "territorial sovereignty," to common values and international cooperation and international governance? If, as you suggest (and I agree), we should reexamine the emphasis in the *Lotus* case on the autonomy of States, should we re-examine also the assumption that territoriality is a compelling consideration? What is the territorial State's interest in challenging an extraterritorial exercise of jurisdiction? Who else has an interest — a legitimate interest — in challenging an exercise of extraterritorial jurisdiction? If we were disposed to consider such a fundamental reexamination, we would have to take account of the work of other Commissions, past and present.

To the important contemporary transnational issues that you list, I would add human rights and commitment to democracy: both public and private international law have accepted derogations from traditional notions of territoriality to safeguard against gross violations of human rights.

2. As I think you imply, it may be desirable to reexamine also the concept and relevance of nationality. As you say, private international law has its own views on, or alternatives to, nationality. But it may be time to ask afresh what links (citizenship, residence, domicile, presence, locus of activities) justify a State in exercising various kinds of jurisdiction over individuals outside its territory? And should these links be the same as those that might justify "diplomatic protection" for individuals against violations of law by other States.

The issues of "nationality" of companies also need reexamination and with them also the "nationality" of branches and subsidiaries.

3. I share your views that various distinctions between civil law, criminal law, and economic law, are not helpful. Perhaps we ought to attempt to distribute responsibility between the territorial State and other States (or the community) in respect of particular subjects. Whether or not we see "effects" as an aspect of territorial jurisdiction, it may not be helpful to treat jurisdiction based on economic effects and jurisdiction based on physical effects (physical incursions, environmental impact) as part of a single doctrine or as governed by the same principles. Blocking statutes and anti-suit injunctions would also profit from particularized consideration.

4. In reply to your particular questions :

a. I tend to favour a report rather than a resolution, but we may be able to decide that more intelligently after we decide the other questions you pose to us. I share your preference for principles over rules but one might have some of each, and some guidelines.

b. As between 19(1) and 19(2), I lean strongly toward 19(2). (The choice may depend on whether we write a report or propose a resolution.) I would address particularly responsibility and "intervention" by other States to respond to gross violations of human rights.

c. Resolutions addressed other than to States and their governments may raise national constitutional issues which we might do well to avoid. (Compare the discussion on the resolutions of national courts adopted at Milan on the basis of the report of the 8th Commission.)

5. As to the five principles in your paragraph 21 :

Principle I : To the list you include in that principle, I would add gross violations of internationally recognized human rights.

Principle II : I tend to be sceptical about the usefulness of affirming general duties of States to "cooperate". We would do better to identify particular forms of cooperation and attempt to give them normative character.

Principle III : I support this principle, although I do not see the need to limit its application to circumstances where "legitimate interests" are in conflict. If there are no legitimate interest in conflict there is little occasion to balance, or the balance is obvious. And which interests of States are legitimate, which are illegitimate?

Principle IV : If the Commission is to address the problems of parent companies, subsidiaries, branches, we would have to address them specifically and in context.

Principle V : I would consider blocking statutes and anti-suit injunctions as a particular form of conflict of "legitimate interests" but I would like to hear discussion of competing interests of States and how they should weigh in the balance.

Réponse de M. Jerzy Makarczyk (24 janvier 1995)

...

1. Comme je crois comprendre de votre exposé préliminaire, malgré le travail considérable accompli par votre prédécesseur, ainsi que par les

membres de la 19ème Commission, il ne peut s'agir à ce stade que de l'élaboration d'un rapport préliminaire qui serait destiné d'abord et surtout à la détermination des concepts de base et de la délimitation de la matière. Cela permettra de proposer à l'Institut la forme finale de nos travaux – résolution ou rapport. Autrement, on risque de voir se répéter l'expérience malheureuse et peut-être trop souvent connue dans la pratique de l'Institut – après la session plénière peu ou rien ne reste du projet de résolution préparé avec beaucoup de soin par la Commission.

Même cette tâche initiale, qui peut paraître modeste, exigera un grand effort surtout que, comme vous le soulignez à juste titre, il s'agit en définitive non pas de constater l'état actuel du droit en la matière, mais de combler par notre éventuelle résolution une lacune importante dans le droit international, tout en prenant en considération également les éléments de droit international privé, jusqu'ici complètement ignorés. Les alinéas 2 et 4 du point 18 semblent indiquer que c'est bien votre point de vue.

2. En revanche, dans le point 19, vous retenez au titre d'hypothèse provisoire l'élaboration d'un projet de résolution, ce qui vous mène à poser les questions N° 2 à 5. Tout en réitérant ma réticence qui n'a pas beaucoup de poids comme je suis un membre nouveau qui n'a pas participé aux travaux antérieurs, je dirais que l'option N° 1 ne me semble pas avoir beaucoup de mérite, comme elle est l'illustration même de ce qu'on devrait éviter, c'est-à-dire l'explication des concepts généraux par des notions juridiques mal définies.

3. Toujours dans l'optique d'une résolution, la méthode proposée dans l'option N° 2 me semble beaucoup plus prometteuse, sauf qu'à ce stade, il ne peut s'agir de règles proprement dites (voir question N° 5). Mais c'est bien par l'étude approfondie des compétences, des matières en cause ainsi que des principaux acteurs, étatiques ou non, que je verrais l'élaboration de notre rapport.

4. Comme je suis contre l'élaboration d'une résolution à ce stade des travaux, je m'abstiendrai de répondre stricto sensu. En revanche, je vois des difficultés méthodologiques dans l'accès aux différents organes des

Etats, ainsi que je me pose la question de quelles juridictions internationales pourrait-il bien s'agir (point c) ?

5. Cette abstention ne vaut que pour la question N° 5, car il ne s'agit principalement à ce stade des travaux, que d'une question méthodologique pour notre propre travail. Je partage entièrement votre position que la matière n'est point mûre pour formuler des règles dans le sens classique, et que des principes interprétés comme des directives ou règles de conduite seront plus appropriés.

6.

Principe I : Il serait peut-être opportun de développer la notion des crimes internationaux envisagés de manière générale dans l'alinéa 1 de la liste, en énumérant les plus graves comme crimes contre la paix et l'humanité. Quant à la liste détaillée, je ne suis pas sûr si les délits d'initiés et la corruption des fonctionnaires peuvent être proposés à pied d'égalité avec les six autres, qui sont beaucoup plus internationalisés. Je partage votre avis quant à la lutte contre la fraude fiscale et les clauses commerciales abusives. Ne faudrait-il pas par contre inclure la piraterie, y compris la piraterie dans le domaine de la propriété intellectuelle ainsi que l'enlèvement des aéronefs?

Principe II : C'est peut-être ici qu'une mention des tribunaux internationaux serait possible et utile (19, 3e c).

Principe III : Les deux principes énoncés ont causé et sont toujours la source de graves malentendus, dus surtout à leur interprétation dans la pratique américaine. La limitation proposée vise leur application uniquement en cas de conflits des intérêts légitimes des Etats comme tels. Tout en me ralliant à cette façon de voir, je prévois des difficultés dans la rédaction finale.

Principes IV et V : Il m'est difficile à ce stade de me prononcer d'une manière plus détaillée sur les deux derniers principes dont la solution dépend de l'interprétation que la Commission adoptera quant aux principes

II et III. J'espère pourvoir contribuer à leur étude lors de notre prochaine session.

Réponse de M. Franz Matscher (15 juillet 1994)

Réponse au Questionnaire du 15 février 1994 :

1. D'accord avec l'affirmation du rapporteur. A présent, et quitte à voir plus clair lors des discussions en Commission, je tends à penser que les travaux de la Commission conduiront plutôt à la préparation d'un rapport faisant l'état du problème et indiquant les points de divergence substantielles.

Cela n'exclut pas que la Commission s'engage dans la tentative de préparer un projet de résolution.

D'ailleurs, j'estime que la Commission devait limiter son rapport ou sa résolution aux matières spécifiques, bien mises en relief dans le rapport préliminaire (c'est exactement dans celles-ci que des problèmes de grande actualité surgissent), sans vouloir échafauder une doctrine générale de la "compétence extraterritoriale des Etats" (qui, probablement, resterait dans l'abstrait).

2. Je me rallie aux propos du rapporteur ; en effet, l'établissement d'un texte comportant des concepts indéfinissables (ou au sujet desquels il n'existe pas de notions communément acceptées) priverait ce texte de toute portée réelle.

3. La rédaction de règles particulières ayant plutôt pour objet des matières déterminées que des compétences pourrait constituer une approche comportant des chances de succès (les compétences peuvent varier selon la qualification des différentes matières en droit interne ; ainsi par exemple, certains aspects de la matière fiscale peuvent être du domaine administratif ou du domaine pénal et, par conséquent, être soumis à des compétences différentes).

4. Les destinataires d'une résolution seront en premier lieu les Etats ; il dépendra du contenu des "recommandations" spécifiques si, à l'intérieur de l'Etat, elles seront adressées aux pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire.

Vu l'objet (la matière économique), on pourrait songer, comme deuxième destinataire, également à l'Union européenne et à ses organes. Ainsi, par exemple la Commission des Communautés s'arroge le droit de décréter des amendes allant à plusieurs millions d'ECUs, même à l'égard d'entreprises ayant leur siège en dehors du territoire de l'Union.

5. Comme le rapporteur, je pense moi aussi que la matière n'est pas mûre pour énoncer des règles de caractère normatif. C'est donc plutôt la formulation de directives ou de règles de conduite qu'on devrait envisager.

6. Dans chacune des cinq propositions de principes il y a des éléments qu'on pourrait retenir comme base des directives ou règles de conduite, à inclure dans une résolution éventuelle.

Reply of Mr. Arthur T. von Mehren (26 July 1994)

...

I enclose my response to the Questionnaire ; I hope you will find them of some assistance.

1. The subject is so complicated and difficult that it may well be impossible to do more than survey the area, make clear the sources of difficulty, and explain why, for many issues and in many contexts, national courts will inevitably reach significantly different results.

A report – or perhaps a statement of general principles – could establish starting points for analysis and reflection that are more useful than concepts of territoriality and personality. So far as the domain of private international law is concerned, the significance of territoriality diminishes as the situation or transaction becomes increasingly delocalized. And it is

precisely such situations or transactions that lead to claims by plural sovereigns of the right to prescribe, to adjudicate, and to enforce. In the modern complex, interdependent world, unless conduct and effects are essentially localized in the same State, it is inevitable that in many cases more than one State will have significant and appropriate reasons to seek to control various aspects of the transaction or situation. For such cases there is typically no internationally agreed principle that determines which State's views should prevail.

In short, it might be helpful to prepare *a resolution* that

- (1) sets out the factors that a State can, in our view, legitimately take into account in deciding what position to take in transnational cases,
- (2) makes clear that a range of different views and results are legitimate, and
- (3) suggests that unitary solutions – if they are possible at all – can only result through conventions or by charging international jurisdictions with the regulation of transnational situations.

2. As to option 1, my answer to question (1) makes clear that I think nothing except confusion and imprecise analysis and thinking is achieved – at least, so far as private international law is concerned – by approaching these problems in terms of dispositive categories and concepts. Either the category or concept leaves out of account legitimate considerations or becomes so broad and diffuse that it no longer can provide a result. The concepts of territoriality and extraterritoriality are illustrative.

3. Option 2 is a possibility. However, such rules would not illuminate unless they derived from applications of more general ideas and propositions to the subject matters for which rules were to be provided. Moreover, black-letter, dispositive rules will not, in my view, be agreed upon for many issues and situations that arise in the areas noted under option 2 on page 14.

4. A resolution of the Institute should be addressed to an audience that includes not only those who are charged with establishing and applying rules and principles to regulate these matter but, more generally, to those who seek to understand the problems that arise and to develop wise solutions for them. I would give first priority to this general audience ; of course, with respect to certain areas and issues it might well be very useful to address the more specific audiences noted under option 3 (p. 19).

5. My answers to questions (1)-(4) suggest my views on how a resolution might be drafted. And, of course, much depends here on decisions taken with respect to the areas to be covered and the audiences to be addressed. In my view, much of what the Commission can do will involve the formation of principles and the statement of policies but it would be premature to exclude other possibilities.

6. *Principle I* : Most of the examples given in Principle I involve areas that are dealt with in public international law or in criminal law ; as such, I am not competent to express definite views as to how they should be dealt with by the Commission. A general problem is raised, however : how should the Commission coordinate the public-international-law dimensions of its work with the private-international-law dimension? Approach and treatment may well be different. Principle I seems, for the most part, to have the public dimension in view.

Principle II : It is not clear to me how the ideas underlying this principle would be worked out. Nor am I sure how Principles I and II would be coordinated.

Principle III : As stated, Principle III is a platitude ; what the proposition's significance is depends upon what one means by "subject matter where States have legitimate interests in conflict." The sole example given – the law of competition – suggests that private-law subjects in general do not qualify for use of the reasonableness principle or the balancing-test principle. If this is what is meant, I would disagree.

Principle IV : Again, the thrust and scope of this Principle are not clear to me.

Principle V : The proposed approach to blocking statutes and antisuit injunctions is not clear to me. Obviously, when these extreme measures are used, international cooperation has broken down because the States in question have not found an acceptable way to coordinate or compromise conflicting policies that the States concerned consider of considerable importance.

Perhaps a resolution can suggest standards for evaluating the legitimacy of each State's concerns. For example, where a defendant – active in the market of a State – is ordered to produce documents in connection with litigation arising out of that activity, blocking of that order by another State is highly problematical. On the other hand, if jurisdiction in the first State is based simply on the defendant's temporary presence there – *tag jurisdiction* – such blocking may well be appropriate.

It seems correct that, in principle, antisuit injunctions are more problematical than blocking.

7. *Concluding Remarks.* The *Rapport préliminaire* is a most interesting and thoughtful approach to an extremely difficult topic. One pervasive problem that the Commission faces is the very different approaches that, at least in the past, seem to have been taken by publicists and privatists to the subject matter. The Bos Commission's Draft Resolution, discussed at the Milan Session, took an approach far more abstract and dogmatic than are the approaches used today by most privatists. The problem areas that are the concern of privatists can not today be approached and regulated in the terms proposed by the Bos Commission.

It may well be that, due to different subject-matter concerns and different intellectual traditions, a "publicist" approach along the general lines of the Bos Commission's Draft is appropriate for certain matters while a quite different "privatist" approach is for others. On the other hand, in the spectrum that runs from areas traditionally of concern to publicists to the traditional areas of privatist concern, the sectors shade into each other ; some are traditionally neither public nor private but intricate blends and combinations of the two.

It will require considerable reflection and ingenuity to handle in a comprehensive way such varied and nuanced materials. Consideration must also be given to whether a unified method can be developed for the entire subject or whether, in some fashion and to some degree, a distinction is to be maintained between publicist and privatist.

Réponse de M. Alfred E. von Overbeck (29 août 1994)

...

1. Je souscris entièrement aux observations du Rapporteur à propos de l'opportunité d'une résolution (N° 18 du Rapport préliminaire).

Dans le passé, l'Institut a gaspillé d'innombrables heures à mettre au point des résolutions dépourvues de toute portée. Cette méthode ne devrait être suivie que si une très substantielle unité de vues se manifeste au sein de l'Institut.

Dans les autres cas, et sans doute dans la matière qui nous occupe, un rapport succinct, indiquant les différentes opinions qui ont été exprimées, serait sans doute préférable et de nature à stimuler de futures discussions des problèmes que l'Institut ne résoudra certainement pas complètement. (Cela pourrait être aussi stimulant qu'une décision judiciaire rendue par cinq voix contre quatre, telle celle de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire Hartford Fire Insurance Co. v. California, du 21 juin 1993, résumée par J.P. Griffin, US Supreme Court encourages extraterritorial application of US anti-trust laws, International Business Lawyer, September 1993, p. 389).

2. L'option du N° 18 conduirait aux mêmes impasses que l'ancien projet de résolution. Des règles trop abstraites, rédigées par une personne ou un comité dans l'optique de certains problèmes, s'avéreront inappropriées vues sous l'angle d'un autre problème.

3. L'option 2 du N° 19 paraît la seule opportune. Il s'agit de chercher dans chacune des matières énumérées, ou même pour des questions de détail à l'intérieur d'une matière, les solutions les plus appropriées.

4. Il ne faudrait pas surestimer l'importance de cette question. Il me semble que les destinataires, si l'on veut les spécifier, pourraient être :

- a) les législateurs nationaux
- b) les auteurs de conventions internationales
- c) les tribunaux nationaux
- d) les tribunaux internationaux.

5. La distinction entre règles et principes me paraît plutôt graduelle. Si l'on se décidait à adopter une résolution, il conviendrait que celle-ci soit aussi spécifique que possible.

6. Les principes à fixer devraient précisément être déterminés lors des débats de l'Institut.

Sur les propositions sans doute provisoires, mais très utiles du Rapporteur, voici mon point de vue :

Principe I : Je ne suis pas certain qu'il soit opportun d'énoncer ces règles de morale internationale, cela d'autant plus que leur mise en oeuvre par les Etats en dehors des traités me paraît incertaine et dans certains cas même dangereuse.

Si l'on incluait une telle liste, il faudrait, à mon sens, l'étendre au moins à la fraude fiscale. Dans un monde où de toute façon les riches deviennent plus riches et les pauvres plus pauvres, la fraude est très choquante, en faisant supporter les déficits budgétaires des Etats de plus en plus par les salariés, elle a finalement des conséquences pires que, par exemple, les délits d'initiés qui conduisent bien certains à s'enrichir de façon illégitime, mais qui font moins de victimes directes.

Principe II : Comme nous l'avons dit, les mesures prises par les Etats en dehors de traités nous paraissent douteuses. En revanche, un appel aux tribunaux en vue d'une coopération dans les domaines mentionnés sous I est certainement indiqué.

Principe III : La pesée des intérêts devrait se faire dans chacune des matières où les Etats ont des intérêts légitimes en conflit.

Principe IV : Je ne déclarerais pas d'emblée que le problème des sociétés constitue un thème spécifique qui dépasse largement le mandat de la Commission.

Principe V : Ici aussi, des solutions nuancées selon les problèmes me paraissent indiquées.

Reply of Mr. Allan Philip (19 septembre 1994)

...

May I first say that I think you have written an extremely interesting report which puts the problems very squarely, where they belong. As to the descriptive part of your report I am to all extents and purposes in complete agreement with you.

With respect to your question 1, I agree that it is probably too early to take a decision. However, although you have made certain indications of how a resolution could be drafted, my preference at this moment is for a report. I have in fact earlier in a more general way pronounced my preference for reports. While undoubtedly in earlier times resolutions of the Institute have been useful and often persuasive, I believe that this is not true today. They tend to have the same character as draft conventions of which we have already too many emanating from different international bodies. Our resolutions tend just to be one more such draft with – as you yourself indicate – often a doubtful backing in the Institute itself. I believe that in many, although not all, instances a report containing a broader and

more nuanced description of the problem in question and perhaps indicating different views would today have much more influence on developments.

That certainly applies to a subject so difficult as the present, and where so little precision exists. That does not prevent us from making resolution on a limited part of the subject, if it proves possible to separate out such an area for treatment.

International criminal law in the narrow sense might be such an area.

With respect to question 2, I think it follows from what I have said that I reject that option.

As also follows from the above, I am less opposed to option 2 (question 3) than you. As a result of my Nordic background, I am more for an analytic approach than for the grand principles which have not been verified by confrontation with practical problems.

That does not mean that I reject the approach, which you prefer. I could certainly live with that, especially if we try all through to confront the principles with practical examples of their application.

As to question 4, I believe that a resolution should be intended for all interested parties, but that it should indicate why and how it should be used differently by each of them.

And as to question 5, I think may be it is too early to reply. However, if we are going to draft one or more resolutions, we should use the proper form in each instance and not be bound by one only.

At this stage I prefer not to pronounce myself on your 5 principles. I think that it is too early. They sound sympathetic, but I think they have to be tried by practical confrontation.

Let me terminate by saying as I began that I think your approach is useful and fruitful, and I am looking forward to seeing the result.

Réponse de M. Jean Salmon (10 février 1995)

...

Le sujet se trouve ainsi "re-visité" de manière particulièrement profonde, riche et originale, ce dont je vous félicite.

Votre rapport se veut sans doute aussi sainement provocateur, ce qui me conduit à réagir sur quelques points avant de répondre à votre Questionnaire. J'ai au demeurant l'impression qu'à plusieurs de vos réflexions ne correspondent pas de propositions ou d'interrogations spécifiques dans votre Questionnaire.

Commentaires généraux

Il me semble que vous êtes par trop sévère à l'égard des éléments dégagés jusqu'à présent par la Commission (par. 2). Comme la plupart des concepts de droit international les notions utilisées dans la matière qui nous occupe ont des contours flous. Ici comme ailleurs je crois que nous ne rendrions service à personne à jeter l'enfant avec l'eau du bain. En d'autres termes je me demande s'il ne serait pas justifié, plutôt qu'abandonner ce qui a été fait, d'y faire les ajouts nécessaires, d'y apporter les nuances requises, de souligner les limites des outils proposés.

Un grand nombre de critiques qui ont été faites à Milan concernant le projet et les ambiguïtés que vous relevez à juste titre me semblent pouvoir être traitées et intégrées dans le projet initial dûment remanié.

Je suis convaincu qu'une typologie de la question doit se fonder sur les solutions dégagées dans diverses matières (par. 3). Sans entrer dans le détail de celles-ci, il faut couvrir un champ large et ne pas rester dans les catégories traditionnelles et étroites du droit pénal. Les articles 5 à 8 du

projet étaient sans doute trop imprégnés par celles-ci, probablement parce que c'est en droit pénal que la question de la compétence extra-territoriale a été le plus analysée.

Vous relevez à raison divers problèmes de qualifications (par. 3 et 4). Les questions de qualifications ont toujours existé en droit international privé sans que cela ait pour autant pour conséquence que les règles entre lesquelles il faut choisir soient elles-mêmes à remettre en question. Je ne vois pas pourquoi il en irait autrement ici. Ceci étant les "punitive damages" par exemple, se trouvent aussi dans la pratique de la réparation en droit international public et leur caractère de sanction pénale plutôt que de réparation de type "civil" a depuis longtemps été mis en lumière. La question est moins de savoir dans quelle catégorie on les classe que de savoir s'il est opportun de les admettre.

Je partage votre opinion que la compétence juridictionnelle (par. 4) a été trop vite rangée comme un avatar de la compétence législative dans la mesure où l'acte juridictionnel a une nature mixte (application voire prolongement de la législation mais aussi acte d'exécution au cas d'espèce).

Je ne suis pas persuadé que le concept d'extraterritorialité soit lui-même le siège de controverse (par. 4) du seul fait que l'exercice d'une compétence par un Etat entre en conflit avec la même ou une autre compétence d'un autre Etat. Les diverses compétences étatiques se chevauchent, et il n'est pas de la nature des choses que les compétences aient à s'emboîter comme les pièces d'un puzzle.

Je partage votre avis que la compétence personnelle n'est pas seulement fondée sur la nationalité (par. 6). En va-t-il autrement en droit international public? Je n'en suis pas persuadé. Si la compétence personnelle est celle qui s'exerce "à l'égard des personnes qui ont un lien significatif ou un rattachement substantiel avec l'Etat se réclamant de ce chef de compétence" (article 5 par. 1 du projet) ceci peut couvrir d'autres personnes que les nationaux. Il est vrai que les par. 2 et 3 du projet semblent plus restrictifs sans trop d'explication sur la contradiction.

La question de la localisation du délit civil que vous soulevez (par. 7) joue un rôle fondamental en matière de dommage à l'environnement. L'Institut, dans sa résolution d'Edimbourg sur les obligations délictuelles en droit international privé, a souligné les modulations qui peuvent être apportées au principe de la loi du lieu du délit. On a vu le tribunal de district d'Illinois Nord, division Est, dans une décision du 18 avril 1984, estimer pouvoir appliquer la loi américaine au désastre de l'Amoco Cadiz parce que cette loi n'était pas différente de la loi française (à ses dires) et que les parties étaient d'accord (*Clunet*, 1985-594). Mais ces aspects de droit international privé relèvent-ils vraiment de la question qui nous occupe, sauf à dire que des règles de droit international public limiteraient le choix de rattachements en droit international privé y compris l'élection de for ? Si la question se pose vraiment elle mériterait peut-être l'examen par une commission autonome.

Je ne pense pas, pour ma part, que la compétence territoriale l'emporte *en droit* sur la compétence personnelle (par. 8) (j'ai exprimé cette opinion à plusieurs reprises dans mes réponses au Rapporteur s'agissant notamment de prescriptions en exécution de directives des organes de l'ONU). Elle l'emporte le plus souvent *en fait*. Je suis à cet égard tout à fait d'accord avec votre analyse au par. 9 *in fine*.

La querelle sur l'arrêt du *Lotus* (soulevée au par. 12 de votre texte) me paraît sans issue, car elle est metajuridique. Ceux qui estiment que les Etats ne limitent leur souveraineté que par des accords ne pourront jamais accepter la thèse que l'Etat ne peut exercer de compétences que s'il y est "habilité" par l'ordre juridique international. Elle me semble aussi inutile, car on peut arriver au même résultat, celui de la limitation des compétences des Etats, en montrant que le droit international contient dès aujourd'hui des normes acceptées dans ce domaine ; et si elles ne le sont pas encore, mais qu'elles sont souhaitables, exprimons-en le voeu si l'on peut se mettre d'accord sur le fond. Mais là est sans doute le vrai problème.

J'estime que de nombreux conflits de compétence sont difficilement solubles par des règles formelles et je crains que des règles comme le "reasonableness" ou le "balancing test", même re-visités comme

vous le proposez soient plus formelles qu'il n'y paraisse au premier regard. C'est par des règles communes de fond que l'on peut être vraiment sûr. Seul un accord sur le fond permet de résoudre certaines contradictions. Ceci implique communauté de valeurs et d'intérêts. A défaut la guerre des compétences risque de continuer. Autant la communauté de valeurs semble pouvoir apparaître dans le domaine de la morale et du droit pénal international (vos par. 13 et 24) autant je crains que cela soit moins évident dans le domaine économique international sauf à considérer que les préceptes de l'économie libérale, actuellement prédominants en fait, doivent l'être en droit parce qu'ils auraient une valeur "universelle" de "bien commun" ou "d'intérêt commun", conclusion qui me semble hasardeuse.

Votre souci semble seulement de rechercher des règles de conduite (j'allais dire de *jus in bello economico*) pour assainir le milieu économique transnational (par. 14). Bien que cela me paraisse très idéaliste, je suis disposé à examiner vos propositions concrètes.

L'idéologie des "droits de l'homme", protection des personnes privées de bonne-foi contre les effets de commandements incompatibles (par. 16 et 17, 3^e), me semble, en revanche, raisonnable et de nature à justifier des efforts d'imagination de l'Institut.

Pourquoi ne pas conserver dans la résolution des classifications conceptuelles, à côté de directives substantielles. Les deux approches ne sont pas contradictoires (par. 17).

Réponses aux Questionnaire

1. Résolution classique ou simple rapport. Difficile de répondre à ce stade (voir votre par. 18) et dans l'ignorance de la direction générale que prendront les travaux de la Commission. Ma préférence personnelle irait vers une résolution refondue, contenant :

a) des définitions permettant de fixer, conforter ou préciser les concepts là où cela s'avère nécessaire ;

b) des principes juridiques sur la licéité ou non de certaines compétences si l'accord se fait sur ce point et

c) des directives *de lege ferenda*.

2. Je ne suis pas convaincu que le concept de compétence extraterritoriale soit indéfinissable.

3. Je préfère l'optique typologie générale ; mais celle-ci doit s'inspirer de diverses situations et non de manière exclusive ou prépondérante du droit pénal.

4. Je n'ai pas d'objections, si la résolution contient des directives, à ce qu'elles aient divers destinataires.

5. Une combinaison de ces possibilités.

6. *Principe I* : D'accord.

Principe II : D'accord. Dans le domaine de l'internationalisation de la jurisprudence de droit international privé, il faudrait ajouter que les juridictions devraient être plus ouvertes aux réclamations d'Etats étrangers fondées sur leur droit public comme les y invitait, avec modération, mais les invitait tout de même, la résolution de l'Institut à sa session d'Oslo.

Principe III : D'accord, dans l'orientation indiquée au par. 14 de votre rapport et en mettant en garde sur une application purement de façade de ces principes occultant une politique de défense de l'intérêt national.

Principes IV et V : Je souhaite avoir des renseignements complémentaires avant de me prononcer.

Encore un grand merci pour ce rapport dense et substantiel qui suscite une salutaire réflexion et ouvre la perspective de fort beaux débats.

Réponse de M. Michel Waelbroeck (26 juillet 1994)

...

Je voudrais vous féliciter pour le remarquable travail que vous avez accompli en synthétisant les travaux effectués par les deux Commissions qui ont précédé celle dont vous avez accepté d'être le Rapporteur.

J'ai longtemps été de ceux qui considèrent que les compétences étatiques, dans quelque domaine qu'elles s'exercent, sont soumises au droit international et qu'il devrait donc être possible de trouver dans le droit international des principes permettant de tracer les limites de la compétence extra-territoriale des Etats, et qui s'appliqueraient tant dans le domaine du droit public que dans celui du droit privé.

J'avoue que la lecture de votre rapport a fortement ébranlé ma conviction et que je reconnais la difficulté d'énoncer des règles qui s'appliqueraient de la même manière dans les deux domaines.

Toutefois, l'approche consistant à exclure du champ de nos travaux le droit international privé suppose que la portée de cette exclusion soit définie avec précision. Sinon, nous risquons des malentendus.

Or, à mon avis, la distinction entre "droit public" et "droit privé" est souvent artificielle. C'est ainsi que l'on trouve, dans le droit privé, des institutions mettant en cause l'exercice de la puissance publique : la faillite et la tutelle en sont deux exemples. Dans certains systèmes juridiques, l'action en dommages-intérêts peut comporter des aspects quasi-pénaux : voyez les "punitive damages" et "treble damages" du droit anglo-américain. Dira-t-on qu'une mesure de privation de propriété à portée extraterritoriale est légitime parce qu'elle se présente comme la conséquence d'une faillite plutôt que d'une confiscation? La compétence internationale d'un tribunal appelé à se prononcer sur une infraction aux règles nationales de concurrence commise à l'étranger, et qui aurait pu être critiquée comme constituant une interprétation excessivement extensive de la "théorie des effets" au cas où l'action avait été instituée par une autorité publique,

deviendra-t-elle irréprochable du fait qu'il s'agit d'une demande de "treble damages" intentée par une personne privée, qui fonde la compétence du tribunal qu'elle saisit sur la règle de droit international privé, selon laquelle le "*locus delicti*" peut être le pays où le préjudice est subi?

D'autres cas peuvent se présenter où il est difficile de distinguer le "public" du "privé". Il en est ainsi, notamment, des redevances imposées par les administrations ou entreprises publiques pour rémunérer des services rendus par elles ou des investissements effectués par l'Etat ou les organismes publics dans des entreprises privées.

Il conviendra dès lors de trouver des critères de distinction appropriés à la tâche que nous nous proposons de résoudre. Il n'est pas certain que ceux qui ont été développés par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, et qui visent d'autres objectifs, puissent être transposés à notre matière.

Les observations qui précèdent ne visent pas à mettre en cause de manière fondamentale l'approche que vous vous proposez de suivre, mais à vous permettre de la préciser davantage. Je ne crois pas, en effet, que l'Institut ait grand chose à gagner en adoptant une résolution dont le contenu ne serait pas clairement identifiable.

Je réponds comme suit à votre Questionnaire.

1. J'aurais plutôt tendance à me prononcer en faveur d'une résolution plutôt que d'un simple rapport. Cela permet de mieux circonscrire le débat en concentrant la discussion sur un nombre limité de problèmes bien définis.

2. L'option N° 1 me paraît devoir être rejetée pour les raisons que vous indiquez.

3. L'option N° 2 ne me semble pas non plus devoir être retenue, vue la difficulté de tracer une ligne claire entre les différentes subdivisions : ainsi, les violations de règles fiscales peuvent donner lieu à des sanctions

pénales, des problèmes de notification d'actes à l'étranger se posent, parfois de manière aiguë, en droit de la concurrence, ...

4. Je suis plutôt partisan de votre option N° 3. Quant aux destinataires, je n'ai pas d'idées bien précises pour le moment et n'exclus aucune des catégories que vous mentionnez, du moment que cela ressort clairement du texte de la résolution.

5. Je crois qu'il faut combiner les différentes possibilités que vous indiquez.

6. Quant au *Principe I*, je me demande si l'interdiction du recrutement de mercenaires doit être retenue. Il me semble peut-être prématuré aussi de condamner au niveau international les délits d'initiés ou la corruption de fonctionnaires, qui me semblent relever plutôt de préoccupations internes.

Je partage votre avis quant à la lutte contre la faute fiscale ou les clauses commerciales abusives : ici aussi, une condamnation internationale est sans doute prématuée, quoique la chose puisse se discuter, surtout pour la fraude fiscale.

Votre *Principe II* n'appelle pas d'observations particulières de ma part.

Quant au *Principe III*, je voudrais ouvrir une brève parenthèse (qui me ramènera d'ailleurs au *Principe I*) concernant le droit de la concurrence, où il me semble qu'on approche de plus en plus d'un consensus sur le plan international. En tout cas, les conflits d'intérêt ne me semblent plus se poser entre Etats qui veulent protéger leur marché et Etats dont les entreprises s'efforcent de maintenir une position dominante (voyez page 10 de votre rapport). On constate que, d'une part, tous les Etats aux économies développées tendent à insister sur une application stricte des règles de concurrence, non seulement sur leur propre marché, mais aussi comme moyen d'ouverture des marchés sur lesquels ils s'efforcent d'accroître leur pénétration (le dialogue Etats-Unis-Japon est particulièrement instructif à cet égard). D'autre part, les pays en développement prennent conscience,

eux aussi, de manière croissante, que l'existence de règles de concurrence efficaces constitue pour eux une garantie contre une exploitation par les sociétés multinationales. J'aurais donc tendance à faire entrer la lutte contre les restrictions internationales de concurrence parmi les règles de morale internationale devant être mentionnées par le *Principe I*. Certes, il peut exister des tensions ponctuelles, notamment lorsqu'une entreprise bénéficiant d'un soutien important de son Etat d'origine fait l'objet de poursuites dans un Etat étranger ; toutefois, de tels épiphénomènes ne doivent pas dissimuler l'intérêt commun des Etats en cause à une application efficace – et équitable – de leurs règles de concurrence respectives.

Quant au *Principe IV*, je suis assez partisan de tenir compte explicitement du principe de l'unité du groupe économique et des conséquences qui en découlent, tant activement (possibilité pour l'Etat de la "mère" d'agir, dans le respect du principe de non-intervention, sur la façon dont se conduisent les filiales) que passivement (possibilité pour l'Etat de la filiale d'adresser des ordres et d'infliger des sanctions à la "mère" visant des instructions données par celle-ci quant à la conduite de ses filiales sur le territoire de l'Etat en cause).

Principe V : pas d'observations pour le moment.

Réponse de M. Karl Zemanek (18 mars 1994)

Réponse au Questionnaire :

1. Si nos travaux aboutissent à un texte substantiel, j'opterai pour une résolution. Si au contraire nos délibérations démontrent trop d'opinions opposées par suite à l'état flou du droit actuel, un rapport exposant ces divergences me paraîtrait préférable.
2. Je ne suis pas encore convaincu que tous les concepts soient indéfinissables. Mais si c'est l'opinion de la Commission, je suis de votre avis qu'il ne faut pas les utiliser.

3. Aussi souhaitable qu'une telle entreprise soit, elle dépasserait assurément la capacité de travail d'une Commission de l'Institut, si celle-ci veut finir son travail dans un délai utile, chose qui me semble fortement indiquée.

4. Sans discussion préalable le choix est un peu difficile, mais j'ai un tendance plutôt vers le a) en conjonction, si cela est possible, avec le c).

5. Il est peut-être sage de s'abstenir au début du travail de toute catégorisation prématuée. Une combinaison de règles, principes, directives ou règles de conduite, en relation avec l'état du droit qui régit les points précis, me semble au moment l'optimum sur lequel on pourrait se mettre d'accord.

6. *Principe I* : Sous réserve d'une discussion plus profonde je suis d'accord avec votre liste, quoique je doute qu'on puisse déjà parler d'une "coutume internationale en voie de formation" en ce qui concerne p.ex. les délits d'initiés. Ce qui ne veut pas dire qu'une telle règle ne soit souhaitable.

Principe II : En principe oui, mais tout dépendra de la liste des actes auxquels le principe s'applique.

Pour donner un exemple : en Autriche, la réforme de la législation concernant le secret bancaire ne se heurte que marginalement aux raisons que vous donnez (protection de la place financière). Plus graves sont les sentiments de la grande masse de la population qui, pour des raisons irrationnelles, tient au secret du "Sparbuch". Il s'agit donc d'une matière extrêmement sensible en terme de la politique intérieure où le législateur ne peut avancer qu'avec prudence vers une harmonisation avec l'intérêt commun de la communauté internationale.

Principe III : Entièrement d'accord.

Principe IV : Egalement d'accord et je souligne la dernière phrase de votre proposition.

Principe V : Bien que d'accord avec la première phrase, il me semble que les idées énoncées dans la seconde méritent encore une réflexion et discussion.

III. Complément à l'exposé préliminaire

21 février 1995

1. Douze membres de la dix-neuvième Commission ont répondu au questionnaire joint au rapport préliminaire du 15 février 1994. Il s'agit de MM. Bedjaoui, Bos, Collins, Henkin, Makarczyk, Matscher, von Mehren, von Overbeck, Philip, Salmon, Waelbroeck et Zemanek. Leurs réflexions et leurs suggestions ont été très éclairantes pour le rapporteur qui, dans ce premier complément au rapport préliminaire, s'efforcera de mettre en lumière les principaux points d'accord et de désaccord des membres de la Commission mais aussi leurs communes incertitudes. L'objectif du présent texte est de préparer et de rendre aussi fertiles que possible les réunions de la Commission à la prochaine session de l'Institut.

I. Droit international et droit international privé

2. Plusieurs membres de la Commission ont levé une ambiguïté à laquelle le rapport préliminaire avait sans doute contribué. Selon les instructions données à la Commission par la délibération de la session plénière de l'Institut à Milan, l'une de ses tâches devait être de prendre en considération les aspects de droit international privé du thème assigné à ses travaux. L'ambiguïté que plusieurs confrères ont mise en lumière était de savoir s'il fallait compléter le projet de résolution présenté à la session de Milan d'articles relatifs au droit international privé ou, pour l'exprimer différemment, si la résolution devait être divisée en deux parties respectivement consacrées à chacune des deux matières. A l'exception de M. Bos, ceux des membres de la Commission qui ont touché à cette question y ont donné une réponse négative à laquelle le rapporteur adhère sans hésitation.

3. Non seulement une distinction tranchée entre le droit international public et le droit international privé paraît malaisée, au moins dans la matière considérée, mais c'est principalement devant les tribunaux étatiques (en y incluant la Cour de justice des Communautés européennes qui exerce en la matière une fonction quasi-étatique) qu'ont été soulevées des questions relatives à ce qu'il est convenu d'appeler l'application extraterritoriale du droit étatique. Rien de moins inattendu puisqu'il s'agit d'application du droit étatique (ou du droit communautaire), laquelle n'est pas, que l'on sache, le domaine propre de compétence des juridictions internationales. Rien d'étonnant non plus à ce que celles-ci n'aient guère eu l'occasion de se prononcer sur la conformité au droit international des mesures prises par les gouvernements nationaux. Ce qu'on connaît de la pratique "internationale" en la matière - mais qui est une pratique d'Etat - se limite en certains domaines soit à des décisions, des protestations ou des menaces de rétorsion ou de blocage émanant de gouvernements, soit à des procédures conduites devant des tribunaux étatiques ainsi invités à se prononcer sur la validité et l'interprétation du droit étatique applicable. Même si devant ces deux catégories d'organes des arguments empruntés au droit international ont été avancés, il faut juger significative la dissociation entre la qualité d'une institution et la nature des normes juridiques auxquelles elle se réfère. La "pratique internationale" qui se dégage de l'attitude des gouvernements ou de la motivation de décisions judiciaires étatiques n'a évidemment pas la même force que celle que pourraient procurer d'authentiques sources de droit international, telles que des accords interétatiques ou les décisions de juridictions ou de tribunaux arbitraux internationaux. Là où de telles sources existent (par exemple *Memorandum of Understanding* ou traités de coopération interétatique), elles revêtent une importance particulière.

4. La conclusion provisoire du rapporteur est que, ayant pour objet l'action des autorités étatiques et les litiges portés devant des tribunaux nationaux, "la compétence extraterritoriale des Etats" (sous réserve des questions de terminologie qu'on abordera plus loin) se situe aux confins du droit international privé et du droit international : la question fondamentale est de déterminer les compétences que l'Etat peut exercer au-delà de sa sphère territoriale propre. Deux solutions principales peuvent être envisagées.

1. Selon la doctrine de l'arrêt *Lotus*, l'Etat peut faire tout ce que le droit international ne lui interdit pas.

Pareille solution est une forme de chèque en blanc remis à la partie du droit étatique qui délimite les compétences des autorités et des juridictions nationales (c'est-à-dire au droit international privé). Selon une telle perspective, les rapports entre le droit international et le droit international privé se laissent aisément dégager : le premier ne contient que des règles prohibitives, restreignant la souveraineté des Etats ; à défaut de telles règles, le terrain est occupé par le droit étatique (c'est-à-dire par le droit international privé).

2. Les prohibitions portées par le droit international visent la violation de principes tenus pour fondamentaux et les actes par lesquels un Etat empiète - serait-ce de manière virtuelle - sur la compétence d'un autre Etat. Même à l'égard de situations purement internes - relations localisées sur son territoire et dans lesquelles seuls ses ressortissants sont impliqués - l'Etat n'a pas une compétence illimitée : la protection des droits de l'homme appartient aux normes prohibitives du droit international qui restreignent les compétences étatiques. Sous cette réserve importante, c'est à l'égard de situations qui ne sont pas entièrement localisées sur son territoire ou de personnes n'ayant pas sa nationalité que l'Etat souffre les restrictions les plus notables à sa compétence. L'idée pourrait alors être avancée que la compétence de l'Etat est délimitée dans l'espace, ne pouvant avoir pour objet que les faits localisés sur son territoire ou les personnes ayant sa nationalité.

Renversant la doctrine de l'arrêt *Lotus*, on affirmerait que l'exercice par l'Etat de compétences "extraterritoriales" serait en principe prohibé sauf habilitation à cette fin du droit international, ce qui inclut l'agrément donné par l'Etat à la compétence territoriale duquel il est porté atteinte. Dans sa réponse au questionnaire M. Bedjaoui s'est prononcé très fermement en faveur de l'idée "que l'Etat ne peut exercer sa compétence vis-à-vis de personnes, d'actes ou de faits localisés à l'étranger que lorsque le droit international lui permet de le faire".

5. Toute tentative de délimiter les compétences spatiales des Etats par des règles qui leur soient communes rencontre un double problème.

a) Le premier de ces problèmes a pour objet la terminologie. Quant peut-on parler d'extraterritorialité ?

Est certes visé l'accomplissement par l'autorité d'un Etat d'un acte de coercition sur le territoire d'un autre Etat. Mais à côté d'exemples clairs - l'arrestation d'une personne sur le territoire de l'Etat A par un agent de la force publique de l'Etat B - il en est d'autres qui le sont moins. Un chef d'Etat ou le membre d'un gouvernement en séjour dans un autre Etat y signe des documents officiels (un décret ou un arrêté) qui seront publiés avec mention du lieu d'émission. Une personne est, par pli postal ou par un message remis à l'intervention d'un service diplomatique ou consulaire, citée à comparaître devant la juridiction d'un Etat autre que l'Etat sur le territoire duquel la formalité a été accomplie. Il est enjoint à une personne ou à une entreprise de faire ou de ne pas faire quelque chose sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat dans l'ordre juridique duquel l'injonction a été décernée.

A condition qu'elle se déroule entièrement sur le territoire de l'Etat auquel appartient une autorité ou une juridiction, l'action administrative ou judiciaire peut avoir pour objet des faits localisés hors de ce territoire. Jusqu'à quel point une telle forme d'extraterritorialité est-elle licite ? Dans quelle mesure l'accord des parties suffit-il à proroger la compétence juridictionnelle ? Quand la situation est mixte (acte accompli sur le territoire d'un Etat et ayant des effets sur le territoire d'un autre Etat), il semble raisonnable de reconnaître aux deux Etats des titres équivalents. Toutefois, la discussion en séance plénière a révélé des doutes sur la nature extraterritoriale de la théorie des effets.¹

Quant à la compétence législative, elle ne paraît pas devoir soulever de problème propre (mais voir *infra*, n° 12) : c'est l'application

¹ *Annuaire*, vol. 65-II, pp. 150 et s.

extraterritoriale du droit étatique qui doit être mise en question, non l'aspiration de la norme à l'universalité. Dans les limites de sa compétence juridictionnelle, l'Etat peut prévoir l'application de son droit matériel interne à tout litige dont ses tribunaux sont saisis. Si l'on peut affirmer qu'un Etat doit avoir un système de droit international privé, on ne saurait en déduire que les règles de conflit de lois doivent avoir un contenu plutôt qu'un autre, ce qui devrait être démontré si l'on voulait affirmer à propos de n'importe laquelle des solutions de droit international privé étatique que celle-ci n'est pas conforme au droit international. C'est dès lors autour de la compétence administrative ou juridictionnelle que se focalise la problématique.

b) Le second problème est celui des conflits, c'est-à-dire de l'affirmation par deux ou plusieurs Etats de compétences concurrentes. On peut à cet égard se poser deux questions. Est-il nécessaire que la compétence exercée par un Etat empiète sur la compétence effective d'un autre Etat pour qu'on puisse parler de compétences extraterritoriales ? Ou bien suffit-il qu'un tel conflit soit virtuel ? Par exemple, un Etat peut-il soumettre aux dispositions protectrices de son droit du travail les personnes employées par une entreprise ayant sa nationalité sur le territoire d'un autre Etat, alors que, supposons-le, le droit du second Etat ne règle pas cette matière ou la règle d'une manière qui n'est pas incompatible avec les normes portées par le premier Etat ? La seconde question est de savoir s'il faut vivre avec des compétences concurrentes ou si, au contraire, il appartient au droit international d'éliminer ou de réduire de tels conflits. Le droit international privé enseigne une leçon de tolérance : force est de s'accommoder de la divergence des solutions, et l'harmonisation de celles-ci n'est qu'un des objectifs de cette matière, et pour certains auteurs il est moins important que la justice du cas particulier.

6. Le malaise exprimé à Milan par les privatistes s'explique sans doute par l'impossibilité d'énoncer des règles de droit international prétendant régir toutes les catégories de situations à l'égard desquelles l'Etat exerce une compétence qualifiée - à tort ou à raison - d'extraterritoriale. Les situations familiaires aux privatistes - contrat, responsabilité civile, relations familiales - font l'objet de conflits, les mêmes faits pouvant être soumis à la compétence juridictionnelle de tribunaux d'Etats différents et à des

compétences législatives concurrentes. Ce serait une nouveauté - et une nouveauté dangereuse - que d'enfermer les compétences de l'Etat dans les limites fixées par de prétendues normes de droit international qui ne sauraient être précises, eu égard à l'ampleur du champ qu'elles prétendent couvrir et en raison du recours à des concepts mal définis et sans doute indéfinissables.

II. Droit public et droit privé

7. La délimitation des matières n'a pas tant pour objet la séparation entre les deux rameaux - public et privé - du droit international que la distinction entre le droit public et le droit privé dans l'exercice des compétences étatiques. Sans doute, la ligne de partage est fuyante et elle l'est de plus en plus à cause de la place croissante prise par le droit public dans plusieurs domaines des relations économiques et sociales et en raison de la criminalisation de nombreux comportements. Le droit des contrats, des sociétés, des opérations de bourse, des marchés financiers, de la responsabilité civile est aujourd'hui appréhendé par des réglementations de nature publique qui empiètent largement sur l'autonomie de la volonté et les dispositions de droit civil précédemment applicables. A l'intérêt des particuliers se superpose très souvent l'intérêt général ou l'intérêt de l'Etat, ce qui transfère le conflit d'intérêts de la sphère privée à la sphère publique et, par-delà les frontières, le transforme en conflit de souveraineté. Si l'on en juge par les exemples discutés durant les travaux de la dix-neuvième Commission, c'est évidemment à propos de cette sphère publique qu'apparaît le besoin d'endiguer ou, à tout le moins, de rationaliser l'exercice par les Etats de leurs compétences extraterritoriales. Le problème est moins de distinguer le droit international privé du droit international (public) que de limiter le magistère du second à la sphère publique des compétences étatiques.

8. Toutefois, autant il est aisé de percevoir – on pourrait presque dire, de sentir – la différence entre deux sphères, l'une privée l'autre publique, de la compétence étatique, autant il est difficile de conceptualiser une telle distinction. Même en écartant l'objection selon laquelle toute action des organes de l'Etat entre dans le champ public – ce qui vaut pour l'état civil,

la célébration des mariages, la publicité foncière, les registres de la propriété intellectuelle, ainsi que pour toute décision judiciaire quelconque – et sans se laisser obnubiler par l'idée que derrière tout intérêt particulier se profile un intérêt général, il reste difficile d'identifier avec précision la catégorie d'intérêts que leur nature à dominante publique soumet à un contrôle plus étroit des règles internationales de partage des compétences. C'est là qu'est né le principal malaise des privatistes face au projet de résolution soumis à la session de Milan : les qualifications trop amples de plusieurs articles de la résolution auraient eu pour effet de subordonner toute règle de conflit de juridiction ou de conflit de lois du droit interne à des critères de répartition universelle de compétence. Le problème est alors de limiter les normes ou les règles de conduite tracées par une résolution de l'Institut, et plusieurs voies ont été considérées, soit exclure l'application de ces normes au droit international privé, ce qui risquait de vider la résolution de tout contenu précis,² soit limiter le domaine matériel de la résolution à des catégories spécifiques de situations, tels le droit de la concurrence, les pratiques commerciales abusives, les délits d'initiés, soit poser des règles introduisant plus d'objectivité dans la solution du conflit d'intérêts. De ces trois possibilités la première a déjà été écartée, la deuxième est tenue en réserve, il y a lieu à présent de considérer la troisième.

III. Nature des intérêts en conflit

9. Il est illusoire de séparer les uns des autres des blocs de matières, le droit international, le droit international privé, le droit public, le droit privé, mais ne serait-il pas possible de décrire plus précisément les intérêts en conflit ?

La notion de compétence extraterritoriale demeure floue aussi longtemps que n'y est pas incluse l'idée qu'il s'agit d'une compétence risquant d'entrer en conflit avec celle d'un autre Etat et, même, d'empêter

² Voyez sur ce point les observations de M. Waelbroeck, *Annuaire*, vol. 65-II, p. 155.

sur une telle compétence ou encore, dans le pire des cas, de porter atteinte à la souveraineté d'un autre Etat. En l'état actuel du droit international on ne saurait éliminer tout risque de concours des compétences étatiques. Il n'est pas contraire au droit international que des tribunaux d'Etat différents soient saisis d'actions en justice les invitant concurremment à annuler un mariage, prononcer un divorce, donner exécution à un contrat ou le déclarer résolu, même si, ce faisant, l'autorité judiciaire d'un Etat se déclare compétente à l'égard de faits localisés sur le territoire d'un autre Etat et y applique son propre droit interne. Aucune obligation internationale n'est violée quand un tribunal prononce par défaut une peine à charge d'un étranger pour un crime commis hors du territoire de l'Etat auquel appartient la juridiction, exemple irrécusable d'exercice d'une compétence extraterritoriale. Force est, dès lors, de serrer de plus près les hypothèses dans lesquelles il y a lieu de prévenir tout excès de compétence.

10. Quatre premières catégories d'intérêts doivent être considérées ici.

a) L'exercice de certaines compétences que l'on peut qualifier d'extraterritoriales porte atteinte à la souveraineté d'un autre Etat : il s'agit d'un intérêt public protégé par le droit international en l'absence même de conflit de normes ou de décisions. Si féconde qu'elle puisse paraître, l'idée que l'exercice d'une compétence étatique portant atteinte à la souveraineté d'un autre Etat est contraire au droit international demeure une coque vide si l'on ne parvient pas à définir les actes incompatibles avec la notion de souveraineté. L'exercice d'un acte de coercition physique sur le territoire d'un Etat sans l'agrément de celui-ci a certes une telle nature, mais on ne saurait limiter à cette seule hypothèse la violation de la souveraineté.

b) Les exemples les plus controversés d'exercice d'une compétence extraterritoriale se greffent sur le conflit de deux intérêts publics : la "théorie des effets" est née à cette occasion, l'Etat sur le territoire duquel un acte accompli dans un autre Etat produit ses effets prétendant atteindre les auteurs de cet acte dont le comportement n'est pas illicite selon le droit du pays où il se localise. Les injonctions tendant à la production de documents localisés à l'étranger, les mesures faisant défense à une personne ou à une entreprise de participer à une procédure engagée dans un autre Etat

(*anti-suit injunction*), l'adoption de normes tenant expressément à exercer une influence sur le déroulement de procédures étrangères (*blocking statutes*) démontrent bien le caractère public du conflit d'intérêts interétatiques, même si un intérêt privé sous-jacent incite les parties à se prévaloir d'arguments empruntés au droit international. Mais il arrive aussi que le problème pénètre dans le champ propre des relations intergouvernementales : tel est le cas quand un gouvernement adresse à un autre gouvernement une note de protestation ou, hypothèse inverse, quand les deux gouvernements s'accordent sur un *modus vivendi* de nature à aplani le différend. Dans la plupart des cas, le gouvernement ou les tribunaux de l'Etat dont les intérêts sont menacés par l'exercice d'une compétence extraterritoriale, invoquera aussi l'argument d'une atteinte à sa souveraineté, ce qui renvoie au premier cas de figure. Mais il convient de maintenir une distinction entre le conflit d'intérêts publics pur et simple et les hypothèses dans lesquelles un Etat peut se prévaloir en outre d'une atteinte à sa souveraineté.

c) En cas de conflit ouvert entre les normes, les décisions ou les injonctions émanant d'organes d'Etats différents, le conflit public se double d'un conflit privé : le destinataire de commandements incompatibles ne saurait satisfaire à l'un et à l'autre et il est possible qu'il soit exposé à une peine dans un ordre juridique s'il se conforme à l'obligation mise à sa charge dans l'ordre juridique d'un autre Etat. Ici encore il faut rappeler l'expérience du droit international privé auquel pareils conflits sont familiers. En cas de mariage ou de divorce boiteux, un homme et une femme seront, selon les pays, époux, concubins ou divorcés, et leur comportement, licite ou obligatoire dans un pays, sera punissable dans un autre. Si un contrat ou une relation quasi délictuelle a donné lieu à des décisions divergentes en deux pays, la vérité judiciaire sera relative selon les frontières. Qu'est-ce qui distingue ces observations banales des hypothèses généralement évoquées durant les travaux de la dix-neuvième Commission ? Deux éléments, semble-t-il : les conflits de lois ou de décisions judiciaires dans les matières traditionnelles du droit international privé n'intéressent que médiocrement les relations interétatiques. Aucun intérêt public n'y est véritablement engagé. Le deuxième élément est que les acteurs des relations purement privées peuvent généralement se replier

sur le territoire de l'Etat où ils résident et négliger les complications qui résulteraient pour eux du désir d'être régi par une vérité absolue. Au contraire, les acteurs des relations économiques transnationales doivent composer avec les différents Etats : leurs intérêts sont multiples, diversifiés et surtout largement diffusés. Il est dès lors embarrassant pour eux de devoir rompre tout lien soit avec l'un soit avec l'autre Etat. D'où la recherche d'une solution qui désarme le conflit d'intérêt public (b) et soulage les acteurs privés du conflit de commandements dont ils sont les destinataires.

d) A peu près tous les membres de la Commission ont été sensibles à une quatrième catégorie d'intérêts – l'ordre de présentation n'impliquant daucune manière un ordre d'importance – à savoir les intérêts de la communauté universelle. En certaines matières les Etats sont les gestionnaires d'un intérêt public qui les transcende chacun pris séparément, et la question est alors de savoir si pareille considération peut justifier une extension de la compétence qualifiée d'extraterritoriale ou, si l'on préfère, une forme de multilocalisation de la compétence étatique. Qu'il soit clairement entendu que le droit d'ingérence (humanitaire ou non) et le problème de l'assistance humanitaire (qui fait l'objet des travaux de la seizième Commission) sont étrangers aux travaux de la dix-neuvième Commission. Pour être extraterritoriale, la compétence de l'Etat qui fait l'objet de ces travaux s'exerce normalement sur le territoire propre de cet Etat et elle n'est pas motivée par les circonstances exceptionnelles invoquées – à tort ou à raison – à l'appui d'une attitude active d'intervention ou d'ingérence. Toutefois, qu'il s'agisse de la répression pénale de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ou de l'incidence sur l'exécution des contrats ou la responsabilité civile des violations du droit international commises par un autre Etat, il paraît adéquat de rattacher certains intérêts publics à la communauté universelle. Sans prétendre qu'une telle liste soit exhaustive on peut ajouter aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité le trafic de stupéfiants, la traite des blanches et les réseaux de prostitution infantile, l'esclavage, le travail forcé et diverses formes de servitude.

A certains intérêts publics nationaux on serait aussi enclin à reconnaître une valeur plus étendue : la répression du faux-monnayage a certes ce caractère. En va-t-il de même de la fraude fiscale, du délit d'initiés ? La question doit être posée car des Etats ont des intérêts communs en la matière même si une analyse superficielle conduit à penser que d'autres Etats – où se localisent les paradis fiscaux – recueillent un bénéfice indirect de la pression fiscale exercée par les premiers.

IV. Fixer des bornes à la compétence extraterritoriale et résoudre les conflits

1. L'atteinte à la souveraineté d'un autre Etat

11. La règle énoncée dans l'article 3, alinéa 3, du projet de résolution soumis à la séance plénière de Milan (*Annuaire*, vol. 65-II, p. 137) ne saurait soulever aucune controverse dans ce qui en constitue le noyau : si, par compétence exécutive (*jurisdiction to enforce*), on entend l'accomplissement d'un acte de coercition physique (l'arrestation d'une personne, la saisie d'un bien ou d'un document) sur le territoire d'un autre Etat, il y a atteinte incontestable à la souveraineté de l'Etat territorial. Mais il est plus douteux qu'il faille y inclure l'accomplissement d'un acte sans doute coercitif sans qu'il s'accompagne d'exécution matérielle, telle la citation à comparaître en justice, le cas échéant communiquée par la voie postale.³ On peut affirmer avec M. von Mehren que l'expression "*jurisdiction to enforce*" n'est pas claire.⁴ Au mieux, il s'agit d'une expression doctrinale difficilement utilisable dans un instrument à prétention normative.

12. Il n'est pas certain que la compétence législative (*jurisdiction to prescribe*) ne suscite jamais de problème de souveraineté. Que faudrait-il

³ Sur cette question, voy. notamment les observations de M. Salmon, *Annuaire*, vol. 65-I, pp. 76-77, pp. 142-143 et la discussion en séance plénière, vol. 65-II, pp. 157-159.

⁴ Vol. 65-II, p. 158.

penser, par exemple, de la loi d'un Etat soumettant à son droit interne les relations de travail à l'intérieur des succursales et peut-être même des filiales étrangères d'une société-mère ayant sa nationalité ? Est-il compatible avec le droit des Etats à l'autodétermination économique et sociale que le fonctionnement interne des filiales ou des succursales d'entreprises étrangères soit régi par le droit de la société-mère ? En l'état actuel du droit, pareille question est réglée selon les méthodes propres au droit international privé, avec la relativité des solutions qui en découle. Selon que le litige sera porté devant les tribunaux de l'un ou de l'autre Etat, il recevra des solutions différentes. Mais la question qui se pose – et sur laquelle votre rapporteur n'a pas de réponse décisive – est de savoir s'il est possible de délimiter un bloc de compétences territoriales qui relèveraient de la souveraineté étatique de manière tellement étroite qu'il exclurait toute compétence législative concurrente. Pourraient appartenir à ce bloc de compétences les droits fondamentaux garantis par la constitution nationale.

13. En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, il ne semble pas qu'on puisse traiter de la même manière les ressorts civil, pénal et administratif du pouvoir de juger. C'est à la compétence pénale que s'appliquent, de manière traditionnelle, les critères de compétence universelle, de personnalité active ou de personnalité passive. Les mêmes notions n'ont guère de sens en matière civile.⁵ De deux contractants, lequel est le sujet actif ou le sujet passif ? Même dans une matière proche de la répression pénale, le droit de la responsabilité civile, il paraît difficile de transposer des concepts empruntés au droit pénal. Il semble dès lors impossible – et, heureusement, inutile – de bâtir des règles universelles de répartition des compétences juridictionnelles en matière civile. Quels qu'ils soient, les critères étatiques de cette compétence rencontrent pour barrière naturelle le principe d'effectivité : si la personne ou les biens du défendeur ne sont pas soumis en fait à l'action de la justice de l'Etat qui prétend l'exercer, les décisions rendues seront inopérantes et elles n'obtiendront aucun titre de reconnaissance ou d'exécution dans l'Etat sur le territoire duquel se localisent les éléments factuels prépondérants de la situation.

⁵ Comp. sur ce point les débats en séance plénière, *Annuaire*, vol. 65-II, pp. 142 et s.

Quant à la compétence administrative, elle est souvent très proche de la compétence exécutive. Les fonctionnaires d'entités publiques exerçant un contrôle sur les activités économiques sont souvent appelés à étendre leurs investigations à des pays étrangers. Sauf agrément de l'Etat territorial, ils n'ont évidemment pas le pouvoir d'exercer quelque contrainte que ce soit à l'égard des personnes auxquelles il s'adressent. Il est même douteux qu'ils soient autorisés à enquêter en pays étranger sans l'agrément des autorités de ce pays. Sans doute pourra-t-on objecter qu'ils ont la même liberté qu'un détective privé, un journaliste ou une agence de renseignements. Ce qui est toutefois de nature à jeter la confusion dans l'esprit de leurs interlocuteurs est la qualité publique qu'ils invoqueraient. Mais leur activité relève plutôt de la compétence exécutive.

2. La solution des conflits de compétence

14. Pour l'exercice d'une compétence qualifiée d'extraterritoriale il faut distinguer des cas où pareil exercice est illicite parce qu'il porte atteinte à un attribut exclusif du souverain territorial des cas, sans doute plus nombreux, où plusieurs exercices de compétences étatiques, dont aucun n'est contraire au droit international, entrent en concurrence, avec le risque déjà évoqué, de placer le destinataire devant des obligations inconciliaires.

Pour le traitement de tels conflits, il est proposé de distinguer quatre hypothèses.

- a) Si l'une des deux normes ou décisions excède la compétence reconnue à son auteur en vertu du droit international général ou d'une obligation conventionnelle particulière, elle doit évidemment céder devant l'autre, non parce que celle-ci est meilleure mais parce que la première est privée de validité.
- b) Si une norme ou une décision est prise pour donner exécution à une résolution même non obligatoire du Conseil de Sécurité des Nations Unies ou pour satisfaire à une décision de la Cour internationale de justice ou d'une autre juridiction internationale, elle évincé tout acte contraire émanant de l'organe d'un autre Etat.

c) Si une norme ou une décision d'un Etat tend à la protection d'un intérêt universel, elle prime tout acte contraire émanant de l'organe d'un autre Etat. Un problème ouvert est de savoir s'il faut énumérer (de manière exhaustive ou non) la liste des intérêts qualifiés d'universels.

d) Dans tous les autres cas, c'est-à-dire si les actes en conflit ont, d'un point de vue formel, un titre égal à être appliqués, étant l'exercice par chaque Etat d'un résidu de compétence laissé intact par le droit international en vigueur, l'opinion qui semble le mieux refléter les vues majoritaires à l'intérieur de l'Institut est le scepticisme à l'égard de toute formule procurant au juge ou à l'administration une solution miracle, telle que l'exercice raisonnable de la compétence (*reasonableness*) ou la pondération des intérêts en présence (*balancing test*). Il est clair qu'une autorité ou une juridiction étatique est mal placée pour trancher un conflit entre les intérêts respectifs de plusieurs Etats à l'ordre juridique de l'un desquels elle appartient. Tout au plus peut-on en attendre qu'elle fasse une analyse plus fine de l'intérêt national en y insérant l'intérêt de l'Etat à pratiquer la modération ou une forme de réciprocité dans les relations internationales. Sous cette réserve, c'est la *lex fori* ou la décision nationale qui a toutes les chances de l'emporter.

15. On aura noté l'analogie qui s'établit entre les méthodes de solutions proposées et celles qui ont cours en droit constitutionnel. Quand l'auteur d'une norme a excédé sa compétence (a), l'acte est privé de validité, qu'il entre ou non en conflit avec une autre norme. Si les compétences sont véritablement concurrentes et qu'aucun législateur n'ait excédé ses pouvoirs (b et c), la norme supérieure évincé celle qui occupe un moindre rang dans l'édifice constitutionnel : *Supremacy Clause, Bundesrecht bricht Landesrecht*. Le modèle constitutionnel n'a pu être imité dans la quatrième hypothèse bien que le juge constitutionnel pratique dans un cas analogue la méthode de pondération des intérêts parce que le juge étatique est privé de l'objectivité requise pour arbitrer un conflit opposant à un autre Etat l'Etat qui l'a investi de sa fonction, alors que dans les trois hypothèses précédentes, il est en mesure de se prononcer sur un problème de hiérarchie des normes, comme il le fait aujourd'hui dans la plupart des pays en cas de conflit entre le droit international et le droit interne.

16. La rédaction de l'article 5 du projet de résolution a suscité à la session de Milan une discussion relative aux liens entre les travaux de la quinzième et de la Dix-neuvième Commission, cet article ayant pour objet les relations à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés.⁶ Comme on peut espérer que les travaux de la quinzième Commission seront terminés à la session de Lisbonne, il est proposé de réservier les questions propres aux sociétés transnationales et de se référer, le cas échéant, à la résolution de Lisbonne sur ce point.

Annexe I : Analyse succincte des réponses au Questionnaire du 15 février 1994

Question 1

La Commission est divisée en trois parts à peu près égales : pour ou contre la rédaction d'une résolution et réservant la question.

Question 2

La majorité des membres de la Commission est réticente face à l'introduction dans une résolution de notions indéfinissables, à l'exception de MM. Salmon et Zemanek et, de manière plus décidée, de M. Bos.

Question 3

Sur le choix entre l'adoption de règles générales et une méthode plus analytique (étude de questions particulières), la Commission est divisée.

Question 4

Sur la question des destinataires d'un projet de résolution, la Commission est également divisée. Le rapporteur est provisoirement d'avis

⁶

Annuaire, vol. 65-II, pp. 141-142.

de se rallier à l'opinion de M. Bedjaoui, appuyée par MM. Henkin, Matscher et von Mehren, selon laquelle il n'y a pas lieu de distinguer divers destinataires à l'intérieur de l'Etat, M. Henkin renforçant cette opinion d'arguments de nature constitutionnelle.

Question 5

Quant au choix entre l'adoption de règles ou de directives la Commission est également divisée et cette question peut être provisoirement réservée de même que la première.

Annexe II : Questionnaire

En réservant la faisabilité et l'opportunité de la rédaction d'une résolution et la forme dans laquelle celle-ci devrait être conçue, il y a lieu de recueillir l'avis des membres de la Commission sur les points suivants :

1. Si l'on peut énoncer des règles de répartition de compétence entre Etats, celles-ci doivent-elles être présentées sous la forme de règles prohibitives ou sous la forme d'habilitation (*supra* N° 4) ?
2. Après avoir affirmé qu'un Etat ne peut accomplir d'actes de coercition physique sur le territoire d'un autre Etat sans l'agrément de ce dernier, comment définir les actes non immédiatement coercitifs qui sont illicites ? Les agents d'un Etat peuvent-ils faire des enquêtes sur le territoire d'un autre Etat, y entendre un témoin, y désigner un expert, sans coercition mais aussi sans intimidation ? Peuvent-ils y délivrer une convocation ou se faire remettre un document ? (*supra* N° 5, a), N° 10, N° 13).
3. Quand les autorités ou les juridictions d'un Etat agissent sur son territoire, quelles sont les limites à leur pouvoir de se saisir de faits localisés à l'étranger ? Faut-il distinguer la compétence juridictionnelle de la compétence législative ? Le droit international n'a jamais, jusqu'ici, interdit à un Etat de soumettre à l'application de son droit matériel interne, des faits ou des situations localisés à étranger. Selon quel critère une telle compétence "extraterritoriale" serait-elle illicite ? La notion d'intérêt public pourrait-elle être jugée opératoire ? (*supra* N° 9 et 10).

4. Est-il possible de délimiter un bloc de compétences étatiques (par exemple celles qui incluent des droits constitutionnellement protégés) auxquelles aucun législateur étranger ne pourrait substituer sa propre réglementation ? (*supra* N° 12).
5. Tous les membres de la Commission semblant adhérer à l'idée qu'il y a des intérêts publics universels ou vis-à-vis desquels les intérêts des Etats sont suffisamment convergents, quelle est la liste que vous proposeriez de retenir ?
6. Faut-il réservier un traitement particulier à la compétence pénale en la soumettant aux critères traditionnels dégagés par la pratique ? (*supra* N° 13).
7. Que pensez-vous de la méthode de résolution des conflits proposées sous le N° 14, a) ?
8. Même question à propos du N° 14, b).
9. A supposer que la liste proposée sous la cinquième question puisse être dressée, êtes-vous d'accord avec la méthode de solution des conflits proposée dans le N° 14, c) ?
10. Vous ralliez-vous au rejet des critères de *reasonableness* et du *balancing test* dans les conditions indiquées sous le N° 14, d) ?

IV. Réponses et observations des membres de la Commission

Réponse de M. Mohammed Bedjaoui (5 juillet 1995)

...
1. Il s'agit, me semble-t-il à ce stade, moins de déterminer de manière précise les divers compétences que l'Etat peut exercer au-delà de sa sphère territoriale que de fixer *un principe général* de répartition des compétences entre Etats. A l'appui de mes remarques antérieures, que vous m'avez fait l'honneur de mentionner dans le point 4 de votre complément de rapport, j'aimerais souligner ce qui suit.

La souveraineté de chaque Etat, pour aussi absolue qu'on veuille la considérer, trouver nécessairement ses limites ne serait-ce que dans la souveraineté des autres Etats. Le rôle de la souveraineté n'est pas de distribuer des compétences, mais d'exercer – ou de s'abstenir d'exercer – ces compétences qui lui sont reconnues. C'est, en effet, au droit international lui-même qu'il revient de répartir ces compétences entre les Etats et non pas à chaque Etat de déterminer "*souverainement*" celles-ci. La souveraineté de l'Etat n'intervient qu'au stade de la mise en oeuvre, de l'exercice des compétences ; elle n'intervient pas au stade de la détermination de leur étendue, sauf indirectement sous la forme de la participation de l'Etat à l'élaboration du droit international.

C'est la structure même de l'ordre juridique international (celui-ci caractérisé par l' "égalité" souveraine des Etats) qui commande par conséquent l'adoption du principe d'habilitation plutôt que celui de prohibition.

Dans le droit international moderne, la répartition des compétences entre Etats paraît à mon avis être gouvernée par le principe d'habilitation. La répartition des compétences entre Etats s'opère ou doit s'opérer en conséquence au moyen de règles attributives et non pas de règles prohibitives. En d'autres termes, il semble clair que l'Etat ne peut exercer une compétence que dans la mesure où le droit international l'y autorise.

2. Les actes de saisie matérielle ou de coercition physique d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat, tel l'enlèvement à l'étranger d'une personne poursuivie ou condamnée par les autorités judiciaires d'un Etat, ne sont pas autorisés par le droit international¹ : l'institution de l'extradition vient implicitement en témoigner.

Un Etat n'a pas non plus le droit d'adresser à un témoin (étranger) une citation à comparaître devant ses juridictions si celle-ci est assortie d'une menace de sanction en cas de non-comparution². Dans ce cas, c'est l'élément de contrainte qui confère à l'acte son illégalité.

¹ “[c'est un] principe qu'aucun Etat ne peut exercer une contrainte quelconque sur ses ressortissants hors des limites de sa souveraineté ; [...]”, Mémoire du Gouvernement français présenté le 22 novembre 1922, *Affaires des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, C.P.I.J., Série C. N° 2, Vol. Suppl., Pièces de procédure écrite, p. 19. (A plus forte raison lorsqu'il ne s'agit pas de ressortissants).

² Voir néanmoins la pratique des Etats-Unis d'Amérique : “[...] subpoenas may be directed to persons in foreign States only if they are nationals or residents of the United States. Such subpoenas may be issued only by the Court, not the clerk of Court or a grand jury (as is permitted for subpoenas directed to persons in the United States). [...] failure to comply with a subpoena properly issued by a federal Court to a United States national or resident outside the United States is subject to punishment for contempt”, The American Law Institute, “*Restatement of the Law Third*”, “*Restatement of the Law - The Foreign Relations Law of the United States*”, Volume 1, American Law Institute Publishers, 1987, p. 556 (N° 474).

Un Etat n'est pas non plus habilité à conduire ses enquêtes sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de ce dernier ; encore qu'ici une distinction doive être opérée selon que l'Etat agit comme "Etat souverain" ou comme "Etat commerçant" : dans ce dernier cas, il peut, à l'instar de toute autre personne physique ou morale dans la même situation, procéder à toute collecte d'informations nécessaires à la défense de ses intérêts.

En l'absence d'autorisation à cet effet, un Etat ne peut pas non plus envoyer des officiers de police (en uniforme ou en civil), des informateurs ou des espions, mener une enquête sur le territoire d'un autre Etat. De la même manière, un Etat ne peut pas conduire une enquête fiscale sur le territoire d'un autre Etat, que ce soit directement par le biais de ses propres représentants ou indirectement par le biais d'un cabinet d'avocats ou d'audit, et ce, même avec le consentement du contribuable en question ou des témoins. On se souviendra à ce propos des deux officiers des douanes françaises qui s'étaient rendus à plusieurs reprises sur le territoire helvétique au début des années 1980 dans le but d'y interroger un ancien employé d'une banque suisse sur les avoirs de contribuables français soupçonnés d'évasion fiscale. Les autorités judiciaires fédérales furent alertées et les deux officiers français furent arrêtés et lourdement condamnés pour exercice d'activités illicites pour le compte d'un Etat étranger et violation de la législation relative à l'information économique et bancaire.

Le principe qui gouvernerait la matière serait que tout acte non directement coercitif est prohibé s'il apparaît comme l'exercice d'une prérogative de la puissance publique en territoire étranger ; pour être autorisé, l'acte en question doit être exempt de tout élément de contrainte ou de coercition, comme par exemple la citation à comparaître d'un témoin mais sans menace de sanction en cas de non-présentation. On en revient donc à la distinction de base entre compétence législative et compétence exécutive ; à de rares exceptions près, les actes non immédiatement coercitifs relevant de la compétence exécutive de l'Etat ne seraient pas autorisés par le droit international.

Dans un registre voisin, on pourrait rapprocher de votre exemple de la promulgation d'une loi ou de la signature d'un décret par un Chef d'Etat sur territoire étranger avec mention du lieu d'émission, (*cf. Point 5a*) de votre rapport), celui de la nomination par un Chef d'Etat de son Premier Ministre lors d'un séjour sur le territoire d'un autre Etat. Il s'agit dans les deux cas de l'exercice par un Chef d'Etat d'une compétence relative à l'organisation et au fonctionnement des services publics de l'Etat qu'il représente. Dans la mesure où la sphère de validité de ces actes exécutifs est à l'évidence limitée au territoire concerné par eux, il paraît *a priori* excessif et vain de requérir le consentement de l'Etat étranger sur le territoire duquel ces actes ont été promulgués ou signés. Mais à l'inverse dans la mesure où le Chef de l'Etat mentionne bien que l'émission de ces actes a eu lieu en territoire étranger (à l'occasion d'un exil, ou d'une visite officielle ou simplement d'une villégiature), il souligne par là qu'il a exercé une compétence propre mais dans un cadre territorial où elle n'a pas normalement lieu à s'exercer. La prolifération des "*gouvernements en exil*" durant la Seconde guerre mondiale, et plus tard lors des guerres de décolonisation, a donné quelque aliment à cette question. On a remarqué qu'en général l'Etat "*d'accueil*" accordait une autorisation globale au gouvernement en exil de prendre des actes de cette nature. Mais lorsqu'il s'agit d'un acte isolé d'un Chef d'Etat au cours d'un bref voyage à l'étranger, conviendrait-il de subordonner là aussi la validité de son acte au consentement de l'Etat qu'il visite ? J'hésiterais à le dire. Mais peut-être l'enjeu est-il limité ici à la question de la validité de l'acte considéré.. Dans ce cas la validité internationale n'est plus le point important. La préoccupation du Chef de l'Etat est que son acte pris à l'étranger soit valable sur le plan interne dans son propre pays en vue de son exécution. Cela ne concerne *plus* alors le droit international mais seulement le droit constitutionnel de ce pays.

3. S'agissant de la compétence législative, je suis d'avis qu'il n'y a pas *a priori* de limites au pouvoir des autorités compétentes d'un Etat de se saisir de faits localisés hors du territoire de cet Etat. Comme vous l'avez souligné (point 5a)), "*l'aspiration de la norme à l'universalité*" ne pose pas de grands problèmes. L'exercice combiné des compétences législatives des Etats a pour résultat une espèce d'"*entrelacement*" des dites compétences.

Comme le faisait à juste titre observer Charles Rousseau, "*les compétences législatives sont inter pénétrables*", alors que les "*compétences exécutives sont indépendantes*"³.

La compétence législative de l'Etat peut ainsi normalement s'exercer sur des personnes et des activités situées ou se déroulant hors de son territoire mais qui présentent un certain lien avec son ordre juridique. Je mentionnerais à ce propos :

- les activités se déroulant hors du territoire de l'Etat qui ont ou peuvent avoir des effets à l'intérieur de son territoire ;
- le statut et les activités de ses ressortissants qui se trouvent hors de son territoire ;
- les activités exercées hors de son territoire par des personnes étrangères et dirigées contre sa sécurité.

L'étendue de la compétence juridictionnelle sera, pour sa part, fonction de celle de la compétence législative. La compétence juridictionnelle de l'Etat pourra en effet se déployer dans les mêmes limites que sa compétence législative ; elle pourra s'exercer sur des personnes et des activités situées ou se déroulant hors de son territoire, mais qui présentent un lien substantiel avec son ordre juridique *sous réserve toutefois de l'accomplissement d'actes non immédiatement coercitifs qui sembleraient se situer, comme je l'ai mentionné, dans une sorte de zone grise mitoyenne avec la compétence d'exécution*.

La notion d'intérêt public universel ou d'ordre public international est très certainement opératoire ici (*cf. infra*, question N° 5).

4. Oui. Cela paraît en tous cas souhaitable.

³ Rousseau, "L'aménagement des compétences en droit international", *R.G.D.I.P.*, tome XXXVII, 1930, p. 432.

5. Au rang des intérêts publics universels pour la protection desquels tout Etat aurait une compétence juridictionnelle⁴, j'insisterais sur la prévention et la répression de la piraterie maritime ; de la traite des esclaves ; du trafic des stupéfiants ; de la piraterie aérienne ; des crimes de guerre et des violations graves du droit humanitaire : de l' "apartheid" ; de la traite des femmes et des enfants pour la prostitution ; du terrorisme ; de la torture ; du génocide ; de la destruction de biens culturels à des fins d'ethnocide ; de la circulation et du trafic des publications obscènes ; des actes de pollution massive de l'air ou des océans ; de la contrefaçon des instruments de crédit de l'Etat ; de l'émission de fausse monnaie ; de la falsification de documents officiels de l'Etat.

Cette liste n'est bien entendu pas limitative et l'ordre de présentation de ces infractions ne préjuge aucunement de leur niveau de gravité.

6. Oui.

7. Le point 14 a) fait-il réellement état d'une méthode de résolution des conflits. L'hypothèse envisagée renvoie en effet à un conflit entre une norme valide et une norme invalide qui par définition n'existe pas. Hypothèse à assimiler à celle (que vous mentionnez, sous N° 14) *in limine*)

⁴ Je rappellerais que dans l'affaire Demjanuk, par exemple, une juridiction des Etats-Unis d'Amérique accepta la demande d'extradition, formulée par Israël, d'une personne accusée d'assassinats pourtant non commis sur le territoire de l'Etat requis ; elle justifia la compétence des tribunaux israéliens de la manière qui suit :

"International Law provides that certain offenses may be punished by any State because the offenders are 'common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and punishment'". "Restatement of the Law Third", p. 256 (N° 404). Voir également la décision de la Cour de Cassation française dans l'affaire Barbie, Cassation, Criminelle, 6 octobre 1983, *Gazette du Palais, Jur. 710* (1983).

d'illicéité de la norme du fait de l'atteinte qu'elle porte à un attribut exclusif du souverain territorial.

8. Je suis d'avis qu'une décision prise pour donner effet à une décision de la Cour internationale de Justice doit primer sur tout acte contraire émanant de l'organe d'un autre Etat (articles 94 et 13 de la Charte des Nations Unies), à condition toutefois quelle ait été le fait d'un organe d'un Etat partie au différend porté devant la Cour (article 59 du Statut). Il en va de même pour les décisions de tout autre organe juridictionnel (judiciaire ou arbitral) et des décisions obligatoires du Conseil de sécurité.

La norme prise pour donner effet à une résolution non obligatoire du Conseil de sécurité ne se trouve pas dans la même situation. Une telle résolution, comme d'ailleurs une résolution de même nature de l'Assemblée générale, aura pour simple effet de créer une sorte d'habilitation d'agir dans une certaine direction, créant pour ainsi dire une légalité parallèle à celle déjà existante. Les normes ou décisions adoptées sur la base de résolutions de cette nature entrent donc en concurrence.

9. Oui. L'acte en question n'a au demeurant pas besoin d'être "*contraire*" à la norme tendant à la protection d'un intérêt universel ; quelqu'en soit le contenu, il devrait être supplanté par cette dernière norme (cette remarque s'applique également à la nature de l'acte mentionné au point 14b) .

10. L'utilisation des critères de "*reasonableness*" et du "*balancing test*" n'est en effet pas très heureuse dans la mesure où elle introduit une certaine dose de subjectivité dans le domaine qui ressort si intimement à la souveraineté de l'Etat qu'il est difficile de compter sur la capacité d'autolimitation du juge national, ou d'espérer "*raisonnablement*" que l'Etat du for fera "*preuve de modération et de mesure*". Ce sont là certes

⁵ Voir à ce propos, l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* :

70. [...] Il est vrai qu'à l'heure actuelle le droit international

des critères imparfaits, mais ce sont les plus commodes dont on dispose. Je n'ai donc pas d'objection quant au rejet de tels critères à condition toutefois de trouver une méthode de résolution des conflits plus satisfaisante.

Réponse de M. Maarten Bos (11 août 1995)

...

Simple catalogue casuiste ou bien recherche des bases intellectuelles telle que tentée dans le projet de résolution de Milan – voilà le choix devant lequel vous placez les membres de la 19e Commission dans votre Rapport complémentaire du 21 février passé.

Vous semblez pencher vous-même vers la première solution, à l'exception peut-être du droit pénal où les "critères traditionnels" (compétence universelle, personnalité active et passive) sauraient éventuellement trouver application.

L'attrait de votre préférence est dans la disparition de toute "antithèse" entre droit international public et droit international privé (votre N° 9) : on n'en parle plus et se limite à l'enregistrement des compétences en tel et tel cas pratique.

n'impose aux Etats aucune règle rigide délimitant le domaine de leur compétence nationale en pareilles matières [...] mais il leur laisse à cet égard une grande latitude. Néanmoins a) il postule *l'existence* de limites, même si dans tous cas d'espèce c'est au tribunal qu'il incombe éventuellement de les définir aux fins de l'affaire dont il s'agit, et b) il impose à tous Etat l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empêter indûment sur la compétence d'un autre Etat quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée", *C.I.J. Recueil 1970*, p. 105.

Personnellement, je préfère de loin l'approche suivie dans ledit projet de Milan : recherche des bases doublée d'une légère casuistique laissant une considérable latitude au droit international privé de trouver ses propres solutions.

Je résume mes motifs. Le droit international public est universel, le droit international privé, par contre, se divise en autant de versions qu'il existe des (groupes de) pays. Dans la matière qui nous occupe, le droit international privé – ou plus simplement "la pratique" – dépasse à l'occasion les limites tracées par le droit international public, phénomène toléré par ce dernier du fait que ses principes ne sont que des standards lui permettant de réprimer certains excès où bon lui semble.

C'est ce système de laissez-faire et de souplesse que je préfère à un catalogue de "règles" uniformes prétendument valables dans le monde entier. Pareil catalogue devrait être absolument complet sous peine d'être dépourvu de sens, donc infiniment long et détaillé.

Or, il paraît impossible qu'un document de cette nature soit jamais mondialement accepté, de même qu'il paraît indésirable qu'ainsi il soit mis fin à toutes nuances de droit international privé dans ce domaine dans un monde qui est loin d'être homogène.

Pour ces raisons tant théoriques que pratiques, la fusion tacite du droit international public et du droit international privé impliquée dans votre rapport a donc l'air d'une voie sans issue. Bien que se recouvrant en partie, les deux disciplines sont appelées à garder chacune leur identité. Là où vous vous plaignez d'un manque de tolérance de la part de certains Etats (votre N° 7), le problème est plutôt social que juridique. Un catalogue de compétences n'y fournirait aucune aide : les mêmes Etats s'opposeraient à son entrée en vigueur.

Quant à votre Questionnaire (entièremment axé sur l'idée de la fusion que je rejette), mes réponses sont les suivantes :

1. La question tombe dès qu'on accepte les principes comme des standards livrés à la discréction des Etats et reconnaît la souplesse du système qui en découle.
2. Voir le Projet de résolution (Milan), art. 3, al. 5.
3. *id.*, art. 3, al. 3 ; les anglais surtout ne partagent pas vos idées en matière d'antitrust.
4. Oui.
5. Voir Projet de résolution, art. 8, al. 3, et le commentaire en p. 184.
6. La compétence pénale obéit aux principes indiqués, qu'il s'agisse ou non d'un traitement "particulier".
- 7 et 8. Deux "portes ouvertes".
9. Et si deux Etats en conflit ont chacun une autre opinion sur le même intérêt universel?
10. Non.

Réponse de M. Jerzy Makarczyk (28 juin 1995)

...

1. Je serais plutôt pour des règles d'habilitation, si ce n'est que pour des raisons d'opportunité. En effet, une telle solution laisse à la communauté internationale et à son ordre juridique une plus grande faculté d'influencer le comportement des Etats sans pourtant leur imposer des prohibitions toujours mal accueillies.
2. Non, sauf si une telle action a été habilitée par un accord, sans exigence de forme, avec l'Etat sur le territoire duquel de telles actions doivent être accomplies. D'autres actions sont considérées licites en vertu

du droit international général, par exemple, celles exécutées par des agents diplomatiques ou consulaires.

Par contre, sans accord spécial ou même malgré une claire opposition de l'Etat, devraient être habilitées par le droit international les actions résultant des décisions du Conseil de Sécurité, qui sont directement orientées sur la répression de crimes commis sur le territoire de cet Etat, qui tombent dans la catégorie des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité. S'il s'agit des dérivés civils des crimes de cette catégorie, la question semble plus complexe. Quant aux actes qui peuvent être qualifiés de délits internationaux (terrorisme, protection de l'environnement, trafic de drogue, faux monnayage), il serait d'abord nécessaire d'établir une liste définitive de ceux qui peuvent être réputés d'intérêt universel.

3. La notion d'intérêt public me paraît beaucoup trop large et mal définie pour être vraiment opératoire. Le fait même que le droit international ne s'oppose pas à la soumission par un Etat à l'application de son droit matériel interne des faits ou situations localisé à l'étranger, ne donne aucune indication positive quant à la licéité d'une telle ou autre mesure de saisine.

4. Il me semble qu'une telle tentative en ce qui concerne les compétences des organes de l'Etat se heurterait à des difficultés majeures dues à une grande divergence des ordres constitutionnels. Quant aux droits constitutionnels qui protègent les individus, la plupart sont internationalisés en vertu des conventions universelles ou régionales concernant les droits de l'homme.

5. J'ai été assez étonné de ne pas voir dans le premier Questionnaire les crimes de guerre et contre l'humanité, mais une catégorie générale des crimes internationaux. Je suis heureux qu'ils figurent en tête de liste dans le document actuel. Quant aux autres actes, qui doivent être qualifiés de délits internationaux, la liste proposée dans le *Principe I* du premier Questionnaire pourrait utilement être complétée par la fraude fiscale. Quant aux clauses commerciales abusives je pense que le réalisme indiquerait de les laisser côté.

6. Oui, et je partage entièrement le raisonnement du paragraphe 13.

7-9. Je suis tout à fait d'accord avec le raisonnement suivi dans le paragraphe 14. Le seul point d'interrogation concerne les conséquences des décisions prises en vue de l'exécution également des actes non obligatoires du Conseil de Sécurité. Cela pourrait conduire à des abus et, d'autre part, amollir la règle concernant la priorité absolue des décisions étatiques prises dans l'exécution des actes obligatoires du Conseil.

Pour que la décision d'un Etat tendant à la protection d'un intérêt universel puisse primer toute décision contraire, il me semble inévitable pour la communauté internationale de se mettre d'abord d'accord sur une liste exhaustive de tels intérêts.

10. Oui.

Réponse de M. Franz Matscher (20 juin 1995)

...

1. Sans aucun doute il est plus aisé de formuler certaines règles prohibitives de répartition des compétences entre les Etats que des règles d'habilitation (je reste partisan de la doctrine Lotus). Des règles prohibitives pourraient être universelles et dotées d'une certaine clarté et précision tandis que des règles d'habilitation resteraient plutôt dans le vague et n'engloberaient que certains aspects des compétences étatiques au sujet desquels, en l'état actuel du droit international il existe des conceptions universellement admises. En disant cela, je songe en premier lieu à la "branche civile" des compétences extraterritoriales. Dans la "branche pénale", la formulation de règles d'habilitation me paraît faisable, mais là il ne s'agirait que d'une réaffirmation – peut-être d'une reformulation et d'un élargissement – des règles qui existent déjà (voir sous le N° 6 *infra*).

2. a) Il est communément admis que l'accomplissement d'actes de coercition physique dans un autre Etat, sans le consentement de ce dernier, est internationalement illicite et empiète sur la souveraineté de celui-ci (dans certaines situations qui se sont réalisées au cours de ces dernières décennies un consentement a été construit plus ou moins *ex post* ; voir les affaires Eichmann, Argoud, Noriega).

Pourtant, il y a un grand nombre d'autres cas où, dans le cadre de la coopération entre les Etats, un tel consentement réel existe – qu'il soit tacite ou réglé par des conventions bilatérales : voir par exemple le contrôle de police et de douane exercé dans les régions de frontière par les agents de l'Etat limitrophe, la présence de fonctionnaires de police et/ou de justice d'un Etat aux interrogatoires de prévenus détenus dans un autre Etat ; la présence – parfois très "active" – d'agents de sécurité dans la suite d'un chef d'Etat ou d'un membre de Gouvernement en visite dans un autre Etat ; la présence d'agents de sécurité dans les avions des compagnies aériennes "menacées" (EL AL) ; le déploiement de fonctions étatiques dans les enclaves/exclaves.

b) Il existe une large gamme d'actes non immédiatement coercitifs accomplis ou à accomplir à l'étranger, ceux-ci étant d'une grande diversité et certains ne soulèvent aucun problème qui aurait besoin de faire l'objet d'une réglementation internationale générale. Je songe par exemple aux chefs d'Etats et de Gouvernements qui, pendant leur séjour temporaire à l'étranger (résidence secondaire des princes du Lichtenstein à Vienne, le chancelier Adenauer régulièrement en vacances à Cadenabbia/Italie, etc.), y signent des actes officiels ; je songe au cas d'une usine de pompes d'essence près de Vienne destinées à être exportées en Allemagne et où, pour des raisons techniques/pratiques, le contrôle et le plombage de ces pompes d'essence ont été accomplis sur les lieux par les services techniques allemands compétents. Bien sûr, pour l'Etat du lieu, ces actes n'ont aucune valeur officielle et les agents publics ou techniques de l'autre Etat ne jouissent pas de la protection pénale spéciale que l'Etat du lieu accorde aux agents de son propre Etat (et à leurs actes) dans l'accomplissement de leurs fonctions officielles.

c) Il y a d'autres actes même non immédiatement coercitifs qui peuvent poser des problèmes. Tandis que pour certains d'entre eux le caractère illicite est généralement admis (les recherches effectuées par les agents du fisc auprès de banques étrangères où des propres nationaux sont censés posséder des fonds – la pratique "passive" suisse est particulièrement riche à cet égard ; les activités parfois même criminelles d'espions "étatiques" auprès des groupes d'opposition réfugiés à l'étranger) ; pour d'autres, elle est plus ou moins tolérée ou rencontre le consentement tacite de l'Etat du lieu (les agents des douanes autrichiens qui, en tenue civile, observent les acheteurs autrichiens dans les centres commerciaux au-delà – et près – de la frontière).

d) Pour toute une série d'autres actes rentrant dans le présent N° 2, la pratique varie d'un Etat à l'autre. Tandis qu'il est généralement considéré comme licite que les agents diplomatiques ou consulaires convoquent/invitent, sans aucune coercion, des propres nationaux ou mêmes des ressortissants de l'Etat de résidence pour recueillir des témoignages ou recevoir d'autres déclarations dans l'accomplissement d'une commission rogatoire provenant de l'Etat d'envoi (voir l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaire de 1963), certains Etats sont réticents à permettre la remise par pli postal ou par le soin d'une mission diplomatique ou consulaire des convocations à comparaître devant une autorité de l'autre Etat ou de permettre, par l'une de ces voies, la signification d'un acte juridictionnel provenant d'un autre Etat. Dans ces matières, le recours à une commission rogatoire à adresser aux autorités de l'Etat "d'exécution" est souvent exigé et fait alors l'objet de conventions multilatérales (voir par ex. la Convention de La Haye) ou bilatérales. Il y a pourtant d'autres actes officiels (décret de pension, réponse officielle à une demande adressée à l'Etat d'envoi) dont la remise directe par une des voies que je viens de mentionner ne semble rencontrer aucune objection.

3.A. Pour ce qui concerne le problème devant nous (actes législatifs, administratifs ou judiciaires accomplis sur le territoire d'un Etat, mais avec effet extraterritorial, et qui touchent – ou peuvent toucher – aux intérêts des autres Etats), je voudrais essayer de grouper les actes en question en différentes catégories :

a) Je suis d'accord avec le Rapporteur que le droit international n'a jamais jusqu'ici interdit à un Etat de soumettre à son droit matériel interne des faits ou des situations localisés à l'étranger.

b) D'après moi, la situation n'est pas différente en ce qui concerne la compétence juridictionnelle de se saisir de faits localisés à l'étranger. La doctrine de *Mann* (RdC 1964/I et 1984/III), selon laquelle le droit international exigerait un minimum de contacts de l'affaire avec l'Etat du for, afin que celui-ci puisse légitimement exercer sa juridiction (civile) reste dans l'abstrait : sans un minimum de contacts avec lui aucun Etat n'aura un intérêt à exercer son pouvoir juridictionnel ; d'autre part, des fors qui ne sont que l'expression d'un minimum de contacts (*forum arresti, forum transeuntis*) n'ont jamais été contestés comme internationalement illicites. En faisant recours à un de ces fors, le seul intérêt en jeu est celui de l'Etat du for à rendre sa justice civile accessible dans certaines affaires qui possèdent un lien, même tenu, avec celui-ci ; ici, d'après moi, on ne peut pas parler de "conflit d'intérêts" proprement dits entre Etats.

Que les jugements prononcés dans un de ces fors "exorbitants" ou internationalement indésirables, ont peu de chances de se voir reconnaître et exécutés dans un autre Etat, c'est une question différente, comme l'est aussi le fait que plusieurs conventions multilatérales (article 3 de la Convention de Bruxelles de 1968) et bilatérales écartent certains de ces fors.

D'ailleurs la situation n'est pas foncièrement différente dans le cas de "compétence concurrente" (voir *Matscher*, Etudes des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales, RdC 1978/III, pp. 127).

D'autre part, certaines limites à la compétence juridictionnelle peuvent être entrevues dans quelques instruments de protection des droits de l'homme (principe de l'accès à un tribunal "accessible", principe du procès équitable, d'après l'article 6 alinéa 1er de la Conv. europé. de 1950 ; article 14 du Pacte des Nations Unies de 1966). Pourtant, il y a peu de jurisprudence à cet égard et, jusqu'à présent, il ne s'agit là que de certains

principes très généraux et vagues qui ne sont pas susceptibles d'être rendus opérationnels dans la matière qui nous intéresse ici.

c) Il y a enfin une troisième catégorie où l'exercice de compétences extraterritoriales se réalise à travers des actes de coercition indirecte dans l'autre Etat. Ce sont les situations décrites au N° 10b) du Rapport, où l'exercice de compétences extraterritoriales se réalise à travers des actes de coercition dans l'Etat du for mais qui empiètent sur les intérêts des autres Etats, bien que leur caractère licite du point de vue du droit international soit controversé (voir, comme publication récente en la matière, *Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 1994).

On pourrait mentionner dans ce cadre aussi le phénomène particulier des injonctions adressées par le tribunal d'un Etat à un autre Etat (ou à des entreprises de ce dernier) de s'abstenir de construire, de mettre en marche ou de continuer l'exploitation d'usines nucléaires qui, en cas d'accident, peuvent produire des effets néfastes sur le territoire du premier Etat. Les jurisprudences autrichienne et allemande sont riches, bien que n'étant pas très cohérentes en la matière ; (voir à cet égard également l'article 26 ILC – Draft on State Immunity et les dispositions analogues dans certaines lois récentes sur l'immunité des Etats). Ce sont avant tout les situations rentrant dans cette catégorie qui pourraient faire l'objet d'une réglementation dans notre résolution.

3.B En résumé :

a) Les hypothèses d'exercice des compétences extraterritoriales qui empiètent sur la souveraineté de l'autre Etat et qui, dans cette mesure, sont contraires au droit international, me paraissent susceptibles d'une délimitation relativement facile (*supra* N° 2 a) ; un discours analogue vaut pour ce qui concerne les situations décrites sous le N° 2 c) ; ici, vue la contrariété au droit international, il n'est guère nécessaire de faire recours à la notion d'intérêt public. D'autres hypothèses décrites sous N° 2 a) pourraient être écartées du fait qu'elles ne portent pas atteinte aux intérêts de l'autre Etat.

b) Les situations mentionnées sous le N° 2 b) ne portent pas atteinte aux intérêts de l'autre Etat et pourraient également être écartées.

c) On pourrait essayer d'énoncer des directives pour ce qui est des hypothèses décrites sous 3 a) et b).

d) Les situations décrites sous les N° 2 d) pourraient être envisagées dans notre résolution.

e) Le problème le plus difficile me semble être la délimitation des situations mentionnées sous le N° 3 A c). Dans tous les cas, la notion d'intérêt public pourrait être opérationnelle.

4. J'entrevois le problème soulevé par le Rapporteur, mais je ne vois pas de solutions opérationnelles à y être apportées. Il s'agit de questions où joue l'autonomie du droit international privé des différents Etats. On pourrait peut-être énoncer des directives à l'adresse du législateur, mais je crois que la solution devrait être confiée aux conventions bilatérales et multilatérales en la matière.

D'autre part, je ne vois pas comment on pourrait délimiter un bloc de compétences exclusives où des droits fondamentaux garantis par la Constitution seraient en cause (d'autant plus que les droits fondamentaux sont très proches des droits de l'homme ou se confondent avec ces derniers, ou règnent les conventions internationales).

5. Intérêts publics universels ? On pourrait citer dans ce cadre, entre autres, sans doute la protection de l'environnement.

6. En ce qui concerne la compétence en matière pénale, les critères traditionnels semblent offrir des solutions satisfaisantes. On pourrait y ajouter, comme phénomène plus récent, le terrorisme, qu'il soit de souche purement criminelle ou politique, le crime organisé du type mafieu, le trafic de la drogue, le blanchiment de l'argent, la criminalité économique.

7. La méthode préconisée au N° 14 a) du Rapport est, en soi, correcte mais n'est-ce pas déjà le droit international (voir la notion de *jus cogens*) qui donne une réponse à la question soulevée par le Rapporteur ?
8. La solution proposée au N° 14 b) du Rapport me paraît correcte.
9. D'accord en principe. Problème de l'énumération des intérêts qualifiés d'universels ! (Voir sous N° 5 *supra*).
10. Les critères de "reasonableness" et du "balancing test" me semblent être trop vagues pour être opérationnels. Tout au plus on pourrait recommander aux autorités administratives et judiciaires des Etats de tenir compte – dans la mesure où le droit applicable le leur consent – des intérêts en jeu ; en plus, le législateur national pourrait être invité à prendre en considération ces intérêts dans la formulation des règles de conflit (les lois modernes de droit international privé le font dans une large mesure – voir l'application de la loi matérielle avec laquelle il existe le rapport le plus fort ou le plus intense – article 1er de la loi autrichienne de 1978, article 14 de la loi suisse de 1987).

Reply of Mr. Arthur von Mehren (14 June 1995)

...

My answers to the questions put in the Questionnaire are very tentative :

1. In my view the only rules that have emerged in international law respecting the allocation of competence between – or among – sovereign States are prohibitive in nature. In effect, international law establishes certain – but very limited – prohibitions. For the most part, rules respecting when States assert competences result not from general international law but from either international agreements or national law.

2. I would suppose that, so far as international law is concerned, a State is free to prohibit any and all acts of the type noted within its territory by agents of another State. On the other hand, either by treaty or by its national law and practices, a State could well allow the various acts mentioned in question 2, so long as physical coercion is not involved.

3. Each State decides, by its own lights, through legislation, judicial decisions, and administrative practices whether to exercise judicatory and prescriptive authority in the situations in question. States consider the weight of their own domestic policies as balanced with their external economic and political concerns and their vision of the realities and potential of the international order. The notion of "des faits ou des situations localisés à l'étranger" has no explanatory force ; it serves simply to state a conclusion. When facts or situations significantly affect the economy or society of more than one legal order, these facts or situations present, for applicable law purposes, elements of extraterritoriality for all the affected legal orders.

4. My guess is that it would be extremely difficult to establish such a "bloc de compétences étatiques". Where there are significant differences between the policies held by two or more States, each State significantly interested in the issue posed may well wish to apply its rules in order to vindicate its policies. If one State considers the rules in question of significantly greater importance – that is to say, more fundamental – than does another State, the latter might apply a comparative impairment theory and yield the point. On the other hand, where each State considers its rules at least equal in importance to the other State's rule, neither would be inclined – at least on the ground suggested by the question – to yield.

5. What might be included in such a list depends upon the purposes for which it is to be used. Accordingly, preparation of such a list would seem premature until the Commission's general approach is more fully worked out and a somewhat detailed draft resolution has been prepared.

6. Penal jurisdiction raises problems that differ significantly from those that arise with respect to other areas. It is highly likely, therefore, that the subject requires separate treatment.

7. I am not sure that I understand the meaning of 14a. The introductory paragraph to 14 posits exercises of State competence that do not violate international law. The next paragraph (14a) speaks of exercises of competence violating either general international law or a treaty obligation. Such exercises do not seem to fall within the situation contemplated by the preceding paragraph.

8. As an abstract matter and subject to possible qualifications – e.g., exclusion of non-obligatory resolutions of the Security Council – 14 b) seems reasonable. However, before coming to a definitive conclusion the proposition would have to be tested against concrete hypotheticals.

9. Again, as an abstract matter, 14 c) seems plausible but the proposition needs to be tested against concrete hypotheticals developed to take into account specific universal policies.

10. It is not clear to me what would replace the “reasonableness” or “balancing of interests” tests if they were rejected. Of course, these tests should take into account, *inter alia*, reciprocity and international cooperation.

Réponse de M. Alfred von Overbeck (7 juillet 1995)

...

1. Les deux solutions sont possibles. Mais le droit international (public) est trop imprécis pour que l'on puisse affirmer qu'une compétence n'est donnée que si le droit international l'admet.

2. L'idée que la souveraineté d'un Etat s'oppose à des actes non coercitifs dans le cadre d'une procédure dans un autre Etat me paraît dépassée. Tout au moins les solutions des diverses Convention d'entraide judiciaire devraient-elles être généralement admises.

3. La question de la compétence juridictionnelle se trouve en effet au premier plan. L'application du droit d'un Etat à une situation localisée à l'étranger ne devient actuelle que si cet Etat a une compétence juridictionnelle – ce qui indique bien qu'il existe des liens avec cet Etat. Il pourrait toutefois en être différemment s'il s'agissait d'une compétence "exorbitante".

4. Une telle délimitation paraît difficile. En ce qui concerne l'application du droit de la société-mère aux filiales ou succursales étrangères (Rapport N° 12), elle peut être indiquée sur certains points, par exemple le respect de conditions de travail ou de l'environnement.

5. La liste figurant au N° 21 du Rapport du 15 février 1994, que je compléterais par la fraude fiscale, pourrait être reprise, à titre non-exhaustif.

6. Ne vaudrait-il pas mieux laisser le droit pénal aux spécialistes de la branche ?

7. Cette solution semble aller de soi, mais il est peut-être opportun de la relever.

8. Même réponse que sous 7.

9. Même réponse que sous 7.

10. Non. Ce sont précisément les cas dans lesquels la compétence d'aucun des deux (ou plusieurs) Etats intéressés n'est exclue qui sont les plus nombreux et les plus intéressants. Certes on ne trouvera pas de solution miracle, mais le N° 14 d) me paraît trop pessimiste. L'Institut devrait au contraire tenter de poser quelques jalons pour cerner de plus près les critères de "reasonableness", de "balancing test" et de *forum (non) conveniens*. La jurisprudence des pays de *common law* fournit de nombreux cas d'application – ou de rejet de ces notions. On se référera notamment au récent cours de notre confrère A.F. Lowenfeld (*International Litigation and the quest for reasonabless*, RCADI, vol. 245, 1994-I, p. 1). Il est vrai que l'idée d'un pouvoir d'appréciation du juge en matière de compétence

judiciaire répugne aux juristes continentaux et n'a trouvé de place ni dans les codifications récentes ni dans la Convention de Bruxelles. La question du *forum non conveniens* dans le cadre de cette dernière Convention s'est posée dans l'affaire *Harrods*, malheureusement pas tranchée par la Cour de justice des Communautés. (Voir pour une application limitée de cette théorie, H. Gaudemet-Tallon, le "*forum non conveniens*", une menace pour la Convention de Bruxelles ? (A propos de trois arrêts anglais récents), *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 491, 509. Le *BGH* allemand a fait un pas dans cette direction en limitant le for de la situation des biens de l'art. 23 *ZPO* aux cas présentant un lien avec l'Allemagne. (M.c.T., 2 juillet 19, 115 BGHZ 90, NJW, 191, p. 3092). La Cour considère qu'une interprétation littérale de cette disposition n'est contraire ni à la Constitution, ni au droit international public, mais que néanmoins une interprétation plus conforme aux tendances actuelles du droit international s'impose. La Cour cite notamment la suppression des compétences "exorbitantes" dans de nombreuses Conventions. Cet exemple montre qu'une Cour nationale peut parfaitement fixer la compétence judiciaire compte tenu de critères internationaux. Une discussion intéressante pourrait avoir lieu au sein de l'Institut sans nécessairement aboutir à une Résolution.

Réponse de M. Jean Salmon (29 juillet 1995)

...

1. *Règles prohibitives ou d'habilitation*

On en revient à l'affaire du *Lotus*. Il n'est sans doute pas inutile de se pencher sur le texte de la Cour permanente en l'examinant phrase par phrase.

"Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui ne sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait

être soutenue que si le droit international défendait d'une manière générale aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés.

Or tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables." (CPJI, Série A, N° 10, p. 19).

N'était la dernière phrase, qui me semble bien absolue, j'estime que ce texte reste une description assez fidèle du contenu de l'ordre juridique contemporain.

En cinquante ans l'ordre juridique international s'est toutefois considérablement renforcé et a dès lors limité, bien davantage que ne l'exprime l'arrêt, les compétences de l'Etat.

Si je devais critiquer l'arrêt du Lotus ce serait par la vision déformante qu'il donne de l'ordre juridique international. Cet ordre n'est pas simplement constitué des normes prohibitives et de normes d'habilitation. A vrai dire la situation est bien plus complexe. L'ordre juridique comporte des règles prohibitives (interdisant une conduite), permissives (autorisant une conduite), prescriptives (déterminant des conduites en termes de devoir), habilitantes (déterminant des pouvoirs, des libertés ou des facultés pour les destinataires). Enfin certaines plages de comportements ne sont pas régis du tout par le droit international (ni permis ni interdit – ce que les théoriciens ont appelé la "neutralité juridique"). Il en découle à mon sens qu'il n'existe pas vraiment de principe que tout ce qui n'est pas interdit est permis.

Dans ces conditions, je pense qu'il faut éviter de se laisser enfermer dans la fausse dichotomie prohibition-habilitation. La phrase que vous citez de notre confrère, Monsieur le juge Mohammed Bedjaoui, "que l'Etat ne peut exercer sa compétence vis-à-vis de personnes, d'actes ou de faits localisés à l'étranger que lorsque le droit international lui permet de le faire" ne permet pas, me semble-t-il, de conclure qu'il adopte nécessairement la thèse de l'habilitation. Le droit peut en effet "permettre" (au sens large du terme) en n'interdisant pas, en prescrivant, en permettant ou en habilitant.

Je crains qu'avancer "que la compétence de l'Etat est délimitée dans l'espace, ne pouvant avoir pour objet que les faits localisés sur son territoire ou les personnes ayant sa nationalité" (votre paragraphe 4), ne nous avance pas beaucoup, car – outre le fait qu'il est notoire que la compétence d'un Etat peut dans certains cas être exercée tout à fait licitement à l'égard d'un étranger à l'étranger – il reste que les conflits de compétence les plus fréquents sont ceux qui opposent compétence territoriale de l'Etat A et compétence personnelle de l'Etat B.

Dans la mesure où le droit international comporte une obligation (règle à la fois prescriptive et prohibitive) de respecter la souveraineté territoriale des autres Etats, on peut accepter l'idée que l'exercice d'une compétence "extraterritoriale" qui ne respect pas cette souveraineté exige chaque fois "l'agrément donné par l'Etat à la compétence territoriale duquel il est porté atteinte", comme vous l'écrivez au paragraphe 4 de votre Rapport. Mais tout le problème est alors de savoir à partir de quand cette compétence territoriale est violée ? Ceci nous conduit au point suivant de votre rapport.

Questions de terminologie

S'agissant de la définition de ce qu'est "une compétence extraterritoriale" ne conviendrait-il pas d'abord de s'entendre sur le fait que l'on entend par là la prétention d'un Etat de régir le comportement de personnes physiques ou morales en dehors de son territoire. Ce serait un concept neutre sans connotation quelconque. Les questions à résoudre ensuite seraient de savoir :

a) Si une telle prétention est, en soi, licite ou illicite (car prescrite, autorisée, prohibée, faisant l'objet d'une habilitation spécifique, etc.) Chaque espèce étant dès lors un cas particulier à examiner en tenant compte de l'état du droit international.

b) Si elle entre en conflit avec une autre compétence étatique. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'il y aurait un problème à résoudre (ou à ne pas résoudre ; il existe souvent en droit international des contradictions non résolues) selon le droit international public ou privé.

Si une telle position était adoptée on ne pourrait dire "que la question de compétence extraterritoriale demeure floue aussi longtemps que n'y est pas incluse qu'il s'agit d'une compétence risquant d'entrer en conflit avec celle d'un autre Etat etc." (votre para. 9) ; elle serait claire, mais elle ne poserait de problème que dans les hypothèses et dans la citation mentionnées ci-dessus. Cette question de terminologie mise à part, je partage les opinions exprimées dans vos paragraphes 6 à .

2. *Actes de coercition*

Il me paraît ainsi incontestable qu'un Etat ne peut accomplir des actes de coercition sur le territoire d'un autre Etat.

Ne tombent pas dans ce cadre :

- l'exercice par un Etat de certaines fonctions exercées à l'étranger n'ayant aucun effet sur son ordre juridique (chef d'Etat signant à l'étranger un acte juridique propre à son Etat) ;
- les fonctions de ses organes à l'étranger consacrées par le droit international conventionnel et coutumier (consulaires, diplomatiques, missions diverses) ;
- les notifications à l'étranger, par voie postale, d'actes juridiques ou de commandements relatifs une exécution qui se produira sur le territoire de l'Etat expéditeur de l'acte ou du commandement.

En revanche, pour les enquêtes exercées par ses propres organes afin de recueillir des témoignages, même sans coercition ni intimidation, je suis plus réticent. *A fortiori* s'il y a coercition ou intimidation. J'estime que de telles mesures doivent faire l'objet d'une demande d'autorisation, quitte à ce que l'Institut propose que l'Etat sur le territoire duquel s'effectuera l'enquête donne son accord lorsqu'il a l'assurance que les droits des personnes, y compris le respect de la vie privée, sont adéquatement protégés et à condition que par son objet ou ses méthodes l'enquête ne soit pas contraire au droit de l'Etat du for. (Je rejoins donc le point de vue que vous exprimez au paragraphe 13 de votre Rapport).

3. *Critères d'illicéité*

Il résulte de ce qui précède que les critères d'illicéité varient selon le contenu du droit international général et des engagements conventionnels. De là la difficulté de définir des critères généraux d'exercice illicite d'une compétence extraterritoriale.

Est-il vraiment possible de distinguer entre conflits d'intérêts purs et simples et les atteintes à la souveraineté ? Les situations auxquelles vous faites allusion au para. 10b) de votre Rapport concernent les relations économiques internationales où chaque Etat protège ses intérêts économiques et parfois aussi son autodétermination propre à cet égard. Les deux idées semblent étroitement liées. S'il n'y a pas de norme internationale prescrivant un comportement déterminé dans ce domaine, je ne vois pas par quel critère l'Institut pourrait trancher un conflit entre politiques économiques divergentes, sauf à invoquer les droits de la défense dans un procès ce qui nous fait retomber dans le domaine investi par le droit international public.

A première vue donc, je crains que la notion d'intérêt public ne puisse être "jugée opératoire".

4. *Droits constitutionnellement protégés*

Je suis très sceptique sur le caractère opératoire d'un critère purement interne. Il s'agit d'un critère purement formaliste, sans égard au fond ou en

ayant égard au fond de manière unilatérale. La constitution est par excellence le lieu du discours du pouvoir en place quelles que soient les valeurs qu'elle protège. "Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà". Ce n'est qu'en cas de valeur communément admise et protégée par le droit international public (vos développements sous le para. 10 d), que j'aprouve) qu'une priorité peut s'imposer.

Il ne faut sans doute pas exclure aussi une valeur communément protégée par le droit international privé, par exemple lorsqu'il désigne la loi applicable en fonction de l'intérêt à protéger. Le cas qui sert d'illustration de votre para. 12 : les relations de travail dans une entreprise permettrait des évolutions en ce sens si tout le monde était d'accord sur l'intérêt à protéger. Ce n'est, il fait se rendre à l'évidence, pas le cas.

5. *Les intérêts publics universels*

Entièrement d'accord sur le principe comme je l'ai exprimé déjà ci-dessus. On touche ici à "l'ordre public réellement international" pour reprendre l'idée qu'exprimait Henri Rolin ou au *jus cogens*. Je ne suis pas sûr néanmoins que l'on pourra se mettre d'accord sur une liste au sein de l'Institut, sinon très restrictive, auquel cas il vaut mieux ne pas en élaborer du tout et laisser les choses évoluer.

6. *Les compétences pénales extraterritoriales*

Réponse positive.

Méthode de résolution des conflits

7. Critère du 14 a) : oui.

8. Critère du 14 b) : oui

9. Critère du 14 c) : Oui. Le mot "universel" est dangereux car aucun intérêt ne l'est vraiment. S'inspirer de la terminologie définissant le *jus cogens* ?

10. Critère du 14 d) : A vrai dire, les notions de “reasonableness” et de “balancing test” sont en soi raisonnables ! C'est leur application par un juge interne qui en mine toute signification, car son appréciation du raisonnable ou de l'équilibre sera mesurée à l'aune des valeurs unilatérales de son droit interne. Je partage à cet égard l'appréciation donnée dans votre rapport. Ces critères auraient toute autre allure s'ils étaient laissés à l'appréciation d'un juge international qui pèserait mieux les intérêts généraux.

Réponse de M. Michel Waelbroeck (28 juin 1995)

...

Avant de répondre aux questions que vous posez à la fin de celui-ci, je voudrais faire quelques observations concernant le texte même.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'affirmation à la page 4 que, dans les limites de sa compétence juridictionnelle, l'Etat peut prévoir l'application de son droit matériel interne à tout litige dont ses tribunaux sont saisis. Je me demande si ce n'est pas là aller un peu loin. Tout en étant d'accord que le droit international public n'oblige pas les Etats à avoir un système de droit international privé ayant un contenu spécifique, je me demande si l'on peut aller jusqu'à affirmer qu'un Etat soit libre de faire totalement abstraction de l'existence de systèmes juridiques différents susceptibles d'émettre la prétention de s'appliquer à certains des rapports juridiques dont ses tribunaux sont saisis. Une telle attitude peut-elle vraiment être admise à une époque où les relations entre les hommes tendent de plus en plus à s'internationaliser ?

En deuxième lieu, je voudrais faire une petite remarque concernant la distinction que vous faites, à la page 8, entre la situation des acteurs des relations purement privées qui, dites-vous peuvent généralement se replier sur le territoire de leur Etat et les acteurs des relations économiques transnationales, qui n'ont pas cette possibilité. Encore une fois, je me demande si, compte tenu de l'internationalisation croissante des rapports juridiques internationaux, il ne devient pas de plus en plus difficile, même

pour des acteurs privés, de s'abstenir de toute activité au-delà des frontières nationales, qu'il s'agisse d'activités dans le domaine économique, social, culturel, touristique, etc. Je pense qu'ici aussi, il s'agit avant tout d'une affaire de degré, plutôt que de nature.

Enfin, deux mots concernant la notion de "compétence administrative" et ses rapports avec la "compétence exécutive" (page 11 de votre Rapport). J'avoue ne pas voir la distinction. Lorsqu'un fonctionnaire effectue des investigations en territoire étranger, n'est-ce pas une manifestation typique de la compétence exécutive ? Les deux notions sont non seulement "très proches" mais, me semble-t-il, identiques.

Je répondrai maintenant à vos question.

1. Dans l'état actuel du droit international, il me semble que la règle énoncée dans l'arrêt *Lotus* est toujours valable, en ce sens que l'Etat qui veut exercer une compétence susceptible d'avoir des "retombées" pour d'autres Etats ou leurs ressortissants n'est pas tenu de démontrer qu'il existe en droit international une règle positive l'habilitant à le faire. C'est plutôt aux Etats (et aux particuliers) qui ont des objections à faire valoir contre cette extension de compétence qu'il appartient de démontrer le caractère internationalement non justifié de celle-ci. Je pense dès lors qu'une éventuelle résolution devrait être présentée sous forme de règles prohibitives.

2. Je suppose que votre question vise la situation où l'Etat sur le territoire duquel s'accomplissent les actes en question n'a pas été consulté à ce sujet et, *a fortiori*, n'a pas donné son consentement. Si c'est bien ainsi qu'il faut interpréter la question, ma réponse est négative (sauf peut-être s'il s'agit uniquement de délivrer une convocation ou accomplir un autre acte purement matériel n'impliquant aucune nécessité de collaboration de la part de la personne à laquelle l'acte s'adresse). En effet, même si l'agent s'abstient de toute mesure de coercition ou d'intimidation, le simple fait que la mesure émane d'une personne ayant une qualité officielle exercera un effet sur le comportement du destinataire, qui hésitera à s'y soustraire.

3. Je ne pense pas que l'on puisse distinguer compétence juridictionnelle et compétence législative. Les tribunaux ne peuvent se prononcer sur un différend que dans la mesure où l'Etat dont ils relèvent est compétent internationalement pour édicter des normes régissant ce différend. S'il est exact que l'Etat n'est pas obligé de démontrer l'existence d'une habilitation spécifique du droit international pour réglementer un rapport donné, cela ne signifie pas que le droit international lui permette de régir tout rapport quelconque, même si ce rapport ne présente aucun lien de rattachement avec lui. Je me réfère à ma première observation générale ci-dessus.

4. Je me demande si c'est uniquement par référence aux droits constitutionnellement protégés qu'il y a lieu de délimiter les compétences étatiques auxquelles aucun législateur étranger ne pourrait substituer sa propre réglementation. A mon avis, il faut aussi tenir compte de la "proximité" du rapport juridique en cause avec l'Etat. Je veux dire par là que certains rapports juridiques sont tellement étroitement rattachés aux intérêts et aux pouvoirs de l'Etat qu'il ne doit pas être permis à d'autres Etats de prétendre les réglementer. Ainsi, les autorités d'un pays ne sauraient prétendre dicter les règles de la circulation routière à respecter sur le territoire d'un autre pays.

5. Je me réfère à ma lettre du 26 juillet 1994, point 6, p. 3.

6. Je pense qu'il faut réservier un traitement particulier à la compétence pénale.

7-10. Dans l'état actuel de mes réflexions, je suis assez séduit par la méthode que vous proposez d'adopter.

Reply of Mr. Karl Zemanek (19 June 1995)

...

1. Public international law was traditionally regarded as means for restricting the otherwise unlimited sovereignty of States. I do, however,

think that under the present circumstances of a global society in which more and more *common* interests are identified and require the co-operation of all States for their fulfilment, this approach is not longer warranted. This concerns a variety of areas, like the protection of the environment, or the protection of human rights, etc., but it is of particular relevance to the subject which the 19th Commission is considering and which concerns, in essence, the equitable settlement of conflicting claims to jurisdiction. In this perspective it would seem preferable to proceed from the assumption that a State may not exercise jurisdiction outside its territory unless it is so authorized by international law or has obtained the consent of the affected State.

2. I do not think that the problem can be solved casuistically, dealing with one after the other situation which you mention as examples, because one may overlook either existing ones or some that will be invented in the future. Though that does not mean that different aspects of the matter, like penal law, should not be treated differently (see reply to question 6), or that there should be no distinction between different forms of jurisdiction, like the application of legislation to nationals abroad which, though based on personal jurisdiction, is in fact exercised "extraterritorially".

We should try a more general criterion, probably formulated along the ideas in the second paragraph of your N° 13, and which could read : in the absence of authorisation by international law or by the territorial State, the performance of an official administrative or judicial act, or part of it, on foreign territory is only permitted if (a) the act, or the part of it, does not adversely affect the legal position of the person in the author State ; or (b) does not lead the person concerned to assume that it must co-operate because the performance of the act, or part of it, has been sanctioned by his proper authorities.

I should be less inclined to use a limiting phrase like your "sans coercition mais aussi sans intimidation", because it would be prone to abuse. In current international economic and financial relations especially, the methods of intimidation are very subtle and may be difficult to prove.

It may, therefore, be appropriate to suggest that States should conclude more treaties of mutual legal assistance to avoid the conflicts under consideration, without impairing the efficiency of judicial and administrative procedures.

3. I agree that “public interest”, national or universal, should be used to separate the legal from the illegal.

4. The idea is very attractive. These would be “the matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State” referred to in Article 2(7) of the Charter. But to my knowledge, no consensus has ever emerged, neither in practice nor among scholars, as to which competences form that “essential” nucleus. Thus, I have doubts about your reference to “droits constitutionnellement protégés” in view of the numerous international human rights instruments and, especially, the two UN Covenants, since it begs the question of whether the Organisation, which is bound by Article 2(7) of the Charter, exceeded its competences in adopting them. Nevertheless, we could give specifying a try.

5. I think that your list in N° 10 d) is a good basis for discussion.

6. Yes, the arguments given in your N° 13 are convincing.

7. I agree. In the absence of proper international procedures to establish objectively that a State has exceeded its competence and to declare the respective act invalid, absolute nullity (“privée de validité”) is the only solution.

8. I happen to be in agreement with your proposal, but I point out that, insofar as it refers to “non-binding resolutions of the Security Council”, it touches a controversial point.

9. Yes.

10. Again yes. I have argued against both from the beginning of my involvement in the work of the 19th Commission for reasons quite similar to those which you state in N° 19 d).

V. Inventaire des questions sur lesquelles l'Institut pourrait être invité à se prononcer

Note explicative

Le Rapporteur a remis aux membres de la Commission un *Rapport provisoire*, daté du 19 mars 1996, accompagné d'un *Inventaire des questions sur lesquelles l'Institut pourrait être invité à se prononcer*.

Seuls les par. 1 - 3 du Rapport sont publiés ici, car son contenu a été repris, avec des adjonctions, dans la nouvelle version du Rapport provisoire, datée du 15 novembre 1997, publié ci-après.

L'inventaire est reproduit ici et permet de comprendre les réponses des membres de la Commission. Lorsqu'ils se réfèrent à des paragraphes du Rapport du 19 mars 1996, un renvoi est fait au texte du Rapport du 15 novembre 1997.

*

Rapport provisoire

19 mars 1996

1. L'exposé préliminaire du 15 février 1994 a été suivi d'un premier complément, daté du 21 février 1995, auquel était annexé un questionnaire. Emanant de MM. Bedjaoui, Bos, Henkin, Makaczyk, Matscher, von Mehren, von Overbeck, Salmon, Waelbroeck et Zemanek, les réponses à ce questionnaire ont été commentées et discutées au cours de deux réunions, brèves mais fructueuses, que la Dix-neuvième Commission a tenues en

août 1995, durant la session de Lisbonne. Ont pris part à l'une ou à l'autre de ces réunions, MM. Dinstein, Henkin, Makarczyk, von Mehren, von Overbeck, Philip, Salmon, Ustor et Waelbroeck.

2. Partagée par plusieurs membres de la Commission et soumise à la décision du Bureau de l'Institut, l'opinion du rapporteur est que le thème assigné à la Commission pourrait faire l'objet d'une discussion générale en séance plénière, dès la prochaine session si l'agenda le permet. Le travail remarquable accompli par le précédent rapporteur, le professeur Bos, et notamment son substantiel quatrième rapport, qui n'a pu être publié dans *l'Annuaire* mais a été diffusé à l'intérieur de la Commission, a fait le tour des principales questions dont l'Institut pourrait utilement débattre. Déjà évoquées dans le rapport préliminaire du 15 février 1994, les divergences profondes qui sont apparues au cours de la discussion à la première et à la seconde séance plénière le 31 août 1993 à la session de Milan ont porté en ordre principal sur le texte du projet de résolution. Malgré ses considérables mérites, ce texte souffrait de plusieurs handicaps : l'utilisation de concepts accompagnés de définitions purement formelles, l'énoncé de règles trop englobantes, certes judicieuses pour certaines catégories d'hypothèses, plus contestables pour d'autres situations qui n'y étaient pas explicitement soustraites, l'exclusion implicite d'un bloc de matières, improprement délimitées par la notion de droit international privé¹.

3. Comme la dix-neuvième Commission demeure divisée sur certaines options fondamentales il paraît préférable de faire trancher celles-ci par l'Institut en séance plénière. L'une des orientations sur lesquelles nos confrères seraient invités à se prononcer est de décider si le thème de la compétence extraterritoriale des Etats se prête dans sa généralité à la rédaction de résolutions et, dans l'affirmative, si celles-ci devraient se borner à exprimer le droit ou la pratique en vigueur ou proposer des

¹ Voy. notamment les observations de MM. Bedjaoui, Monaco et Conforti à la première séance plénière, *Annuaire*, vol. 65-II, p. 144, p. 145, p. 147.

solutions paraissant souhaitables. C'est pourquoi, il est annexé au présent rapport un relevé des thèmes de nature générale sur lesquels tous les membres de l'Institut seraient invités à se prononcer. Le présent rapport provisoire soumet la liste de ces thèmes et le commentaire qui les précède aux réflexions et suggestions des membres de la Commission. Le projet de résolution auquel il sera fait référence dans la suite de ce rapport est le projet présenté à la session de Milan² mais qui n'est pas comme tel annexé au présent rapport.

**

Inventaire des questions sur lesquelles l'Institut pourrait être invité à se prononcer

I. *L'interprétation des traités internationaux d'entr'aide judiciaire*

Que ce soit en matière pénale ou en matière civile, l'existence dans les relations interétatiques d'un traité d'entr'aide judiciaire (traité d'extradition ou traité de coopération en matière civile) interdit-elle à chacun des Etats contractants de recourir à d'autres voies d'exécution à supposer que celles-ci ne soient pas illicites par elles-mêmes ? S'agit-il d'une question dont la solution dépend de l'interprétation donnée à chaque traité particulier ou peut-on énoncer un principe général d'interprétation aux termes duquel l'adhésion à un tel traité implique la volonté d'y conférer un caractère exclusif ?

II. *Les effets de la violation d'une règle prohibitive du droit international*

Admettons à titre d'hypothèse de travail que l'accomplissement par les agents d'un Etat d'un acte matériel de coercition sur le territoire d'un autre Etat sans l'agrément du souverain territorial transgresse une règle prohibitive du droit international.

² *Annuaire*, vol. 65-I, p. 174.

A. **Pour qu'une telle hypothèse soit vérifiée, il y a lieu d'établir deux séries de faits :**

1. Que faut-il entendre par acte matériel de coercition ? Par souci de simplification on retiendra qu'il s'agit :

[a] d'un acte de coercition à l'égard d'une personne, non seulement une arrestation ou une privation de liberté, mais aussi l'audition d'un accusé ou d'un témoin par un individu se prévalant de la qualité d'agent public (*public official*) ayant autorité pour accomplir un tel devoir, alors qu'il en est privé sur le territoire d'un autre Etat ;

[b] de l'appréhension ou de la saisie de biens ou de documents.

L'hypothèse extrême de chacun de ces deux cas consiste à transférer par force la personne ou le bien du territoire d'un Etat à l'autre. Une situation intermédiaire qui ne doit pas être négligée consiste à recueillir des renseignements (par l'audition de la personne ou par l'examen des biens ou des documents) ensuite transmis à une autorité étrangère à celle de l'Etat territorial.

[c] L'élément de coercition demeure-t-il vérifié si la personne a accepté de répondre aux questions d'un enquêteur étranger ou si le détenteur d'un bien ou d'un document l'a communiqué ou remis à l'agent étranger ? La qualité assumée par celui-ci permet-elle, dans un tel cas, d'affirmer la nature coercitive de son action ? Quelle est la distinction entre la coercition et l'intimidation

2. Le fait du consentement de l'Etat territorial soulève nombre de questions : ce consentement doit-il être préalable à l'accomplissement de l'acte de coercition ? S'il est donné après coup, peut-il être tacite ou implicite ? Quelle est la portée d'une absence de protestation après que la violation du droit international a été rendue publique ?

B. Effets de la violation dans les relations interétatiques

Il s'agit d'un fait illicite international qui oblige l'Etat qui en est responsable à le réparer. Il est proposé que la dix-neuvième Commission ne traite pas de cette question.

C. Effet de la violation dans l'ordre interne de l'Etat dont un organe est accusé de la violation alléguée

Il dépend de chaque ordonnancement interne de décider si les tribunaux nationaux doivent (ou peuvent) déduire de la violation du droit international une conséquence dans l'ordre interne. Tout en étant conscient de la complexité des problèmes suscités par cette question, votre rapporteur estime qu'il est moins important d'énoncer ou de rappeler certaines règles de délimitation des compétences étatiques que de rechercher quelle est *dans l'ordre interne* de l'Etat accusé de la transgression la conséquence de celle-ci.

1. L'adage *Male captus bene detentus* ou *bene iudicatus* est-il acceptable.
2. Que ce soit en matière pénale ou en matière civile, l'ordre légal des incriminations, des privations de liberté et des preuves s'accommode-t-il de ce que à l'origine d'un élément constitutif du procès se laisse identifier une violation du droit international commise sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat du for ?
3. Même si le gouvernement de l'Etat qui aurait pu alléguer la violation de son espace territorial s'en abstient ou qu'il ait consenti à l'immixtion d'une autorité étrangère, est-il compatible avec les principes de l'Etat de droit (*rule of law*) que la validité d'un acte de coercition ou de poursuite soit soustraite à toute forme de légitimité étatique ? En d'autres termes, n'est-il pas incompatible avec le respect des droits fondamentaux qu'un accord intergouvernemental puisse soustraire un individu aux règles ordinaires du *due process of law* ? En d'autres termes encore, un agent de l'autorité peut-il accomplir en dehors du territoire de l'Etat qui est l'espace

exclusif de son pouvoir de coercition, un acte qui ne satisfait ni aux conditions de légalité de cet Etat ni à celle de l'Etat sur le territoire duquel il a agi ?

4. Que ce soit en matière pénale ou en matière civile, existe-t-il un moyen de dissuasion autre que la disqualification des actes ultérieurs de poursuite ?

III. Pour ou contre une tentative de délimitation des compétences étatiques

Le projet de résolution soumis à la session de Milan était une tentative de répartir les compétences étatiques selon des règles de droit international obligatoires pour les Etats. Le présent rapport s'est efforcé de comprendre les raisons pour lesquelles l'Institut a écarté ce projet : nature insatisfaisante de la distinction entre les trois espèces de compétence, orientation trop exclusivement pénale de l'objet des règles proposées et difficulté de distinguer la répression pénale d'autres modèles de coercition, exclusion des conflits d'intérêts privés par un renvoi aux règles du droit international privé.

Plusieurs possibilités s'offrent à l'Institut : élaborer une résolution limitée à une question déterminée, telle la compétence pénale (avec les inconvénients déjà mentionnés), ou à une matière particulière, tel le droit de la concurrence (au sens *antitrust law* à l'exclusion de la concurrence déloyale, qui a fait l'objet de la résolution de Cambridge, Annuaire, vol. 60-II, p. 292).

Une autre série d'options offerte à l'Institut tendrait à constater que, hormis l'hypothèse d'une violation de l'espace territorial d'un Etat par un acte de coercition physique (*supra*, I et II), le domaine couvert par la notion de "compétence extraterritoriale des Etats" est le lieu de conflits d'intérêts à l'élucidation desquels l'Institut pourrait contribuer selon les orientations suggérées sous le point suivant.

IV. Intérêts étatiques et intérêts privés**A. Les intérêts étatiques**

Même si la personne ou l'entreprise qui invoque la violation d'une règle de droit public économique poursuit en même temps la réparation d'une atteinte à ses intérêts patrimoniaux (telle l'entreprise qui réclame des *treble damages* contre l'opérateur économique ayant violé le droit de la concurrence), il paraît possible de distinguer les intérêts étatiques des intérêts privés. Un projet de résolution s'efforçant de délimiter les compétences étatiques est avant tout, sinon exclusivement, attentif au premier aspect : quel est le titre de l'Etat à exercer une compétence ? Mais on ne saurait perdre de vue l'intérêt individuel et il faut s'efforcer de les tenir en équilibre. La remarque a déjà été faite à propos des traités d'extradition ou d'entr'aide judiciaire en matière civile : les premiers, notamment, tendent-ils seulement à faciliter l'exercice par l'Etat de l'action répressive ou visent-ils à protéger les accusés par les formalités conventionnellement prévues.

En ce qui concerne les intérêts étatiques, est-il possible de distinguer des intérêts conflictuels les intérêts convergents ou qui devraient converger ? Quand les intérêts sont conflictuels (*Hartford Fire Insurance* est un bon exemple), on ne saurait trouver dans le droit international en vigueur une règle limitant l'exercice d'une compétence extraterritoriale aussi longtemps que pareil exercice n'inclut pas l'accomplissement d'actes matériels de coercition en dehors du territoire de l'Etat auquel un tel acte est imputable. Inversement, on ne saurait refuser aux autres Etats le pouvoir de contrecarrer l'effectivité des lois ou des décisions étrangères par une contre-mesure ayant effet sur leur territoire.

L'identification de zones d'intérêts communes pourrait être utilement poursuivie par l'Institut. Une telle liste pourrait inclure la répression des crimes contre l'humanité, la répression du trafic des stupéfiants, la lutte contre les réseaux de prostitution de mineurs, contre le blanchiment d'argent, contre le recrutement de mercenaires, le trafic d'armes, etc. En de tels domaines, une meilleure coopération des Etats

paraît recommandable. Elle pourrait aller au-delà du principe d'universalité (art. 8 du projet de résolution) qui paraît limité à l'exercice de poursuites répressives.

B. Les intérêts privés

Quelles que soient l'importance ou la gravité des intérêts publics en jeu, l'Institut pourrait rappeler le nécessaire respect du *due process of law*.

L'application qui en a été proposée sous le point II ci-dessus pourrait être étendue aux domaines dans lesquels plusieurs Etats peuvent se prévaloir de leur liberté d'action. Le cas le plus notable est celui du conflit de lois au sens fort, une personne ou une entreprise étant exposée à des devoirs ou des abstentions inconciliables émanant de législateurs différents. Il s'agit d'une situation tout à fait banale pour un praticien du droit international privé. Si l'Institut devait proposer des règles ou des directives pour dénouer un tel conflit, il ne pourrait s'agir que de normes de conflit de lois dont la transgression ne pourrait être tenue pour un fait international illicite. Les solutions contenues dans l'article 9 du projet de résolution avaient un tel caractère et leur nature était tout à fait différente des titres de compétence selon le droit international procurés par les articles précédents du même projet.

V. Les groupes transnationaux de sociétés

Il s'agit d'un sujet que l'Institut a déjà abordé au moins à deux reprises, dans la résolution d'Oslo et dans la résolution de Lisbonne. Il ne concerne pas directement la compétence étatique extraterritoriale car il a plutôt pour objet un cas particulier de compétence personnelle.

Compte tenu de l'ampleur des autres problèmes pendant devant la dix-neuvième Commission, il est proposé d'en différer l'examen.

VI. Réponses et observations des membres de la Commission

Réponse de M. Maarten Bos (25 septembre 1996)

...

Le sujet attribué à notre Commission compte parmi les plus intéressants, mais aussi les plus compliqués, de la science du droit international public. Consciente de cette vérité, la Commission s'est efforcée d'en faire sortir les traits principaux : *in der Beschräenkung zeigt sich der Meister.* C'est à cette fin qu'elle s'est limitée aux principes généraux énoncés dans le projet de résolution présenté à la Session de Milan, laissant de côté les détails qui n'ont pas de place dans ce qu'on peut appeler une "codification". En tant que Rapporteur, j'ai aussi pris soin de préciser qu'au cours d'éventuelles études ultérieures il se pouvait que des retouches au texte du projet de résolution se recommandassent, notamment pour ce qui est de certaines matières spécialisées tel le droit antitrust.

Lesdits principes généraux étaient en plus compris comme des standards laissés à la discrétion des Etats, mais que chaque Etat peut invoquer à son goût pour prévenir des abus. Ce n'est que dans ce dernier sens qu'ils sont "obligatoires". J'ai également fait remarquer le "bilatéralisme" qui en résulte.

La souplesse du système ainsi acquise en ce qui concerne les relations entre Etats se trouvait encore doublée du fait de la latitude laissée au droit international privé s'occupant des relations entre particuliers. Souvent ce droit, variant en principe d'un pays à l'autre, adopte des

solutions autres que celles contenues dans les principes généraux susmentionnés. Ce n'est que rarement que les Etats s'y opposent, sachant que pareille pratique ne saurait en rien diminuer la validité du droit international public en la matière. Droit international public et droit international privé, en effet, ont chacun leur propre identité, même au cas où ils se servent de la même terminologie (voir ma contribution au prochain Recueil Skubiszewski). Il importe davantage de les séparer l'un de l'autre que le droit international privé très fréquemment s'attache à des problèmes en dehors de la sphère d'intérêt des Etats.

Simplicité et souplesse, voilà les caractéristiques du projet de résolution, mais qui à la Session de Milan n'ont pas été suffisamment reconnues de la part de certains d'entre nos confrères. L'Institut au cours de sa séance du 6 septembre 1993 en a tiré la conclusion, non pas "d'écartez" ce projet, comme vous le dites, mais d'élargir le mandat de la Commission de telle sorte qu'elle s'occupera également de ce que le droit international privé aurait à dire au sujet de la compétence extraterritoriale de l'Etat (*Annuaire*, Vol. 65-II, p. 110).

A part cela, l'Institut a cru bon de "marier" la Troisième Commission à la nôtre ce qui revient à ce que cette dernière dorénavant serait obligée de faire entrer en ligne de compte tout ce qui touche à "la limitation par le droit international de la compétence judiciaire des Etats" (le libellé du sujet dont la Troisième Commission avait été chargée) (*ibid.*, pp. 111-112). "Mariage", d'ailleurs, qui signifiait la mort de cette dernière (*ibid.*, p. 112).

Il va sans dire que l'Institut tout en agissant ainsi a considérablement étendu le mandat de notre Commission là où elle avait elle-même pris soin de se limiter à l'essentiel du droit international public en la matière, s'abstenant du droit international privé, discipline appartenant au réseau des relations entre individus ou sociétés. Il va également de soi que notre Commission s'est tenue loin du thème de la Troisième Commission ayant trait à la compétence *territoriale* des Etats et non pas à leur compétence extraterritoriale.

Or, que faites-vous face à cet accouplement de trois sujets aussi divers qui en bonne technique juridique auraient dû rester séparés? Vous retranchez la partie majeure, voire même la plus belle, de la théorie classique de la compétence extraterritoriale des Etats pour être tombée en désuétude, vous concentrez sur l'unique aspect qui selon vous en a survécu, celui de l'*enforcement*, et l'étudiez ensuite tant en ce qui concerne son application en territoire étranger qu'au regard de ses conséquences à l'intérieur de l'Etat agissant. Rarement mandat doit avoir connu de pareils avatars. C'est sur cet ensemble mi-territorial, mi-extraterritorial que par la suite vous proposez que l'Institut se penche en vue de la production, si je vois bien, d'un texte unique où droit international public et droit national (le droit international privé compris) se recouvrent.

Ce qui frappe le plus dans votre approche, c'est le retranchement de tout ce qui concerne la compétence extraterritoriale des Etats envers les entreprises transnationales (*multinationals*). Désormais, celles-ci se trouveraient sur une "mer libre" (votre N° 18) sujettes seulement à certaines restrictions de caractère ou bien général ou bien contractuel. Sur la base d'un grand nombre de considérations empruntées à la sociologie du droit, vous avancez la thèse de leur insaisissabilité du point de vue de leur territorialité pour en tirer la conséquence précitée. Dois-je encore en souligner l'immense danger tant pour les Etats faibles que pour les particuliers ? Rappelons-nous le mot de Charles de Visscher selon lequel le droit international public ne saurait se permettre de tomber à l'état d'une simple théorie des relations internationales. C'est pourtant ce qui arriverait au cas où l'Institut reculait devant les octopus que sont les multinationales.

Le même pessimisme se fait jour là où vous semblez vouloir renoncer à toute forme de définition, les définitions données au projet de Milan étant "purement formelles" à votre dire. Distinguant "définition" et "description", je suis d'avis moi-même que nul travail de codification ne se passerait de définitions, laissant les descriptions aux commentateurs.

J'en arrive maintenant à mes réponses à vos questions :

I. Il s'agit ici d'une question d'interprétation qui n'est pas susceptible d'une réponse générale.

II. L'audition d'un accusé ou d'un témoin n'est pas un acte de coercition, mais en tant qu'acte d'autorité elle est néanmoins illicite aux yeux du droit international public, de même que la saisie de biens ou de documents n'appartenant pas à l'accusé ou au témoin. Au cas où ils lui appartiennent, j'y vois un acte de coercition.

La coopération de la personne interrogée est sans importance : elle ne saurait priver l'Etat de son droit propre. La coopération de l'Etat territorial est de nature à légitimer l'acte perpétré sur son sol, pourvu que son consentement y ait été donné d'avance et expressément pour les raisons indiquées au commentaire ajouté à l'Article 3, alinéa 4, du projet de Milan (p. 181).

Je ne conçois aucun effet dans l'ordre juridique national d'un acte d'autorité illicitemente commis en territoire étranger, tout au moins pour ce qui est de la juridiction de l'Etat agissant *male captus bene iudicatus*. Le contraire érigerait le droit international public en bouclier à l'usage des criminels. Il est d'ailleurs impensable que ce droit connaisse des sanctions privant l'Etat ayant enfreint la souveraineté d'un autre Etat d'une partie de la sienne, c'est-à-dire de sa juridiction territoriale dans le cas qui nous occupe. Cela rendrait un bien mauvais service au "rule of law" que vous invoquez. La même chose vaut pour tout argument emprunté aux droits de l'homme impuissant de déterminer qui est souverain dans un territoire litigieux.

III. Tout comme en médecine on ne devient pas spécialiste sans avoir étudié la médecine générale, il se recommande en droit international public de ne pas se spécialiser avant l'heure. L'Institut est parfaitement capable, intellectuellement, d'approfondir un sujet sous ses traits généraux pour ne pas se jeter dès le début dans des études particulières.

Quant à une étude éventuelle d'intérêts, je serai le dernier pour en nier l'importance (voir ma contribution au Recueil-De Luna (1968) intitulée

“Dominant Interests in International Law”), mais si en droit l’intérêt est un principe régulateur reconnu, on ne voit que difficilement comment le réconcilier avec l’abandon d’un sujet aussi crucial que la compétence extraterritoriale vis-à-vis des sociétés transnationales.

IV. Aucun “équilibre” ne me semble possible entre l’intérêt de l’Etat à poursuivre un criminel d’une part, celui du criminel à y échapper de l’autre.

Dans l’hypothèse d’un conflit positif de juridiction législative entre deux Etats, il s’agit bien sûr d’un problème de droit international public. Aussi, la solution proposée à l’alinéa premier de l’Article 9 du projet de résolution présenté à Milan ressort-elle au droit international public et non pas au droit international privé. En droit international public, on parle de l’étendue de la compétence législative, en droit international privé, par contre, on s’interroge sur le choix de la loi à appliquer sans se soucier de la compétence de l’Etat l’ayant énoncée. Que les solutions offertes de part et d’autre peuvent être identiques n’y déroge en rien.

V. Dois-je comprendre qu’à votre avis le principe de personnalité, loin de toute pensée “territoriale” (Article 2, alinéa 5, du projet de Milan), s’appliquerait comme en haute mer (votre “mer libre”) où la question du “territoire” ne se pose plus depuis l’abandon de la fiction de la territorialité du navire (voir Dupuy et Vignes, *Traité du Nouveau Droit de la Mer* (1985), p. 359) ? Dans l’affirmative, proposez-vous de traiter une société-mère se trouvant “ailleurs”, tout comme ses filiales à l’étranger? Jusqu’où faut-il pousser l’analogie ?

Voici donc mes réponses - sûrement incomplètes encore - à votre questions. Bien qu’admirant vos tentatives de mettre à jour un sujet aussi rébarbatif que celui de la compétence extraterritoriale des Etats, j’avoue ne pas me sentir capable d’échanger l’optique suivie dans les travaux antérieurs de notre Commission contre celle si foncièrement différente, et à tous égards si peu sévère, exprimée par vous. J’espère, du reste, avoir bien déchiffré vos intentions.

Reply of Mr. Louis Henkin (13 January 1997)

...

In general, I do not see any reason why *The Institute* should not be asked to address the questions you indicate. On specific questions :

1. In II B, would it be useful to give an example of “un fait illicite international”, which the Commission should not deal with? (I take it you would not exclude violations of international human rights undertakings among states.)
2. In II C1, you ask whether *male captus* is “acceptable”. Do you mean to ask whether a particular State does or does not accept it? Or whether international law continues to permit a State to accept it ? (See my comment below on the rights of the individual in the abduction cases.)

C3. You refer to the non-established concern for fundamental rights of individuals affected by extraterritorial acts, and make specific mention of an individual’s right to the rule of law. The one infringement of the rule of law which you consider is an *ultra vires* action by an extraterritorial actor. It strikes me that this particular deviation from the rule of law is not among the individual rights explicitly recognized in international human rights instruments.

Do you wish to refer to the continuing debate about the lawfulness of “humanitarian intervention”? We need not address military intervention, but suppose a State seeks to impose sanctions against human rights violators in another State, such as those who committed genocide (in the former Yugoslavia), or who practice slavery, or child labour or, earlier, who supported apartheid. Is that within our subject?

I offer also a few general comments, not addressed to the *Inventaire*.

a. In your draft report, you may wish to make note of the U.S. anti-Cuban legislation (the "Helms-Burton Act"). Its validity was debated in the July 1996 Issue of the American Journal of International Law.

You might also wish to mention the revived prospects for an international criminal court, and its possible implications for our subject.

b. Would you wish to make more prominent the interests of the individual in the abduction cases? In my view, abduction – rather than lawful transfer pursuant to an extradition agreement – is a violation of the International Covenant on Civil and Political Rights, perhaps also of customary international law, whether the territorial State agrees in advance, or approves or condones it after the fact.

c. In general, I continue to be of the view that it may be time to reexamine some of our deeply-imbedded assumptions about *sovereignty* as it relates to our subject. We are all agreed that an act by officials of one State in the territory of another may impinge on interests of the territorial State, but we continue to speak of its interests as its "sovereignty". Do we mean its territorial integrity? Its political independence? Or some more abstract notion, akin to "lès majesté"? The aspect of "sovereignty" that is at stake, and the kind and degree of infringement that is at issue, should be of interest to international law.

Attention to the kind and importance of the territorial State's interests would enable us to balance, or at least to take account of, competing interests of other States – whether the interests of a State that acts extraterritorially because it claims some kind of "effect" in its territory, or "effect" on some other national interest ; or the interests of the State of nationality of a person reached by an extraterritorial action ; or even the interest of the State of nationality of a victim of some extraterritorial act. And if we balance other interests against those of the territorial State, we might attend not only to the interests of other States but also to the interests of the individual affected.

Réponse de M. Franz Matscher (2 janvier 1997)

...

Le Rapport provisoire que vous avez préparé constitue une analyse approfondie des différents problèmes inhérents à la matière. Dans une large mesure j'y souscris ; pourtant, plusieurs points restent à discuter, ce qu'on pourra faire lors de la prochaine session de l'Institut.

Même en tenant compte du fait que vous avez opéré un choix très judicieux des problèmes que la 19ème Commission pourra traiter, en écartant ceux au sujet desquels un consensus général serait difficile à trouver, et qui – en dépit de leur intérêt doctrinal – sont de moindre actualité pour les relations internationales à l'époque présente, ou qui ne semblent pas mûrs pour faire l'objet d'une résolution de l'Institut, je me demande si ce que vous avez exposé dans le rapport n'est pas, en partie trop "sophistiqué" pour être accessible à un grand nombre de nos confrères dont les intérêts scientifiques sont orientés plutôt vers d'autres branches de droit international et qui, jusqu'à présent, n'ont pas approfondi les problèmes à traiter par la 19ème Commission.

Je ne me considère pas comme un "terrible simplificateur" ; néanmoins, d'après mon expérience, une exposition plus succincte – dans la mesure que cette matière si complexe le permet – mène souvent à un résultat plus facilement acceptable pour tous qu'une exposition qui veut mettre de la lumière dans toutes les questions qu'un certain problème peut soulever.

J'ajoute à la présente quelques observations au sujet de l'inventaire des questions et qui constitue, d'après moi, une condensation et une concrétisation opérationnelle des points traités dans le rapport.

Observations au sujet de l'inventaire des questions :

ad I) Le caractère exclusif de la règle conventionnelle vaut sûrement à l'égard de la compétence extra territoriale, qui est traitée ici. Mais l'on ne

peut pas affirmer l'exclusivité de la règle conventionnelle comme principe absolu. Ainsi, par exemple, la règle du droit conventionnel qui vise à faciliter la coopération internationale n'exclut pas que l'on procède d'après le droit autonome, si cela est plus favorable à la coopération (par exemple en matière de reconnaissance d'exécution des jugements étrangers ou en matière d'extradition) :

ad II)

- A/1 (a) oui
 (b) oui

 (c) le fait que l'intéressé ait accepté de se soumettre aux ordres d'un agent étranger ne rend pas licite l'acte de ce dernier, si celui-ci a agi sans le consentement de l'Etat territorial.

A/2 Le consentement de l'Etat territorial doit, en principe, être préalable (consentement explicite ou consentement tacite, conforme à une pratique qui a pu s'établir entre les deux Etats en question ; là, en règle, il s'agira d'Etats limitrophes). Un consentement explicite donné après coup peut redresser une violation du droit international qui avait été commise. En l'absence de protestation dans des délais raisonnables l'Etat territorial renonce à faire valoir une violation du droit international, commise par l'autre Etat (douteux, si l'on peut voir dans cela un consentement tacite *ex post*).

B Obligation de l'Etat responsable de réparer la violation du droit international, d'après les règles (prévoyant une grande gamme de solutions possibles) de ce dernier. Il n'est pas nécessaire de traiter ce problème dans le cadre de la 19ème Commission (je me demande si le problème de la réparation d'une violation du droit international présente des aspects spécifiques à l'égard de la matière traitée ici).

C D'accord avec l'approche (pragmatique), c'est-à-dire de renoncer à l'établissement de règles des compétences étatiques, mais d'étudier plutôt les conséquences d'une transgression de ces règles (supposées existantes).

Dans une vue moniste absolue, la violation d'une règle du droit international devrait avoir pour conséquences la nullité de tout acte étatique (législatif, administratif, judiciaire) qui est contraire à une telle règle. Mais les conséquences sont beaucoup plus nuancées si l'on se prononce en faveur d'un monisme atténué ("Gemassigter Monismus", d'après Verdross). En suivant celui-ci, l'Etat est obligé de se conformer au droit international en annulant un acte (ou en effacant les conséquences) contraire au droit international, mais, jusqu'au moment où il l'a fait, l'acte reste valable en droit interne. Bien sûr, du point de vue de la "rule of law", la base légale de l'acte en question est défaillante, ce qui, d'autre part, n'exclut pas que, par la suite, les autorités de l'Etat respectent les règles du "due process of law" (voir par exemple le procès pénal contre Eichmann devant les tribunaux d'Israël ; voir également l'arrêt de la Cour de Strasbourg dans l'affaire Stocke /D 19.3.1991 A/199).

A cet égard, une recommandation de l'Institut, à proposer par la 19ème Commission, ne pourrait être que l'affirmation de l'obligation des Etats à procéder, au moins *ex post*, d'une manière conforme aux règles du droit international, ce que cela implique dépendant des différentes hypothèses de violation des règles de la compétence étatique.

ad III) L'établissement (la proposition) de règles générales relatives à la répartition des compétences étatiques serait la solution idéale, mais je me demande si, au sein de l'Institut (voir même à l'intérieur de la 19ème Commission) on arrivera à un consensus à ce sujet. Il serait donc préférable d'essayer d'établir de telles règles pour les matières les plus actuelles et les plus brûlantes dans les relations internationales d'aujourd'hui, par exemple au sujet de la concurrence (au sens des "antitrust-laws"), de la "pre-trial discovery", des "blocking statutes", des "antisuit injunctions", des mesures d'enquête (judiciaire, fiscale, administrative) effectuées par les organes d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat.

Les problèmes de la notification à l'étranger, en particulier celles qui ordonnent la comparution devant une autorité devant l'Etat requérant, pourraient être laissés aux conventions bi- et multilatérales sur la coopération en matière judiciaire.

Les cas d'enlèvement forcé d'une personne restent heureusement isolés. Leur caractère illicite vis-à-vis du droit international étant acquis, l'Institut pourrait s'abstenir de les traiter.

ad IV) La prise en considération des intérêts étatiques et des intérêts privés pourrait être le point de départ pour une recommandation relative aux matières traitées sub III.

ad V) D'accord.

Reply of Mr. Arthur von Mehren (23 October 1996)

...

It seems quite clear to me that public international law does not today go very far in providing definite solutions for the problem areas in question. For the most part, national views and law control. Moreover, the form of analysis used is much closer to that of private international law than of public international law thinking represented by the extraterritoriality formula.

The territoriality approach was doubtless acceptable when conduct and effects were typically localized in one State. In the contemporary world, conduct and effects are frequently separated with the consequence that the territorial-extraterritorial dichotomy is no longer appropriate to guide analysis. Furthermore, the dichotomy suggests a proposition that is not acceptable in principle – nor accepted by current practice – that only one legal order can properly regulate multi-state situations where conduct is localized but its effects are not.

Would not the 19th Commission make a considerable contribution by adopting an approach that did not rest centrally on territoriality in a narrow-sense but proceeded, for example, in terms of the relation of conduct, of effects, and of those acting and those affected to various legal orders. Your Provisional Report clearly moves, it seems to me, in this

direction. Of course, the results will not satisfy those who believe that there are single, correct answers for complex problems. On the other hand, the propositions advanced by the Commission would be more helpful in the effort to find acceptable accommodations where national interests clash.

A couple of technical observations : on P. 6 and 8, note 33, you call a majority opinion that is not unanimous a “plurality opinion”. This is not correct ; a “plurality opinion” is one that does not command a majority of the court. For example, if on a nine judge court, all judges agree on the result but no five agree on an opinion, there is no majority opinion and the opinion that commands the largest number of judges (for example, four) is called the “plurality opinion”. In the *Alvarez* case and the *Hartford Fire* case, there are majority opinions on all issues ; accordingly, neither case has a plurality opinion.

...

Réponse de M. Alfred von Overbeck (27 août 1996)

...

Le but des travaux de l’Institut

En ce qui concerne tout d’abord la question du but de nos travaux, à laquelle vous faites allusion au N° 3, vous connaissez mon scepticisme à l’égard des Résolutions. Dans la présente matière, j’y suis même carrément opposé. Les positions de bien des Confrères sont beaucoup trop tranchées dans un sens ou dans un autre pour que l’on puisse espérer dégager une majorité claire en faveur d’une résolution substantielle. Chercher à produire un tel texte prendrait énormément de temps, dont une grande partie pour des discussions stériles sur la rédaction. Et le résultat serait, soit un texte ayant quelque substance, mais adopté à une majorité très faible, soit un texte complètement insipide.

Je pense qu’au contraire l’Institut pourrait faire œuvre utile en rédigeant un rapport exposant les thèses qui s’opposent sur divers aspects,

et les motifs à l'appui de ces points de vue. Plutôt que de chercher des réponses dans le droit international dit "positif", qui fait l'objet de vives controverses; il conviendrait de porter l'accent sur les solutions désirables *de lege ferenda*.

Observations sur l'Inventaire - Ad. I. L'interprétation des traités internationaux d'entraide judiciaire

La question est devenue actuelle à la suite de l'interprétation que la Cour suprême des Etats-Unis a donné, dans l'arrêt *Volkswagen AG v. Schlunk* (108 S. Ct. 2104, 27-1999-ILM 1093), à la *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, du 15 novembre 1965. La Cour a estimé que la Convention s'appliquait à toute notification à l'étranger, mais que la question de savoir si une notification à l'étranger était requise devait être décidée selon le droit du for. La substitution, à un stade avancé des mots "... dans tous les cas où un acte ... doit être transmis à l'étranger ..." au texte antérieur qui précisait : "... à une personne à l'étranger" peut peut-être justifier cette interprétation. (Voir P. Volken, Ein Franzose in Den Haag, E. Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz, The Hague, 1996, p. 521). Elle ne correspond certes pas à la *ratio legis* de la Convention, qui était précisément de mettre une partie à l'abri de formes de notification à l'étranger, telles que la signification à Parquet, dont elle risquait de ne pas avoir connaissance. On pourrait soutenir avec de bons arguments que dans ce genre de Convention, comme dans d'autres visant à protéger une partie (par exemple en matière d'exécution des jugements), les voies autorisées sont limitativement énumérées. Il est évidemment préférable que la Convention prévoie expressément le caractère obligatoire.

L'argument ne nous paraît pas valoir pour des Conventions ne visant pas à protéger une partie, mais à faciliter la recherche de la vérité dans une procédure. Dans cette optique, l'attribution du caractère facultatif par la Cour suprême des Etats-Unis à la *Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, du 18 mars 1970 dans son arrêt *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States*

District Court (107 S. Ct. 2542, 26-1987- ILM p. 1021) peut se justifier. (Voir P. Volken, *Die internationale Rechtschilfe in Zivilsachen*, Zurich 1996, p. 103).

Un principe général d'interprétation dans le sens d'un caractère exclusif ne nous paraît donc pas pouvoir être affirmé pour tous les traités d'entraide judiciaire en matière civile, mais seulement pour ceux qui visent à protéger une partie. Sans approfondir la question, il nous semble qu'un tel principe pourrait plus facilement être admis en matière pénale, notamment en ce qui concerne les traités d'extradition.

Ad. II. Les effets de la violation d'une règle prohibitive du droit international

A1. L'élément de coercition est donné aussi longtemps que la réponse ou la remise est influencée ne fût-ce que par intimidation.

A2. Le consentement de l'Etat territorial ou l'absence de protestation de sa part ne saurait justifier une atteinte, contraire au droit international, aux droits d'une personne.

B. D'accord

C1. Non

C2. Non

C3. Non, cela n'est pas compatible avec le *due process of law*.

C4. Intervention des organes de la Communauté internationale?

Ad. III Pour ou contre une tentative de délimitation des compétences étatiques

La solution du dernier paragraphe est préférable.

Ad. IV Intérêts étatiques et intérêts privés

A. La prudence paraît indiquée ! Il convient qu'un Etat ne prenne des mesures qu'il estime d'intérêt public qu'après consultation d'autres Etats ou, mieux, après décision des organes de la communauté internationale.

B. Le problème des injonctions ou interdictions contradictoires mérite de plus amples réflexions et ne devrait pas d'emblée être abandonné.

Ad.V Les groupes transnationaux de sociétés

D'accord.

*Réponse de M. Jean Salmon (13 octobre 1996)**

...

Au par. 5. Je continue à penser que la dichotomie norme permissive, norme prohibitive fausse la réalité du droit international contemporain. V. encore l'avis CIJ du 8 juillet 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires qui rencontre des situations de neutralité juridique en ses par. 52 et 105 E.

Par. 6, 7, 8. Pourquoi isoler seulement trois critères imposant des restrictions à l'Etat territorial? Je pense qu'il y en a d'autres j'y reviendrai plus loin.

Par. 7. Qu'elle différence faites-vous entre un principe de personnalité titre de compétence (pouvant s'exercer sur des personnes à l'étranger) et forme particulière d'extra-territorialité. Je ne sais pas la différence.

* Les par. 5 à 8 du Rapport du 19 mars 1996 correspondent en substance au Chap. III-A et B du Rapport du 15 novembre 1997 ; le par. 17 au Chap. III-F ; les par. 18-19 aux Conclusions B.

Je trouve très intéressante et féconde la distinction national/résident et estime raisonnable que le souverain territorial ait des expectatives plus grandes à l'égard du national que du résident (idée que vous exprimez vous-même ailleurs dans votre Rapport) (par. 13).

S'agissant de la force coercitive s'exprimant par une contrainte, j'ai beaucoup admiré ce que vous en dites plus loin aux par. 10 et 13 qui dilue – à juste titre sans doute – le concept de contrainte. Je conserve néanmoins le sentiment que la seule injonction ou commandement législative ou administrative destinée à un national ou un résident à l'étranger devrait, en certaines circonstances être considérée comme raisonnable. (Exemples avertissement à payer un impôt, assignation en justice, commandement d'avoir – comme national – à respecter telle prohibition, à rentrer pour faire son service militaire, etc.)

Le par. 17 rappelle incidemment qu'il y a des principes de droit international public qui doivent être respectés par l'Etat qui désire exercer une compétence extraterritoriale notamment le respect de la souveraineté territoriale de l'Etat visé, sa souveraineté économique, son droit à disposer de lui-même, son droit à la non-intervention (dictoriale). La question reste d'actualité à propos des velléités des Etats-Unis d'empêcher les tiers de commencer avec Cuba. Si de tels comportements peuvent devenir licites à la suite de décisions d'embargo du Conseil de sécurité respectueuses de la Charte, elles n'ont pas ce caractère lorsqu'elles répondent à une simple politique unilatérale et discriminatoire d'un Etat pour des raisons purement politiques.

La question de l'enlèvement d'Alvarez Machain relève du même défi aux règles du droit international public.

Par. 18. 19. Indépendamment des recherches de solutions dans le droit international privé, n'oublions donc pas le droit international public.

Le problème lié à la solution de droit international privé est que sauf si on la charge d'éléments substantiels, elle est purement formelle et abstraite, alors qu'il s'agit, vous le reconnaîtrez-vous même de trancher entre des intérêts très substantiels.

Aussi peut-on se demander s'il est tout à fait illusoire de pencher vers des solutions non de droit international privé, mais de droit privé international, c'est-à-dire préconisant des solutions de fond. Le drame, c'est que pour de telles solutions il faudrait un consensus sur les solutions de fond. Or les tenants du régime de grand marché dérégulé, faisant de la libre concurrence le Dieu Baal des temps modernes, avec son cortège de délocalisations, de restructurations, de chômage, de destruction de la sécurité sociale est sans doute peu disposé à rechercher un consensus sur des solutions acceptables pour d'autres modèles économiques s'il en reste encore?

Pour ce qui est du Questionnaire. Sous réserve des modifications que les commentaires des uns et des autres seront de nature à vous inspirer, j'apprue votre projet de Questionnaire pour Strasbourg. Je suis un peu surpris de la place donnée au 1. L'interprétation des traités d'entr'aide judiciaire. Ceci ne peut-il pas être placé ailleurs?

Réponse de M. Michel Waelbroeck (9 mai 1996)*

...

Paragraphes 8 et 9

Vous vous référez à la volonté comme un critère de compétence étatique, qui trouvera sa place entre le critère de la territorialité et celui de la personnalité. Je me suis demandé s'il ne s'agissait pas, plutôt que d'un critère à part entière, d'un élément aboutissant tantôt à limiter la compétence étatique (comme dans l'hypothèse évoquée à la fin du paragraphe 8), tantôt à l'étendre comme dans l'hypothèse évoquée au paragraphe 9 où le consentement de l'Etat à la souveraineté territoriale

* Les par. 8 et 9 du Rapport du 19 mars 1996 correspondent en substance aux Chap. III-B et Conclusions A du Rapport du 15 novembre 1997 ; les par. 10 à 13 et 15 au Chap. III-C et D.

duquel il a été porté atteinte entraîne un élargissement de la compétence territoriale de l'Etat qui agit). En effet, je vois mal la volonté d'agir de manière indépendante, en l'absence de tout support dans une compétence étatique pré-existante, qu'elle soit territoriale ou personnelle.

Paragraphes 10 à 13 et 15

J'ai trouvé votre étude de la notion de contrainte extrêmement éclairante. Elle me paraît permettre de conclure que la notion de contrainte devrait être interprétée de manière relativement large, et notamment englober les cas dans lesquels un Etat utilise la menace d'une mesure coercitive sur son territoire pour obliger une personne à adopter un comportement déterminé dans le territoire d'un autre Etat. Ne faudrait-il pas, au point II.A.I de votre inventaire, poser la question à l'Institut de savoir s'il est d'accord avec cette interprétation large? Il ne me semble pas que cela soit fait actuellement. Faut-il, à cet égard, distinguer selon que le comportement en cause est conforme, contraire au neutre par rapport aux intérêts de l'Etat dans lequel il doit avoir lieu? En d'autres mots, le simple fait de contraindre à l'adoption d'un comportement déterminé dans le territoire d'un Etat est-il contraire au droit international, ou faut-il distinguer selon les comportements dont il peut s'agir?

Point II.C de l'inventaire

Tout en étant, par sentiment, favorable à la thèse selon laquelle l'adage "*male captus bene detentus*" devrait être revu, je me demande en vertu de quel titre les tribunaux de l'Etat vers lequel un détenu est extradé peuvent refuser de tenir compte du fait que ce détenu se trouve dorénavant soumis à leur juridiction -- quels que soient les moyens utilisés à cette fin -- et ordonner, le cas échéant, sa libération. Dire que la convention d'extradition exclut tout autre mode de transfert me paraît aboutir à la conclusion inacceptable qu'en l'absence de convention d'extradition, un Etat n'aurait pas la possibilité de livrer à un autre une personne que celui-ci accuse d'un délit. Par lui-même, le transfert ne me paraît pas violer un droit fondamental de l'accusé, du moment où la privation de liberté que ce transfert rend nécessaire peut avoir été justifiée par d'autres raisons que la

volonté de le livrer (par exemple, par la commission d'autre délits sur le territoire de l'Etat qui le livre).

Point IV.A de l'inventaire

Il est affirmé ici qu'on ne saurait refuser aux autre Etats le pouvoir de contrecarrer l'effectivité des lois ou des décisions étrangères par une contre-mesure ayant effet sur leur territoire. Or, de ce qui est dit aux pages 18 et 19 du Rapport, j'avais cru comprendre que cette question devait être considérée comme ouverte, la compatibilité avec le droit international des "blocking statutes" "antisuit injonctions" devant être considérée comme douteuse.

Reply of Mr. Karl Zemanek (18 June 1996)

I. *First question*

Yes. A treaty creates the obligation to apply its provisions if an appropriate case arises. The obligation is breached if measures of execution not provided for in the treaty are used although the treaty provides for other adequate measures.

The ensuing State responsibility obliges the author State to make reparations if requested. The subject of the obligation is the State in question. For the purpose of reparation the distribution of competences among the organs of the State is as irrelevant as the (possibly) constitutionally guaranteed independence of courts or the fact that judgements may be finally and domestically irrevocable.

That is the law as presented stated in Article 6 bis, para. 3 of the ILC's draft on State Responsibility (UN GAOR 48th Session (1993), A/48/10 : Report of the ILC on its 45th Session, 142). As may be seen from note 98 in para. 12 of the Commentary (*ibid.*, 147), I have in the past argued for a more flexible rules in view of the practical difficulties which this obligation may created in respect of final decisions of a Supreme Court.

But the ILC insists that the stated rule expressed the existing law. (*ibid.*, 147-8).

II. *Second Question*

If one accepts the ILC's contention then it must serve as a general principle of interpretation. Provisions of a particular treaty are only relevant insofar as they clearly establish the intention of the parties to *permit* the use of measures of execution not provided for in the treaty.

II.A.1.

(a) + (b) : I agree completely.

c) In this respect I concur with the considerations and conclusions of paras. 12 and 13 of your provisional report. As my answers to reports of Prof. Bos indicate, I have always insisted that *i.e.* "blacklisting" is a measure of enforcement [*Annuaire Vol 65-I*, 71 (answer to question 16) ; and 159 (answer to article 3, para. 4)].

II.A.2 Prior consent is required. But in view of the maxim *qui tacet consentire videtur* silence, when the facts become known, estops the State on whose territory the act was accomplished to claim illegality later.

B. In the light of my answer to the first question under I, I doubt that one can avoid the question of reparation totally. However, should it be possible, I have no problem, since the answer is provided by the law of State responsibility.

C.1 As the law stands it is apparently left to each State whether, in administering justice, it gives priority to revenge or to the rule of law. For the sake of orderly international relations the maxim should not be retained in domestic codes of criminal procedures ; it would be better to rethink the terms of extradition treaties to make them applicable to crimes which are the concern of the international community, like the ones you mention in IV.A (last paragraph).

I must point out, though, that under the title of reparation a State which has illegally arrested a person abroad is required, if requested, to return the person in question to the State from which it was taken. That such a request was not forthcoming in the cases of *Argoud* or *Eichmann* has evident political reasons but does not alter the rule.

C.2 As implied in my answer to C.1, I think that domestic procedures, whether criminal, administrative or civil, should be inadmissible if one of the formal constituent elements originates from an internationally wrongful act, and illegally obtained evidence should not be admitted. The problems created by interdependence cannot be solved unilaterally by excessive jurisdictional claims but only by closer international cooperation.

C.3 The idea is attractive but at the present state of international law its implementation depends on the duties concerning due process of law which the State in question may have under universal or regional conventions on the protection of human rights to which it is a party. That due process of law is a *universally* accepted principle of law may be doubtful since, apart from the term, different value systems may have different perceptions of its contents. Which does not mean that it would not be desirable to establish a common standard.

C.4 Unfortunately, I can suggest none.

III. I suggest that the Institute tries the series of options proposed in your third paragraph since the other options are variants of the approach that has already failed once.

IV.A My comments on some of the ideas expressed here are already apparent from answers to previous points. The identification of areas of common interest seems a constructive way to develop the subject further. But that approach will not absolve us from taking a stand on conflicting claims to jurisdiction and in this respect indirect enforcement should be further examined (see my answer to your II.A.1.c).

V.B Although I am in general agreement with the suggestions, I hesitate at one point. I feel that your suggestion that a violation of conflict of laws

rules can, under no circumstances, constitute an internationally wrongful act, is too absolute. It depends on the nature of the conflict of laws rule. If that rule is the result of pragmatic considerations, I agree. If, on the other hand, the rule implements an established principle of public international law, its violation by a court, which is just another State organ, will cause State responsibility.

VII. Rapport provisoire

15 novembre 1997

SOMMAIRE

I. LES TRAVAUX DE LA DIX-NEUVIEME COMMISSION JUSQU'A LA SESSION DE STRASBOURG

II. REFLEXIONS LIMINAIRES

A. Survol des contentieux récents

B. La crise des solutions

- 1° La notion de *comity*
- 2° Droit (international) public et droit (international) privé
- 3° “*A double standard*”
- 4° Les hésitations de la jurisprudence
- 5° Droit international et droit constitutionnel
- 6° La diversité des conflits d'intérêts
- 7° Négociation et accommodements

III. LES PRINCIPALES QUESTIONS A DEBATTRE

A. Les notions d'extraterritorialité et de territorialité

B. Quelle est la place du concept de territorialité dans un espace transnational ?

C. Quelle est la nature de la contrainte dans un marché d'échanges généralisé ?

D. Les trois formes d'exercice de la compétence étatique

- E. Intérêts et conflits d'intérêts
- F. Les groupes transnationaux de sociétés

IV. CONCLUSION

- A. Retour à *Alvarez-Machain*
- B. Ordre international et droits individuels
- C. Les limites assignées à un projet de résolution de l'Institut

I. LES TRAVAUX DE LA DIX-NEUVIÈME COMMISSION JUSQU'A LA SESSION DE STRASBOURG

A la suite de la désignation d'un nouveau rapporteur après la session de Milan, la dix-neuvième Commission dont le thème recoupe partiellement celui de la troisième Commission qui a été dissoute a travaillé au vu de trois rapports, un rapport préliminaire du 15 février 1994, un complément à ce rapport, du 15 février 1995 et un rapport provisoire du 19 mars 1996, dans lequel il a pu être tenu compte de deux réunions de la Commission au cours de la session de Lisbonne. Les réponses données à ce rapport provisoire par sept membres de la Commission, MM. Bos, Henkin, Matscher, Salmon, von Mehren, von Overbeck, Waelbroeck et Zemanek et les encouragements qu'ils ont bien voulu donner à leur rapporteur ont conduit celui-ci à transformer le rapport provisoire en une communication sur l'état d'avancement des travaux, datée du 7 juin 1997, envoyée à tous les membres de la Commission. Cette communication a fait l'objet d'une présentation orale en séance plénière le 1er septembre 1997. Elle avait été précédée d'une réunion restreinte de la Commission le 26 août 1997 à laquelle avaient participé, outre le rapporteur, MM. Henkin, von Mehren et von Overbeck.

Qu'elle ait eu lieu par correspondance ou au cours des deux réunions de Lisbonne et à celle de Strasbourg, la discussion à l'intérieur de la Commission a été très riche tout en révélant à l'intérieur même de celle-ci des divergences assez profondes sur le mandat et les méthodes de travail de la Commission sans parler du contenu des conclusions du travail et de leur forme, notamment celle d'un projet de résolution.

Dès le rapport préliminaire l'attention de la Commission a été attirée sur l'indétermination des concepts fondamentaux, au premier chef la notion même d'application extraterritoriale mais aussi la distinction traditionnelle entre les trois branches de la compétence étatique, législative, juridictionnelle et exécutive. En outre, les matières à propos desquelles il est parlé d'application "extraterritoriale" sont très diverses, il semble néanmoins que le champ des relations économiques soit le plus souvent visé. Il n'est pas jusqu'à la distinction entre le droit international (public) et le droit international privé qui ne soit difficile à tracer. Le premier obstacle à l'adoption du projet de résolution discuté à la session de Milan¹ est venu de la tentative ~~d'en exclure~~ le domaine du droit international privé². Or les récents développements ~~de la matière, notamment la nature~~ des mesures prises dans le Helms-Burton Act et le D'Amato Act 1996 ont pour effet de faire peser sur les entreprises privées les ~~"sanctions"~~ dirigées par le Gouvernement américain contre certains Etats étrangers³.

II. REFLEXIONS LIMINAIRES

Pour indiquer l'importance et l'intérêt de la contribution que l'Institut pourrait apporter au problème de la compétence extraterritoriale des Etats il convient de mettre en relief deux éléments, à savoir le regain d'actualité des questions de droit relevant de ce thème et une perte de confiance dans le caractère opérationnel des concepts mêmes de territorialité et d'extraterritorialité.

¹ *Annuaire*, vol. 65-I, p. 174.

² Voir notamment les observations de MM. Bedjaoui, Monaco et Conforti à la première séance plénière, *Annuaire*, vol. 65-II, p. 144, p. 145, p. 147.

³ En ce sens notamment : Vaughan Lowe, "US Extraterritorial Jurisdiction : the Helms-Burton and D'Amato Acts" 46 ICLQ (1997), 378-390, 389.

A. *Survol des contentieux récents*

Parmi les faits saillants de l'actualité internationale dans les domaines pertinents pour les travaux de la Commission on peut citer ceux qui suivent :

- l'exercice d'actes d'exécution forcée sur le territoire d'un Etat aux fins de la poursuite d'un accusé devant les juridictions pénales d'un autre Etat : *United States v. Alvarez-Machain*, 119 L Ed 2d 441 (1992) ;
- l'application administrative et judiciaire du droit de la concurrence à des entreprises établies en dehors du territoire de l'Etat (ou de l'organisation internationale) : CJCE, 27 septembre 1988 (*Pâte de bois, Woodpulp*), *Recueil*, p. 5193 ; 31 mars 1993, *Recueil I* 1307 ; *Hartford Fire Insurance Co v. California*, 113 S Ct 2891 (1993) ;
- l'application administrative des règles sur les concentrations d'entreprises à des rapprochements impliquant pour partie ou pour le tout des entreprises étrangères : décision de la Commission des CE du 19 juillet 1991 (*Tetra-Pak/Alfa-Laval*), JO L 290/35 ; 2 octobre 1991 (*Aérospatiale-Alenia de Havilland*), JO L 334/42 ; l'actuel projet de concentration entre Boeing et Mc Donnell Douglas (*Le Monde*, 25 juillet 1997, p. 3) ;
- le conflit récent entre les Etats-Unis d'une part, les autres Etats membres de l'OEA et la CE, de l'autre, à la suite de la promulgation par le président des Etats-Unis du Helms-Burton Act⁴ et du D'Amato Act⁵, ainsi que la menace de sanctions contre la société française *Total* accusée d'avoir enfreint la loi D'Amato interdisant le commerce avec l'Iran (*Le Soir*, 7 octobre 1997).

⁴ Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 (Helms-Burton Act), March 12, 1996, 35 *ILM* (1996) 357.

⁵ Iran and Libya Sanction Act of 1996 (D'Amato Act), August 5, 1996, 35 *ILM* (1996), 1273.

B. La crise des solutions

En cette période même où les risques de contentieux s'aggravent, certaines doctrines tenues pour traditionnelles sont entrées en crise. La règle de droit international qui fixerait les limites dans lesquelles les Etats pourraient s'écartier du principe de territorialité est plus à élaborer qu'à identifier. En outre, hormis l'arrêt du *Lotus*, sur lequel on reviendra, la "pratique internationale" qui pourrait engendrer une coutume obligatoire est le fait des Etats eux-mêmes, tantôt freinés tantôt encouragés par leurs cours et tribunaux.

Pour mesurer la crise actuelle, sept éléments ont été distingués :

1° *La notion de comity*

Une notion ambiguë, celle de *comity*, est souvent invoquée pour que les gouvernements, leurs autorités administratives et leurs tribunaux, exercent avec modération⁶ une compétence qui risquerait d'entrer en conflit avec celle d'autres Etats.

La notion de *comity* est ambiguë au moins pour deux motifs : elle ne signifie pas de prime abord une obligation stricte (la traduction française "courtoisie internationale" accentue indûment cet aspect) et elle trouve son origine au XVIIe siècle dans la doctrine des conflits de lois, c'est-à-dire du droit international privé⁷. Historiquement, elle s'efforce de justifier

⁶ *Self-restraint*, traduction textuelle de l'ancienne *Selbstbeschränkung*, par laquelle Jellinek justifiait l'autolimitation de l'Etat dans son ordre interne, à laquelle s'ajoutait le caractère purement volontariste de ses obligations internationales (*Selbstverpflichtung*).

⁷ Eu égard à l'importance de cette notion, brièvement écartée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 27 septembre 1988 (par. 22, p. 5244) et longuement développée par le juge Scalia dans *Hartford*, il convient d'en rappeler succinctement les éléments constitutifs. Déjà le juge Story, dans *United States v. La Jeune Eugénie*,

l'application du droit d'un autre souverain ou de reconnaître les actes et les jugements qui en émanent, elle paraît dès lors moins adaptée à définir les limites – des limites qui seraient impérativement fixées *par le droit international* – à l'intérieur desquelles devraient rester enfermées les compétences étatiques.

2° Droit (international) public et droit (international) privé

Que “la compétence extraterritoriale des Etats” se trouve placée aux confins des deux grandes subdivisions du droit international explique la décision prise par l’Institut à la session de Milan au sujet des travaux de la 19e Commission. Que notre confrérie soit un lieu de rencontre et d’échanges entre les deux disciplines la rend particulièrement apte à étudier cette matière.

26 Fed. Cas. 832, 840 (1822), oppose “*considerations of mere convenience or comity*”, à l’application stricte du droit. Très tôt énoncée par le juge Johnson dans *Ogden v. Saunders*, 6 L Ed (12 Wheat. 213, 360), 606, 656 (1827), la règle selon laquelle la *comity* n’impose de reconnaître les effets d’une loi étrangère que si celle-ci ne fait pas tort aux intérêts des citoyens de l’Etat du for n’a rien perdu de son actualité. Cette nature de la *comity* est clairement rappelée dans *Hilton v. Guyot*, 159 US 113, 163-164 (1895), relatif à l’equatur d’un jugement français : “*Comity in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor a mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial act of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.*” Une récente décision anglaise paraît exprimer la même doctrine : *The touchstone for determining whether access should be given or refused is the comity of nations, defined by the Shorter Oxford English Dictionary (3rd edn 1944)* : “*The courteous and friendly understanding by which each nation respects the laws and usage of every other, so far as may be without prejudice to its own rights and interests*” : *Bumper Development Corporation Ltd. v. Commissioner of Police* [1991] 4 All ER 638, 647-648 (AC).

Mais la distinction dogmatique entre le droit public et le droit privé se trouve, elle aussi, mise à mal par la nature propre des situations dans lesquelles l'exercice par un Etat d'une compétence qualifiée d'extraterritoriale suscite un conflit avec d'autres Etats. Sans doute pourrait-on croire que ces situations relèvent plutôt du droit public et il paraît en effet que la compétence exercée par un Etat sur d'autres espèces de faits entièrement localisés en dehors de son territoire (la résolution d'un contrat, l'indemnisation de la victime d'un accident de la circulation) ne suscite pas les réactions ou les critiques évoquées ci-dessus. Ce serait toutefois se méprendre : les réglementations de nature économique qui s'efforcent d'appréhender – avec plus ou moins de succès – des comportements localisés en dehors du territoire de l'Etat dont elles émanent ont aussi pour objet des actes "de droit privé" ou recourent aux techniques de cette branche du droit. L'accord par lequel deux entreprises conviennent de fusionner ou de se partager un marché n'est rien de plus qu'un contrat soumis pour l'essentiel à la discipline du droit privé et du droit international privé ; les dommages punitifs et, notamment, les *treble damages* prévus par le droit américain encouragent la victime d'un tel dommage à agir par la voie d'une action civile devant les tribunaux ordinaires ; le "*trafficking*" qualifié par le titre III du Helms-Burton Act consiste à avoir acquis dans un Etat tiers des biens qui y sont localisés. C'est donc bien une personne privée (le plus souvent une entreprise) qui risque d'être touchée par les mesures qualifiées d'extraterritoriales, et les litiges suscités par ces mesures seront portés devant les cours et tribunaux des Etats. La seule conclusion acceptable est que la distinction entre le droit public et le droit privé n'est pas plus justifiée que la recherche d'une frontière rigide entre les deux branches du droit international.

3° "A double standard"

La doctrine européenne n'hésite pas à mettre en accusation le gouvernement et les tribunaux américains. On s'aperçoit toutefois que la Communauté européenne ne résiste pas toujours à la tentation d'étendre le champ territorial de ses compétences. Le gouvernement du Royaume-Uni qui fut l'un des plus pugnaces dans sa résistance à "l'impérialisme" américain occupe aussi pour ce motif une position moins agressive à

l'intérieur de la Communauté, comme en témoigne sa participation à l'affaire de la *Pâte de bois*. L'un des obstacles à l'affirmation d'une règle claire de droit international – permissive ou prohibitive – est que la pratique des Etats est contradictoire : la plupart font eux-mêmes ce que, dès qu'ils sont placés dans la position inverse, ils tiennent pour une violation du droit international dont ils accusent les autres Etats. Les acteurs des parties qui se jouent tiennent alternativement les rôles de garde-chasse et de braconnier. Le plus significatif est qu'il ne s'agit pas, comme en d'autres domaines du droit international, d'opposer les Etats industrialisés aux pays en développement, c'est à l'intérieur du camp du premier groupe d'Etats et dans leurs relations mutuelles que se sont noués et, jusqu'à présent, résolus les principaux différends.

4° Les hésitations de la jurisprudence

Sans anticiper sur les observations relatives à l'indétermination des concepts fondamentaux, il faut encore souligner que les solutions des plus hautes juridictions sont plus hésitantes que ne veulent l'avouer ceux qui s'en prévalent. On oublie trop souvent que dans l'affaire du *Lotus* la Cour permanente de justice internationale a été partagée (6-6) et que l'arrêt de la Cour est l'opinion d'une moitié seulement des juges renforcée de la voix prépondérante du président⁸. *Alvarez-Machain* est aussi une décision majoritaire (6-3) et les opinions dissidentes ont un poids suffisant pour autoriser sinon un revirement au moins un assouplissement de la jurisprudence. En d'autres affaires encore les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis sont contrebalancées d'opinions dissidentes fortement

⁸ Cette affirmation aurait elle-même besoin d'être nuancée, le juge Moore ayant écrit qu'il était d'accord avec la Cour sur la partie essentielle de son dispositif : "de la sorte, il y a pour l'arrêt, sur la question telle que la pose le compromis, une majorité définitivement établie de sept contre cinq" (arrêt du 7 septembre 1927, Affaire du "Lotus", *CPJI*, Série A, N° 10, p. 65).

argumentées⁹. Dans *Hartford* l'opinion partiellement dissidente du juge Scalia, suivie par les juges O'Connor, Kennedy et Thomas, exprime face au rôle des Etats-Unis comme puissance économique et financière dominante une attitude qui s'écarte radicalement de celle de la majorité. Quant à l'arrêt *Pâtre de bois* de la Cour de justice des Communautés européennes, il a été fraîchement accueilli par la doctrine, ce qui est sans doute dû à l'indigence de la motivation, mais celle-ci n'est-elle pas imputable à une division (inavouée) du siège et à l'impossibilité de contrebalancer une motivation ferme par l'expression d'opinions dissidentes ?

5° Droit international et droit constitutionnel

Plus que d'un conflit entre le droit international et le droit interne il s'agit de deux problèmes institutionnels assez différents, à savoir la condition du droit international (ou de ce qu'on croit être tel) dans l'ordre interne et l'équilibre des pouvoirs dans l'Etat démocratique contemporain.

Alvarez-Machain est sans doute le prototype du premier problème. Sous les deux aspects que comportent l'enlèvement d'un Mexicain sur le territoire de son pays et son transfert aux Etats-Unis pour y être jugé, la question est de savoir si la personne accusée d'un crime peut se prévaloir de la violation alléguée d'un traité d'extradition et si la même personne peut invoquer à son profit une règle de droit international coutumier qui aurait été transgessée par les autorités étatiques exerçant sur lui une compétence réglée par la loi interne. Le problème très concret est de savoir si une norme de droit international qui oblige l'Etat dans ses relations avec les autres Etats confère aussi un droit d'action ou une exception dans l'ordre interne du premier Etat.

Le deuxième problème concerne la répartition des compétences internes entre le gouvernement, responsable des relations extérieures, et le pouvoir judiciaire, protecteur des droits des citoyens. Tant dans

⁹ Par exemple : *Aérospatiale v. United States District Court*, 482 US 107 (1987), décision également prononcée à une seule voix de majorité.

Alvarez-Machain que dans *Pâtre de bois*, il a été fait état de ce que l'action entreprise par les autorités d'un Etat n'avait pas soulevé de protestation du gouvernement d'un autre Etat qui aurait pu se plaindre d'une violation du droit international commise à son égard. Vue sous cet angle, la seconde question rejoint la première : l'étendue des droits et intérêts qu'une personne physique ou une entreprise peut faire valoir en justice doit-elle être subordonnée à l'attitude prise ou non en sa faveur par le gouvernement qui aurait un titre international à agir ou à protester ? Le choix entre l'exercice de l'action, de la protection ou de la protestation diplomatiques et l'abstention est commandé par une multitude de facteurs liés au poids politique des Etats en présence, la situation de la personne ou de l'entreprise exposée aux inconvénients d'une application extraterritoriale du droit d'un Etat n'étant qu'un élément parmi tous ceux qui exercent une influence sur la décision étatique¹⁰.

En admettant que la réserve avec laquelle les autorités d'un Etat étendent leur compétence à des faits ou à des entreprises localisés à l'étranger soit motivée par la volonté de prendre en considération les intérêts concurrents d'un autre Etat et inspirée par la doctrine de la *comity*, il faut se demander si les cours et tribunaux saisis d'un litige particulier sont aptes à mesurer les enjeux d'un tel conflit. En outre, et l'opinion dissidente

¹⁰ Comp. sur ce point les observations très pertinentes du juge Altamira, *CPJI*, Série A, n° 10, p. 98. Mais la perspective de l'existence d'une règle coutumière défavorable à l'extension des exceptions au principe de la territorialité des compétences étatiques conduit le même juge à tenir les protestations des autres Etats – dans les rares cas où elles sont émises – pour une expression de leur refus d'adhérer à pareille dérogation au concept de territorialité (*ibid.*, p. 103). Sur la question des “protestations” comp. l'opinion de la Cour (*ibid.*, p. 28) et les opinions dissidentes des juges Loder (p. 34) et Moore (p. 86-87). Selon Michael Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, *British Yb Int. L* (1972-73), 145-257, 176 : *The acid test of the limits of jurisdiction in international law is the presence or absence of diplomatic protests.* Mais la suite du passage contredit plutôt la pointe initiale.

du juge Scalia dans *Hartford* est très éclairante sur ce point, il s'agit moins du conflit entre les intérêts respectifs de deux ou de plusieurs Etats que du choix d'une politique économique dont la dimension interne ne le cède pas à ses ramifications dans l'espace transnational. Également appliquée en droit constitutionnel américain¹¹, la doctrine de la *comity* est née dans une jurisprudence relative à l'application des lois et à la reconnaissance des jugements d'Etats étrangers (voir *supra*, la note 8). Or, il lui serait à présent demandé de justifier une application plus modérée des lois de l'Etat du for. La notion est assez souple pour s'adapter à cette nouvelle fonction mais le renversement est notable : alors que l'intérêt de personnes protégées par l'ordre interne du tribunal saisi justifiait, selon l'ancienne doctrine de la *comity*, une restriction au devoir d'appliquer le droit étranger, la nouvelle version de la même doctrine imposerait à l'Etat de restreindre l'application de son propre droit par considération pour les intérêts d'Etats étrangers.

6° La diversité des conflits d'intérêts

a. Le conflit d'intérêts étatiques

L'idée du conflit d'intérêts qui a conduit à la méthode de la pesée des intérêts (*interests-balancing*), n'est pas non plus dépourvue d'ambiguité. S'agit-il des intérêts de l'Etat ou de ceux des particuliers, des entreprises ? L'intérêt de l'Etat recouvre-t-il nécessairement l'intérêt de ses ressortissants ? Ce qu'on appelle intérêt de l'Etat est déjà une notion plurivoque. On peut y distinguer un intérêt économique solide de simples blessures d'amour-propre national. La condamnation pénale d'un trafiquant

¹¹ *Overley v. Gordon*, 20 S Ct 603, 606 (1900) ; *Bond v Hume*, 37 S Ct 366, 368 (1917). Le dernier arrêt marque bien ce qui distingue les devoirs réciproques des Etats fédérés unis “in a common orbit of national unity” des obligations plus lâches déduites des “principles of comity”. Ces principes s'appliquent aussi aux relations entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés : *Preise v. Rodriguez*, 411 US 475 (1973) ainsi qu'à l'immunité du président des Etats-Unis à l'égard des juridictions des Etats : *Clinton v. Jones*, 117 S Ct 1636, 1642 (1997).

de drogue ne lèse aucun intérêt notable de l'Etat auquel l'accusé ressortit, mais bien l'atteinte portée à l'espace territorial de cet Etat. On peut douter de l'efficacité du titre III du Helms-Burton Act mais s'il est jamais mis à exécution, sa portée symbolique l'emportera de loin sur le faible dommage qu'il causera aux intérêts économiques des Etats européens. Bien plus, il est permis de diverger d'opinion sur les intérêts économiques majeurs d'un Etat, et les conflits d'ordre interne et même les orientations dans l'espace politique national prennent le pas sur les aspects internationaux du conflit. Si bien documentée qu'elle soit sur la doctrine de la *comity* et sur les méthodes d'interprétation des lois fédérales, l'opinion dissidente du juge Scalia dans *Hartford* exprime surtout ses vues constitutionnelles : le *self-restraint* des juridictions fédérales face aux entreprises étrangères (*comity of courts*) prolonge l'adhésion donnée par le même juge en des affaires purement internes au *judicial restraint*. Les lois restrictives de la liberté économique ne doivent pas être étendues au-delà du domaine d'application clairement délimité par le législateur et quand il aborde le problème du conflit de lois entre le "libéralisme" du droit du Royaume-Uni et les contraintes du droit américain il retient une solution contraire à celle de la Cour de justice des Communautés européennes : on ne saurait faire prévaloir une règle sur l'autre pour le seul motif que la première interdit un comportement que la seconde se borne à autoriser. Le rejet de cette solution par le juge Scalia est loin d'être irrationnelle car il existe une contradiction logique entre la permission et l'interdiction de faire quelque chose¹², mais au-delà de la correction du raisonnement on ne saurait s'empêcher de penser que le juge Scalia a plus d'affinité avec le libéralisme britannique qu'avec le dirigisme américain¹³. De plus, quand il évoque

¹² Le paragraphe 20 (p. 5244) de l'arrêt de la Cour de justice est particulièrement faible là où ce passage limite l'hypothèse du conflit de lois à celle du conflit entre l'obligation de conclure un accord et l'interdiction de le faire. Pareille interdiction n'est pas moins en conflit avec la liberté de faire ici ce qui est interdit là-bas. Comp. *Hartford*, 113 S Ct 2921-2922; Scalia J. dissenting.

¹³ Comp. Peter Hay, "Zur extraterritorialen Anwendung US-amerikanischen Rechts. Zugleich eine Anmerkung zu" *Hartford Fire*

l'opportunité d'éviter un "conflit aigu et inutile avec les intérêts légitimes d'autres pays – particulièrement notre partenaire commercial le plus proche" – il exprime une perspective plus large de "l'intérêt américain", que celle qui commanderait l'application la plus étendue possible du droit économique interne.

b. *La distinction entre une politique propre à un seul Etat et la poursuite de l'intérêt général de la communauté internationale*

Quand la réglementation émanant d'un Etat ou d'une organisation internationale régionale prétend poursuivre un intérêt plus large, peut-être l'intérêt général de la communauté internationale, son application au-delà du territoire propre de cet Etat ou de cette organisation paraît devoir soulever moins d'objections. A propos de la saisie par les autorités italiennes d'un navire arraisonné en haute-mer et de sa cargaison, appartenant l'un et l'autre à des personnes morales ayant la nationalité de deux Etats tiers, la Cour de justice des Communautés européennes a admis l'application à cette situation du règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993, concernant les échanges entre la Communauté économique européenne et la république fédérative de Yougoslavie (Serbie et Montenegro) (JO L 102, p. 14). Dans la réponse donnée aux questions préjudiciales posées par le Conseil d'Etat italien, la Cour écrit notamment ce qui suit :

Lors de cette appréciation, la juridiction nationale doit notamment tenir compte de ce que l'objectif poursuivi par le règlement, qui consiste à mettre un terme à l'état de guerre dans la région concernée ainsi qu'aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la république de Bosnie-Herzégovine, présente un caractère d'intérêt général fondamental pour la communauté internationale

Insurance Co v. California, 60 RabelsZ (1996), 303-329 ;
Kenneth W. Dam, "Extraterritoriality in an Age of Globalization : The Hartford Fire Case", 1993 Supreme Court Review, 289, 328.

(arrêt du 30 juillet 1996, Bosphorus, C-84/95, Rec. p. I-3953, point 26)¹⁴.

On peut lire une analyse similaire dans la comparaison entre la politique poursuivie par les Etats-Unis à l'égard de Cuba et les mesures prises contre la Libye et l'Iran : la première serait inspirée par une attitude propre aux Etats-Unis (*a parochial policy*) alors que les alliés européens du gouvernement américain adhèrent plus volontiers à des mesures prises pour faire respecter des résolutions de l'ONU¹⁵.

c. *Les intérêts individuels renforcés par l'application d'une norme protectrice d'un droit fondamental*

Les intérêts particuliers en conflit avec d'autres intérêts de même nature ou avec un intérêt étatique n'ont pas tous le même poids. Certains de ces intérêts peuvent se prévaloir d'une norme protectrice d'un droit fondamental, tels le droit à la vie, à la liberté, au procès équitable (*due process of law*), éventuellement le droit de propriété. Qui veut appliquer une méthode de pondération des intérêts doit être invité à reconnaître un poids supérieur à l'intérêt dans lequel s'incorpore une liberté fondamentale. L'application de la même méthode peut porter sur les moments successifs et les lieux différents de concrétisation d'un seul droit fondamental. C'est ainsi que l'objectif politique du Helms-Burton Act (le rétablissement de la démocratie à Cuba) se double d'un objectif parallèle, le dédommagement des victimes américaines des nationalisations opérées par le gouvernement cubain¹⁶. Mais au lieu d'être mises à charge de ce gouvernement, les

¹⁴ CJCE, 27 février 1997, aff. C-177/95, *Ebony Maritim S.A., Loten Navigation Co. Ltd et Prefetto della provincia di Brindist*, par. 38.

¹⁵ Vaughan Lowe (note 4), p. 388.

¹⁶ Si la nationalité (américaine) des victimes des nationalisations cubaines devait contribuer à la légitimité du Helms-Burton Act, il faudrait rappeler que le Gouvernement américain a été traditionnellement hostile à un exercice de compétence par un Etat étranger fondé sur le principe de personnalité passive. Voir notamment le Cutting's Case dans John Bassett Moore, *A Digest of International Law* (Washington : Government Printing

“indemnités” seraient prélevées sur les droits de propriété et les droits contractuels acquis entre-temps par des ressortissants d’Etats tiers. Il est pour le moins étrange que la réparation d’un préjudice causé il y a un quart de siècle à Cuba consiste à exproprier des biens régulièrement acquis dans un autre Etat selon la loi en vigueur à une époque plus récente¹⁷.

7° Négociation et accommodements

Après la promulgation du Helms-Burton Act, le Conseil de la Communauté européenne adopta le règlement (CE) n° 2271/96 du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l’application extraterritoriale d’une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elles ou en découlant¹⁸. Les lois citées en annexe sont notamment le Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996 (Helms-Burton Act) et l’Iran and Libyan Sanctions Act of 1996 (D’Amato Act). L’article 5 du règlement interdit aux personnes visées à l’article 11 (diverses catégories de personnes physiques ou morales relevant de la compétence de la Communauté) de se conformer aux mesures ordonnées en exécution des lois d’Etats tiers citées en annexe et l’article 4 interdit la reconnaissance et la mise à exécution des décisions judiciaires ou administratives extérieures à la Communauté donnant exécution aux mêmes lois.

Office), t. II (1906), par. 201. Plus récemment, voir la note de protestation du Gouvernement américain à propos de la compétence juridictionnelle assurée par un tribunal hellénique concernant la responsabilité d’un ressortissant américain pour un fait dommageable localisé en Louisiane mais dont la victime était de nationalité grecque, dans *Digest of United States Practice in International Law 1975* (Office of the Legal Adviser Department of State), p. 339, par. 2.

¹⁷ En ce sens, Vaughan Lowe (note 4), p. 389.

¹⁸ JOCE, n° L 309/1 du 29 novembre 1996. Le texte anglais du Règlement a été reproduit dans 36 ILM (1997), 125.

Le Conseil de la Communauté européenne avait, parallèlement, engagé une action contre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique devant l'Organisation Mondiale du Commerce. Toutefois, la crise fut dénouée par des moyens diplomatiques, les deux parties étant convenues le 11 avril 1997 d'un Memorandum of Understanding concerning the US Helms-Burton Act and the US Iran and Libyan Sanctions Act¹⁹. L'accord constate la convergence de vues des deux parties sur l'attitude à adopter à l'égard de Cuba, de l'Iran et de la Libye, mais le Gouvernement américain s'engage à suspendre la mise en oeuvre des deux lois à l'égard de l'Union européenne. En contre-partie, celle-ci suspend provisoirement la poursuite de son action devant l'Organisation Mondiale du Commerce. La décision du Gouvernement américain d'accorder à la société française Total une dérogation à l'interdiction de faire des opérations en Iran est une récente mise en oeuvre de cette politique de compromis²⁰.

Non moins notable apparaît l'accord intervenu entre l'Union européenne et deux entreprises américaines de constructions aéronautiques ayant annoncé une fusion jugée incompatible avec les intérêts des constructeurs européens : loin de combattre dans son principe la nature "extraterritoriale" du contrôle que les autorités européennes prétendaient exercer sur la fusion de deux sociétés relevant d'un Etat tiers, celles-ci ont pris certains engagements donnant satisfaction à ces autorités en échange de "l'autorisation" de fusionner²¹.

¹⁹ 36 *ILM*(1997), 529. Voir aussi : Philippe Lemaître, "Bruxelles et Washington prolongeant leurs transactions sur les lois extraterritoriales américaines", *Le Monde*, 17 octobre 1997, p.5.

²⁰ Pierre Lefèvre, "Une nouvelle guerre commerciale transatlantique évitée . Iran : Washington renonce à punir le contrat de Total", *Le Soir*, 7 octobre 1997, p. 6.

²¹ Sur les phases d'évolution de la crise, comp. Philippe Lemaître, "La Commission européenne veut faire plier l'américain Boeing", *Le Monde*, 23 mai 1997, p. 20 ; Philippe Lemaître et Virginie Malingre, "Les Américains se félicitent de l'aval européen donné à la fusion Boeing-Mc Donnell Douglas", *Le Monde*, 25 juillet 1997, p. 3 ; Tom Buerble, "Boeing

III. ANALYSE DES PRINCIPALES QUESTIONS A DEBATTRE**A. Les notions d'extraterritorialité et de territorialité**

Partant du principe que les compétences de l'Etat se limitent à son territoire, on peut considérer que l'exercice d'une compétence extraterritoriale est à première vue une anomalie qui a besoin d'être justifiée. Mais ce qu'il est permis de mettre en doute c'est l'existence d'une division tranchée entre la territorialité et l'extraterritorialité. Il est sans doute aisément de choisir des hypothèses typiques de l'une ou de l'autre. D'un côté l'accomplissement sur le territoire d'un Etat par une autorité de cet Etat, d'un acte relatif à un bien localisé ou à une personne présente dans le même territoire. De l'autre l'enlèvement par les forces de police d'un Etat d'une personne se trouvant sur le territoire d'un autre Etat dont elle a la nationalité et son transfert vers le territoire du premier Etat. Entre ces deux hypothèses extrêmes les principaux cas de figure se découpent sur un continuum et il est sans doute impossible de fixer le seuil à franchir pour passer de la territorialité à l'extraterritorialité.

Quand, par exemple, les autorités d'un Etat exercent leur compétence à l'égard d'un fait ou d'un comportement localisé sur le territoire d'un autre Etat en raison d'un lien de causalité entre ce fait, cet acte ou cette omission et le dommage causé sur le territoire du premier Etat²², s'agit-il d'extraterritorialité ou d'une forme raffinée de territorialité

Merger set to Fly", *Herald International Tribune* (Bologna, July 23, 1997), p. 1, p. 6.

²² La théorie de la territorialité objective a été adoptée par le juge Learned Hand dans *United States v. Aluminum Co. of America (ALCOA)*, 148 F 2d 414, 443 (2d Cir., 1945) : *it is settled law ... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its border that has consequence within its borders which the state reprobates ; and these liabilities other states will ordinarily recognize.* Selon J.B. Townsend, *Extraterritorial Antitrust : The Sherman Antitrust Act and US Business Abroad* (Westview Press, Boulder, 1980), p. 48 : *The*

(*constructive territoriality*) ?²³

La compétence territoriale de l'Etat²⁴ est complétée d'une

decision in Alcoa has become the basic rule for extraterritorial antitrust. Voir encore : Najeeb Samie, "The doctrine of 'effects' and the extraterritorial Application of Antitrust Law", 14 *Lawyer of the Americas* (1982), 23-59 ; Roger P. Alford, "The Extraterritorial Application of Antitrust : the United States and the European Community Approach", 33 *Virginia Journal of International Law* (1992), 1-50. *Alcoa* n'a pas cessé d'être cité avec approbation par la Cour suprême : *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 113 S Ct 2891, 2909 (1993).

Mais l'idée apparaît déjà à propos de la compétence pénale exercée par un Etat fédéré à l'égard d'un fait commis sur le territoire d'un autre Etat, avec l'intention de produire des effets dans l'Etat du for. *Strassheim v. Daily*, 221 US 280, 285 (1911) : *Acts done outside a jurisdiction, but intended to produce and producing detrimental effects within it, justify a state in punishing the cause of harm as if he had been present at the effect, if the state should succeed in getting within its power.*

²³ Voir les doutes soulevés sur ce point par M. Crawford (*Annuaire*, vol. 65-II, p. 148) et par Mrs Higgins (*ibid.*, p. 151).

²⁴ La détermination d'une compétence territoriale impose que l'on distingue deux questions. La première est un problème d'interprétation de la loi qui fait l'objet d'une présomption de territorialité, affirmée avec une grande force par le juge Holmes dans *American Banana Company v. United Fruit Cy*, 213 US 347, 357 (1909), et reprise dans *Lauritzen v. Larsen*, 345 US 571 (1953). Dans les deux arrêts il est précisé que, à défaut d'une telle présomption, les normes rédigées en termes généraux pourraient être appliquées à toutes les situations satisfaisant à l'hypothèse légale, quelle qu'en soit la localisation. Une deuxième question est de savoir si le droit international enferme dans les limites d'une stricte territorialité la compétence législative de l'Etat. Parcille question reçoit généralement une réponse négative des juridictions étatiques. Voir par exemple *Equal Employment Opportunity Commission v. Arabian American Oil Cy (Aramco)*, 111 S Ct 1227, 1230 (1991) : *Both parties concede, as they must,*

compétence personnelle dont le critère est en principe la nationalité. La compétence exercée par un Etat à l'égard de ses ressortissants qui se trouvent à l'étranger appartient-elle à la compétence extraterritoriale ou s'agit-il d'une figure diverse à laquelle serait étrangère la notion de territorialité et donc de non-territorialité. Faut-il faire une distinction selon

that Congress has the authority to enforce its laws beyond the territorial boundaries of the United States. Voir déjà dans le même sens : *Foley Bros, Inc. v. Filardo*, 336 US 281, 285 (1949). Il s'agit d'un "canon of construction" (*Foley*, 285) ou d'une "matter of statutory construction" (*Aramco*, 1230). Cela explique que le Sherman Act a pu recevoir une interprétation plus restrictive dans *American Banana* que, par la théorie des effets, dans *Alcoa* (note 23). La présomption de territorialité joue aussi bien pour l'interprétation d'un traité que pour celle de la loi. La Cour suprême des Etats-Unis en a déduit que la prohibition de refoulement de l'article 33 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés n'interdisait pas aux gardes-côtes fédéraux d'empêcher les Haïtiens fuyant leur pays de pénétrer dans les eaux territoriales américaines : *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 113 S Ct 2549 (1993). Combattue par une seule opinion dissidente, celle du juge Blackmun (2567), pareille interprétation signifie que le gouvernement d'un Etat contractant n'est pas tenu par ses obligations conventionnelles quand ses organes agissent en haute mer. Aux Etats-Unis, la même double question se pose pour la détermination du caractère exceptionnel de l'application "extraterritoriale" d'une loi d'Etat, qui peut susciter un problème de constitutionnalité analogue à la question de droit international. Mais un arrêt plus récent, *Hartford Fire Insurance Co., v. California*, 113 S Ct 2891 (1993), fait apparaître que la question demeure controversée à l'intérieur même de la Cour suprême.

La Cour de justice des Communautés européennes ne raisonne pas différemment quand elle se demande d'abord quel est le "domaine d'application territoriale de l'article 85" (27 septembre 1988, *Recueil*, par. 14, p. 5243) pour constater ensuite – assez sommairement, il faut bien le dire – que la compétence de la Communauté "est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu par le droit international public" (par. 18, p. 5243)

que le ressortissant d'un Etat a ou non acquis un domicile sur le territoire d'un autre Etat ? Que penser de la compétence exercée à l'égard d'une personne domiciliée dans un Etat mais se trouvant sur le territoire d'un autre Etat ou y ayant des biens ? La question est très pertinente en matière fiscale, la plupart des Etats soumettant à l'impôt les personnes domiciliées sur leur territoire, sans exclure de la taxation les biens ou les activités localisés à l'étranger.

La compétence personnelle s'exerce aussi sur les personnes morales mais en vertu d'un critère qui est de nature territoriale (le principal établissement ou le siège social) ou de nature administrative (l'enregistrement ou l'"incorporation"). Quand un Etat adresse à une société ayant sa "nationalité" et localisée sur son territoire une injonction tendant à lui faire accomplir un acte ou à s'abstenir d'un acte sur le territoire d'un autre Etat, de quel côté de la division factice entre la territorialité et l'extraterritorialité se trouve-t-on ?

Bien que la maîtrise d'un espace limité soit au coeur des compétences étatiques, il ne saurait plus être soutenu qu'un Etat peut faire n'importe quoi sur son territoire. L'incrimination du génocide, des traitements inhumains et dégradants, du racisme et, de manière plus générale, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont autant de restrictions en lesquelles le droit international contemporain enferme l'exercice du principe de territorialité. C'est dès lors un point sur lequel l'Institut pourrait avancer des vues prospectives dépassant le vieux débat de l'extraterritorialité. La tradition de l'Institut va en ce sens si l'on se souvient qu'à la première session qu'il a tenue après la seconde guerre mondiale il a adopté une Déclaration intitulée "Les droits fondamentaux de l'homme base d'une restauration du Droit International"²⁵. Cela justifierait aussi, comme certains membres de la 19e commission l'ont souhaité, que fût remis en question le concept de souveraineté. Il est d'autant moins satisfaisant de lier le rejet de l'extraterritorialité à une question de

²⁵ *Annuaire*, vol. 41, p. 1-13 (rapport de M. Charles De Visscher), p. 151-190 (délibérations en séance plénière), p. 258-260 (Déclaration).

souveraineté que l'agrément donné par un Etat à l'accomplissement d'actes de la puissance publique par les autorités d'un autre Etat sur le territoire du premier ne saurait suffire dans tous les cas à rendre ces actes légitimes.

B. Quelle est la place du concept de territorialité dans un espace transnational ?

L'image austiniennes du précepte juridique sous les traits d'un commandement (*a command*) accompagné de contrainte n'est sans doute pas la plus adéquate dans une société largement transnationalisée et profondément imprégnée de la valeur des droits fondamentaux.

Si banale que puisse paraître la constatation de la nature volatile des rapports économiques, des moyens de communication à distance, des transferts d'ordres de bourse, des mouvements de capitaux, de la diffusion des informations, elle demeure indispensable car les juristes n'ont pas encore perçu à quel point pareille évolution a frappé d'archaïsme le principe même de territorialité. Qu'on le regrette ou qu'on s'en réjouisse, l'Etat a perdu les principaux attributs de son pouvoir exclusif d'accomplir des actes de coercition sur son territoire : face à la nature fugitive et à la délocalisation des phénomènes qu'il entend maîtriser, il est inéluctablement entraîné à tenter de les poursuivre au-delà de ses frontières, ce qui rend si actuelle la problématique de la compétence dite extraterritoriale. Pour conserver son influence, l'Etat est conduit à nouer un nouveau type de rapports avec ses "sujets", rapports dans lesquels l'exercice plus ou moins spontané de la liberté a largement supplanté le schéma traditionnel de la contrainte. Par exemple, le droit public de l'économie manie les incitants, les aides ou les encouragements à l'investissement, et les nouveaux modèles de traités de développement économique offrent la garantie de l'Etat ou sa protection contre la renonciation à certaines formes d'exercice ultérieur de sa souveraineté.

Une institution traditionnelle du droit international privé, la loi d'autonomie, reprend ainsi toute sa vigueur et, par la conclusion de contrats

d'Etat (*state contracts*)²⁶, parfois renforcés d'un accord interétatique (*umbrella agreement*), l'Etat s'engage vis-à-vis d'un partenaire privé à limiter l'exercice de sa compétence territoriale²⁷. La catégorie de la volonté s'insère ainsi, tel un troisième critère de compétence étatique, entre la territorialité et la personnalité.

Thème rebattu aujourd'hui, la mondialisation (*globalization*) de l'économie, ce que la Cour de justice des Communautés européennes appelle la "dimension mondiale" du marché²⁸ devrait plutôt inciter à la recherche d'autres méthodes que les combats d'arrière-garde entre une définition figée de la territorialité et la réduction de toute opération d'extraterritorialité à une version plus raffinée du même concept.

C. Quelle est la nature de la contrainte dans un marché d'échanges généralisé ?

La notion de contrainte (*coercion*) est capitale pour les travaux de la dix-neuvième commission, mais elle comporte une série d'obscurités qu'il y a lieu d'éclaircir avant de considérer ce qu'il est convenu d'appeler la compétence coercitive de l'Etat (*jurisdiction to enforce*) comme s'il s'agissait d'un concept univoque. Les doctrines classiques qui, à travers Austin, remontent à Hobbes, Kelsen relayant Kant, lient le droit – par quoi est visé le droit étatique – à l'exercice de la contrainte (*Zwangsordnung*), étant sous-entendu qu'il s'agit d'actes matériels de coercion physique, dont la privation de liberté d'une personne et la saisie d'un bien demeurent les formes les plus assurées. Outre qu'il en est résulté une hésitation sur la qualité juridique du droit international auquel fait défaut ce modèle-là de

²⁶ Voir la résolution adoptée par l'Institut à sa session d'Athènes sur *La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangères*, *Annuaire*, vol. 58-II, p. 192.

²⁷ Voir F. Rigaux, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 213 (1989-I), p. 220-231.

²⁸ Arrêt du 27 septembre 1988, par. 12, p. 5242.

contrainte, pareille simplification ne fait pas moins obstacle à la correcte évaluation des limites en lesquelles est enfermée la compétence exécutive (*jurisdiction to enforce*) de l'agent d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat et, au premier chef, du choix du critère de localisation de la nature coercitive d'un tel acte.

Après qu'on a fait un sort aux actes de contrainte pure et simple, telles l'arrestation d'une personne ou la saisie d'un bien, il serait naïf de croire que cette première catégorie d'actes épouse le contenu de la notion de contrainte. Toutefois, la typologie des autres situations pertinentes pour une analyse complète de la compétence territoriale des Etats nécessite quelques développements.

G.H. von Wright a bien mis en relief la place relativement réduite qu'occupent les actes matériels de coercition dans un système universel de causalité. L'exercice de la contrainte physique est apte à rendre impossible l'accomplissement de certains actes, mais non à établir un rapport positif de causalité nécessaire²⁹. La peine privative de liberté est, comme son nom l'indique, la privation d'un bien, la liberté d'aller et venir, elle "enferme" la volonté du détenu dans une gamme de choix plus restreinte, mais qui n'est pas radicalement distincte de celle qui est offerte à l'être humain vivant en société. Le prisonnier se soumet à la discipline carcérale pour éviter des maux pires (être puni, mis aux fer ou au cachot), il consomme les aliments qui lui sont offerts pour ne pas mourir de faim, et l'on peut évoquer ici le problème de la grève de la faim des détenus, ultime refuge de leur liberté, et se demander si les autorités pénitentiaires ont le pouvoir de les alimenter de force ou de contraindre un prisonnier à subir un traitement médical³⁰. Si

²⁹ Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding* (London, Routledge and Kegan Paul, 1971), p. 146.

³⁰ *Washington v. Harper*, 109 S Ct 1337 (1989), suivi de l'opinion dissidente du juge Stevens, à laquelle se sont joints les juges Brennan et Marshall. Comp. *Riggins v. Nevada*, 118 L Ed 2d 479 (1992) et, dans la jurisprudence étatique, *Singleton v. State*, 437 SE 2d 53 (S. Carol., 1993). Dans la doctrine : Bruce J. Winnick, "The Right to Refuse Mental Health

quelqu'un s'empare de mon bras et en frappe autrui, je n'ai pas frappé et n'ai pas été constraint à le faire, mais bien si j'obéis à l'ordre de frapper, soit parce que le commandement vient d'un supérieur, soit parce que j'entends éviter un mal dont je suis menacé. Et à ce moment la qualité de l'auteur de l'injonction importe peu. Selon von Wright :

If I hand over my purse to the robber at gun-point, I do so in order to save my life or from some other teleological motive. "I was compelled" now means "Had I not done so, then something would have happened which I did not at any cost want to happen"³¹.

L'ordre du brigand, qui a aussi préoccupé Kelsen³² et d'autres théoriciens du droit, ne se distingue pas fondamentalement du "commandement" étatique : de même que le bandit peut m'enlever mon portefeuille par la force ou me le faire "intentionnellement" mais "non volontairement" remettre³³, l'Etat ne recouvre les impôts qu'exceptionnellement par la voie d'actes de coercition physique (la saisie de biens), la seule menace suffit le plus souvent et je paie mes impôts intentionnellement pour éviter des frais et des inconvénients supplémentaires, de manière plus exceptionnelle volontairement si, en bon citoyen, je suis convaincu de la nature civique de la charge fiscale. Il reste vrai que :

The actual exercise of physical force can have only limited use as a means of power... Normally ... we are referring to the threat of physical harm as a means of imposing one's will. Not imprisonment, but a *threat* of imprisonment, is the usual instrument of social power. Clearly,

Treatment : A First Amendment Perspective", 44 *Univ. of Miami Law Rev.* (1989), 1-103.

³¹ von Wright, p. 146-147.

³² *Théorie pure du droit* (trad. fr. par Ch. Eisenman de la 2e éd. de la *Reine Rechtslehre*), par. 6, c), p. 60-68.

³³ Felix E. Oppenheim, "Power and Causation", in *Power and Political Theory*, ed. by Brian Barry (John Wiley, London, 1976), p. 103-116, p. 105.

physical coercion in this sense is both a regular element in political power and quite susceptible to exchange analysis³⁴.

La dernière phrase de la citation qui précède mérite un surcroît d'attention. Quand la coercition est dépouillée de sa forme brutalement physique mais se borne à revêtir celle de la menace, elle entre dans un système d'échanges guidés par un intérêt rationnel, elle pénètre dans le marché, ce que Hayek a appelé *cataallaxy* :

From this we can form an English term *cataallaxy* which we still use to describe the order brought about by the mutual adjustment of many individual economies in a market. A cataallaxy is thus the special kind of spontaneous order produced by the market through people acting within the rules of the law of property, tort and contract³⁵.

Il n'est pas certain que l'ordre institué par le marché soit aussi "spontané" que le pensait Hayek car on pourrait le croire largement dominé par des rapports de force, où se laissent reconnaître tant les opérateurs économiques les plus puissants, que les tentatives de régulation des Etats.

D. Les trois formes d'exercice de la compétence étatique

Si traditionnelle et si commune qu'elle puisse paraître, la distinction classique entre les trois formes d'exercice de la compétence étatique, législative (*to prescribe*), juridictionnelle (*to adjudicate*), exécutive (*to enforce*) a cessé d'être raisonnablement applicable.

En ce qui concerne la première, il importe de distinguer deux modes d'exercice de la compétence législative, selon que la loi contient des

³⁴ Jack Lively, "The Limits of Exchange Theory" in *Power and Political Theory*, ed. by Brian Barry (John Wiley, London, 1976), p. 1-13, p. 8.

³⁵ F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, *The Mirage of Social Justice*, (1st ed., 1976, repr. 1989), p. 108-109.

dispositions substantielles applicables aux faits litigieux ou qu'elle énonce seulement une règle de conflit de lois. Quant une telle règle donne compétence au droit d'un autre Etat, la compétence de la *lex fori* n'a été exercée que de manière transitoire, la compétence juridictionnelle prenant le pas sur la compétence législative. En revanche quand par une règle de droit substantiel un législateur ordonne ou interdit un comportement, il place le destinataire de la norme devant un choix entre les conséquences respectives de l'obéissance à la règle ou de sa transgression. Si l'acte ou l'abstention se localise sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat à l'ordre juridique duquel la norme appartient, il n'est pas insolite d'attribuer à celle-ci un effet extraterritorial. Et si la conséquence qui s'attache à la non-observation de la norme de comportement ou d'abstention est de nature à causer un dommage sérieux aux intérêts économiques du destinataire de la norme, on peut reconnaître à celle-ci une nature coercitive au sens défini par Jack Lively dans le passage reproduit ci-dessus³⁶. En d'autres termes, il serait déraisonnable de limiter la coercition au seul exercice effectif d'une contrainte physique immédiate : dans une société de marché régie par le

³⁶ Il est symptomatique que dans un passage d'*Aramco* reproduit à la note 24 la Cour suprême des Etats-Unis utilise l'expression “the authority to enforce its law” pour désigner un pur exercice de la compétence législative, le seul énoncé d'une loi impérative étant de nature coercitive. Pareille affirmation paraît plus réaliste (et, sans doute, plus honnête) que la dérobade de la Cour de justice des Communautés européennes dans le premier arrêt *Pâte de bois*. Sans reprendre l'affirmation audacieuse de l'avocat général Darmon selon lequel prononcer une amende est un exercice de “la juridiction normative” (*Recueil* 1988, 5220), la Cour répond à “l'argument tiré du non-respect de la courtoisie internationale (*comitas gentium*)” que la Communauté peut “appliquer ses règles de concurrence” aux comportements sanctionnés (par. 22, p. 5244). Ainsi, prononcer une amende se réduirait à un pur exercice de la compétence normative. Comp. la note de Laurence Idot sous cet arrêt, *Rev. trim. dr. eur.* (1989), 345-359, 358 ; Jacqueline Dutheil de la Rochère, “Réflexions sur l'application extraterritoriale du droit communautaire”, *Mélanges Michel Virally* (Paris, Pedone, 1991), p. 281-295, p. 282.

droit, qui a réussi à substituer aux actes matériels d'intimidation ("l'ordre" du brigand) un système policé de récompenses ou de rémunérations (*rewards*), l'attrait de celles-ci suffit à mobiliser la volonté du destinataire de la norme et le conduit à choisir le moindre de deux maux. La force coercitive de normes de cette nature est d'autant plus intense que leur auteur est en mesure soit de fixer les conditions auxquelles un bien peut être contractuellement acquis, soit de menacer le destinataire de la norme de l'exercice d'une contrainte physique en un lieu où il a le monopole de celle-ci. L'exemple-type de la première de ces deux hypothèses est le contrat d'investissement où la relation de pouvoir risque d'être inversée entre un Etat et une entreprise, la seconde étant souvent en mesure de dicter les conditions du contrat. Et le contraste entre la contrainte (*coercion*) et le consentement (*consent*) risque de s'en trouver amoindri³⁷. La seconde hypothèse se vérifie quand une entreprise est menacée d'être privée de certains avantages dans le territoire d'un pays A (d'y exercer son activité ou d'y obtenir la conclusion de contrats) et, à la limite, y est exposée à la saisie de ses biens, si elle ne donne pas suite à l'ordre de faire quelque chose ou de s'en abstenir sur le territoire du pays B. En une telle hypothèse il paraît difficile de dénier à l'injonction relative à la conduite à tenir dans le pays B une nature coercitive, bien que les autorités du pays A n'aient pas le pouvoir – et n'entendent pas se l'arroger – d'exercer un acte de contrainte physique ou matérielle sur aucun territoire autre que le leur. Il est dès lors permis de conclure que la notion de compétence exécutive (*jurisdiction to*

³⁷ On se reportera sur ce point à certaines analyses de l'école réaliste américaine et de juristes appartenant au mouvement dit des "critical legal studies". Voir par exemple : Duncan Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", 41 *Maryland Law Review* (1982), 563-658, 568-581, 620-623 ; Boaventura de Sousa Santos, "On Modes of Production of Law and Social Power" 13 *International Journal of the Sociology of the Law* (1985), 229-336, 319 ; Alan Hunt, *Explorations in Law and Society* (Routledge, New York, London, 1993), p. 53, p. 62-65, p. 75-88.

enforce) inclut une gamme de sens divers³⁸ : acte physique de coercition (rarissime), menace de l'accomplissement d'un tel acte, avec la variante que la mesure faisant l'objet de la menace se localiserait dans un pays alors que le comportement auquel elle entend inciter doit avoir lieu dans un autre pays, offre d'une alternative entre deux comportements dont l'un a pour conséquence une peine et l'autre une récompense, offre d'un choix entre deux maux ou entre deux rémunérations...

Non seulement il existe une gamme à peu près infinie de formes de contrainte, mais l'efficacité de la menace et la force de persuasion du précepte diffèrent selon les qualités respectives de l'auteur de la norme ou de l'injonction et de son destinataire et du type particulier de relations qu'ils entretiennent à un moment déterminé du temps.

Puisque le thème assigné à la dix-neuvième commission a pour objet la compétence des Etats, commençons par ceux-ci. Il serait banal de répéter que les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies, en dépit de leur égalité souveraine, sont d'inégale puissance, militaire ou économique. Ce qu'on entend affirmer est différent, à savoir que le droit en vigueur en certains Etats déploie une force coercitive supérieure à celle qui émane d'autres Etats. Dans la perspective qui a été choisie et qui consiste à assimiler la menace de la contrainte à son exercice effectif, pareille observation est d'autant plus décisive que les maux auxquels est exposé le destinataire de la norme accusé d'une violation de celle-ci seront moins une peine (de prison ou d'amende) que la privation d'avantages (*rewards*), et qu'un Etat puissant est maître d'accorder ou de refuser un nombre de récompenses beaucoup plus élevé que la plupart de ses congénères.

³⁸ Comp. la distinction tripartite proposée par Neil MacCormick, *Legal Rights and Social Democracy* (Clarendon Press, Oxford, 1982), p. 233 : *coercion by direct threat*, *direct physical coercion*, *coercion by indirect threat*, la dernière catégorie incluant le chantage, la rançon ; comp. encore Oppenheim, *loc. cit.* (note 34), p. 105 : *influence through persuasion*, *physical coercion*, *actual punishment*.

Mais la puissance ou le pouvoir de négociation (*bargaining-power*) des personnes relevant de la compétence étatique n'est pas moins inégalement réparti que l'intensité de la puissance publique. Il s'établit dès lors une dialectique subtile mettant en présence des partenaires de nature différente dont les forces respectives parviennent parfois à s'équilibrer tandis qu'en d'autres cas le plus fort n'est pas celui que désignerait le prestige souvent illusoire de la majesté étatique.

Pour une évaluation correcte des phénomènes groupés sous la notion ambiguë de compétence extraterritoriale, il faut aussi tenir compte du concept de personnalité de la loi. L'Etat qui exerce sa compétence sur un de ses ressortissants absent du territoire national est en droit d'en attendre un respect plus attentif de ses lois, même si l'injonction prise en exécution de celles-ci a pour objet un acte ou une omission localisé en dehors dudit territoire. Non seulement parce que le citoyen a un devoir d'allégeance ou de loyauté³⁹ auquel l'étranger est soustrait mais aussi parce que le pouvoir coercitif de l'Etat, est, en raison de la permanence du lien qui l'unit à l'un de ses ressortissants, plus persuasif quand il s'exerce à l'égard d'une personne dont on peut présumer qu'elle a des biens dans son pays d'origine ou désire conserver la possibilité d'y retourner sans y être exposé à la menace d'une peine effective.

Certaines formes d'exercice de la compétence juridictionnelle ne se laissent pas toujours clairement distinguer de la compétence exécutive. Que les tribunaux d'un Etat soient valablement saisis de litiges n'ayant aucun lien avec le territoire de cet Etat (par exemple, en vertu du principe de

39 Clairement affirmé dans *Cook v. Tait*, 264 US 895 (1924), *Blackmer v. United States*, 284 US 421 (1932), *Skiriotes v. Florida*, 313 US 69, 73 (1941), *Vermilya-Brown Co. v. Connell*, 335 US 377, 381 (1948). Dans une affaire indienne récente, la Cour suprême des Etats-Unis a rappelé à titre d'*obiter dictum* que l'exercice de la compétence fiscale d'un Etat s'étendait à tous les revenus d'une personne résidant sur son territoire, quelle que fût la localisation de la source des revenus : *Oklahoma Tax Commission v. Chickasaw Nation*, 132 L Ed 2d 400, 412 (1995).

personnalité) ou n'ayant que des liens ténus ou distants (par exemple, en application de la théorie des effets) n'est peut-être pas, comme tel, contraire au droit international. Selon l'arrêt du *Lotus* que la plupart des membres de la dix-neuvième commission tiennent pour une expression non périmée de l'état du droit international⁴⁰, un Etat peut, sauf disposition prohibitive contraire, exercer dans son territoire une compétence administrative ou juridictionnelle sur une situation se rattachant à un autre Etat. Encore faut-il être en mesure de distinguer du rapport de causalité entre deux événements du monde physique (l'abordage dans le cas du *Lotus*) les éléments immatériels que la théorie des effets (implicitement c'est-à-dire de manière honteuse) entérinée dans l'arrêt *Pâtre de bois*⁴¹ s'efforce d'enfiler les uns derrière les autres. Pour ce faire, la Cour de justice des Communautés européennes recourt à une notion impalpable, celle de "mise en oeuvre" (*implementation*) qui permettrait de localiser dans le territoire

⁴⁰ Comp. sur ce point le paragraphe 52 de l'avis consultatif du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, et les paragraphes 12 à 15 de la déclaration jointe par le président Bedjaoui à cet avis. Ce n'est pas manquer de respect pour l'autorité de la Cour que d'inclure dans la doctrine de l'arrêt du *Lotus* les opinions dissidentes qui critiquent la solution de la majorité. Le nombre de ces opinions et la qualité de ceux qui les ont émises (notamment le vice-président et un ancien président de la Cour) mériteraient déjà qu'il y fût prêté plus d'attention qu'une lecture expéditive de l'arrêt ne le fait généralement. Elles attestent à tout à le moins que la question de "la compétence extraterritoriale des Etats" n'était pas moins controversée il y a soixante-dix ans qu'elle ne l'est aujourd'hui.

⁴¹ La plupart des commentateurs sont d'accord sur ce point, notamment : Idot (note 37), p. 350 ; Dutheil (note 37), p. 285, p. 289 ; Dieter G.F. Lange and John Byron Sandage, "The *Wood Pulp Decision* and its Implications for the Scope of EC Competition Law", 26 *Common Market LR* (1989), 137-165, 137, 155, 164 ; Evan Breibart, "The Wood Pulp Case : the Application of European Economic Competition to Foreign Based Undertaking" 19 *Georgia J. Intern. and Comp. L.* (1989), 149-173, 149-150, 165.

de la Communauté le comportement de producteurs étrangers dont il n'est même pas nécessaire de démontrer "qu'ils aient fait appel ou non à des filiales, agents, sous-agents ou succursales établis dans la communauté"⁴².

Le même élément d'immatérialité caractérise la citation à comparaître devant un tribunal ou la convocation pour se présenter à une autorité administrative. Il s'agit d'actes coercitifs en raison de la double menace qui les accompagne : celle d'être exposé à une condamnation ou à une mesure au terme de la procédure mais déjà celle de subir une peine pour défaut de comparution⁴³. Même si le destinataire de la citation, de la convocation ou de la condamnation se tient éloigné du territoire sur lequel l'autorité dont elle émane exerce un pouvoir de coercition physique ou qu'il n'y possède aucun bien, il reste exposé à une menace virtuelle et, en tout cas, au risque de devoir obtempérer à la décision étatique s'il veut agir ou être présent dans l'ordonnancement juridique dont il s'est exclu par son défaut de comparaître.

Telle qu'elle vient d'être analysée, la pratique admise se situe aux confins de la territorialité et de l'extraterritorialité : du côté de la première puisqu'aucun acte de coercition physique n'est accompli en dehors du territoire de l'Etat exerçant l'une de ses compétences et que la menace d'un tel acte est proférée dans le même territoire où se localiseraient son éventuelle mise à exécution ; du côté de l'extraterritorialité puisqu'une personne (physique ou morale) est exposée à une telle menace en raison d'un comportement qui était irréprochable selon la loi du pays où elle a agi et alors qu'elle n'a aucun devoir d'allégeance quelconque à l'égard de l'Etat

⁴² Arrêt, par. 17, p. 5243. Les auteurs cités à la note précédente ont été critiques à l'égard de l' "implementation standard" : Lange/Sandage, p. 160 ; Breibart, p. 166-168 ; Dutheil, p. 292. Voir encore P.M. Roth, "Reasonable Extraterritoriality : Correcting the 'Balancing of Interests'", 41 *ICLQ* (1992), 245-286, 261.

⁴³ Le refus de comparaître ou de témoigner justifiant une condamnation pour *civil contempt of court* : *In re Grand Jury Proceedings, United States v. The Bank of Nova Scotia*, 691 F 2d 1384 (11th Cir., 1982).

ayant fondé sa compétence sur des critères qui lui sont propres. Si le destinataire de la mesure est une personne ou une entreprise qui souhaite entretenir ou nouer des relations économiques dans un espace relevant de la souveraineté de l'Etat ayant exercé sa compétence, elle aura le choix entre deux maux : ou s'abstenir de telles relations ou obtempérer à l'injonction. On ne saurait dénier à l'action de l'Etat toute nature coercitive.

La pratique étatique des dernières années révèle encore des hypothèses plus complexes de situations confinant à l'extraterritorialité.

Un premier cas, relativement simple, a pour objet la forme de la citation à comparaître devant une juridiction ou devant une autorité administrative. Si la convocation ne peut être remise à la personne du destinataire, elle doit en principe être adressée par la voie diplomatique ou nécessiter la coopération des autorités du pays où réside le destinataire. La voie postale qui a parfois été utilisée n'est pas tolérée par certains Etats à défaut d'accord du pays dont l'administration postale assume la délivrance du pli⁴⁴.

Il est arrivé aussi que la comparution devant les tribunaux d'un Etat ait été interdite par les juridictions d'un autre Etat décernant à cette fin une *antisuit injunction*⁴⁵. Quoi qu'on puisse penser de la conformité d'une telle mesure au droit international et de la riposte de l'*anti-antisuit injunction*⁴⁶, il paraît indéniable qu'elle est une immixtion dans le fonctionnement de la justice de l'Etat dont elle s'efforce de paralyser le fonctionnement. Correctement analysée, l'*antisuit injunction* consiste à interdire à une personne de faire sur le territoire d'un autre Etat ce que la loi de cet Etat requiert. Sans doute épouse-t-elle ses effets coercitifs immédiats sur le territoire de l'Etat où elle a été décernée, mais l'élément d'extraterritorialité qu'elle comporte est différent de celui qui accompagne la citation qui y a

⁴⁴ Voir notamment sur ce point les observations de M. Salmon (*Annuaire*, vol. 65-II, p. 157) et de M. Seidl-Hohenveldern (*ibid.*, p. 158).

⁴⁵ Voir les références dans F. Rigaux, *op. cit.* (note 28), N° 213-215.

⁴⁶ *Ibid.*, N° 215.

donné naissance : quand une personne est invitée à comparaître devant la juridiction ou l'autorité d'un Etat autre que celui de sa nationalité ou de sa résidence on ne saurait soutenir qu'il s'instaure un conflit entre les deux ordres juridiques. Au contraire, l'*antisuit injunction* comme les *blocking statutes* impliquent la prise de conscience par un Etat du fonctionnement de l'ordre juridique d'un autre Etat, accompagnée de la volonté de contrecarrer l'action des autorités compétentes, mais par une voie indirecte, à savoir la compétence exercée sur le destinataire de la mesure litigieuse. Pour que les contre-mesures (*blocking statutes* ou *antisuit injunction*) soient compatibles avec le droit international est-il nécessaire de démontrer que la compétence étatique qu'elles s'efforcent de désarmer est elle-même contraire au droit international ? Ou peut-on estimer que mesures et contre-mesures ainsi situées aux confins de la territorialité et de l'extraterritorialité ne sont pas contraires au droit international à défaut de norme prohibitive dont la réalité resterait à démontrer ?⁴⁷

Le règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil de l'Union européenne portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant⁴⁸ est un exemple actuel de riposte européenne au Helms-Burton Act et au D'Amato Act, il s'agit de contre-mesures (*blocking statute*). Si des personnes ou des entreprises relevant de la compétence de

⁴⁷ En ce sens : sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Affaire dite de la rupture de charge en matière de trafic aérien (*France c. Etats-Unis*), 33 *Rev. franç. droit aérien* (1979), 460, 486.

⁴⁸ JOCE n° L 309/1, 29 novembre 1996. Voir Brigitte Stern, "Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy" *Revue gén. dr. int. public*, 1996, 879-1004 ; Andreas F. Lowenfeld, "Congress and Cuba : The Helms-Burton Act", 90 *Am. J.Int.L.* (1996), 419-434 et la réponse de Brice Lagett, *ibid.*, 434-440 ; Henri Lesguillon, "Les lois Helms-Burton et D'Amato : réactions de l'Union européenne", *RDAI*, 1997, 95-111 ; Jardi Sellarés Serra, "Nota sobre la Cuban and Democratic Solidarity Act (Libertad) Act of 1996, Mès conocida como Ley Helms-Burton", 96 *Revista Jurídica de Catalunya* (1977), 53-69.

la Communauté au sens de l'article 11 du Règlement devaient être attraites devant un tribunal américain en vertu du titre III du Helms-Burton Act, elles se trouveraient prises en tenailles entre les sanctions du droit américain et celles que les Etats membres de l'Union européenne sont tenus de prendre en exécution de l'article 9 du Règlement. Le Canada⁴⁹ et le Mexique⁵⁰ ont également adopté des *blocking statutes* ayant précédé d'un mois le règlement européen du 22 novembre 1996. Le Helms-Burton Act fit ensuite l'objet d'une loi cubaine portant réaffirmation de la dignité et de la souveraineté du Cuba⁵¹. La riposte du Comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains n'a pas été moins vigoureuse⁵².

Une troisième série d'hypothèses a pour objet les *pre-trial discoveries* pratiquées par les tribunaux américains et tendant à réunir des preuves dont le demandeur ne dispose pas encore mais que des investigations ordonnées par le juge lui permettraient d'obtenir. Aucune difficulté aussi longtemps que les éléments de preuve se localisent sur le

⁴⁹ Foreign Extraterritorial Measures Act Incorporating the Amendments Countering the Helms-Burton Act, october 9, 1996, 36 *ILM* (1997) 111. Voir notamment : Saturnino E. Lucio II, "The Cuban and Democratic Solidarity (Libertad Act) of 1996 : An Initial Analysis", 27 *Univ. of Miami Inter-American LR* (1995-96), 325-392.

⁵⁰ Ley de protección al comercio y la inversión de normas extranjeras que contravengan al derecho internacional, *Diario Oficial de la Federación*, 13 octobre 1996, 9-10. Traduction anglaise dans 36 *ILM* (1997), 133.

⁵¹ Reaffirmation of Cuba Dignity and Sovereign Act, December 24, 1996, 36 *ILM* (1997), 472. Ce texte met évidemment l'accent sur l'atteinte apportée à la souveraineté de la République par la prétention de définir les conditions de rétablissement de la démocratie dans ce pays élevée par le législateur d'un autre Etat.

⁵² Organisation of American States : Inter-American Juridical Committee Opinion Examining the U.S. Helms-Burton Act, 35 *ILM* (1996), 1322. La partie B de l'Opinion énonce une série de normes de droit international relative à la compétence extraterritoriale dont l'Institut pourrait, le cas échéant, s'inspirer.

territoire de l'Etat dont les tribunaux sont saisis, même si le défendeur est étranger et réside à l'étranger alors que la compétence territoriale de ces tribunaux est solidement établie. Telle l'action en responsabilité exercée devant les tribunaux du lieu d'un accident contre le fabricant d'un produit fabriqué dans un autre pays. Mais le juge saisi peut-il enjoindre au défendeur de produire des documents localisés dans le pays étranger où il réside ?⁵³ Il y a au moins deux manières de répondre à cette question.

A défaut de traité d'entr'aide judiciaire entre les deux Etats, il y a certes un élément coercitif dans la décision ordonnant la production de documents qui ne se trouvent pas dans un territoire soumis au pouvoir d'exécution matérielle du juge. Mais le destinataire de l'injonction est un peu dans la situation du conducteur qui refuse de se soumettre au prélèvement de sang pouvant démontrer son état d'ivresse ou de la victime d'un accident qui se soustrait à l'examen médical ordonné par le juge : à défaut d'obtenir la preuve à l'administration de laquelle il ne peut légalement contraindre, le juge pourra déduire du comportement du défendeur des conséquences juridiquement défavorables à ce dernier⁵⁴. Il s'agit d'un acte de coercition imposant à celui qui y est soumis le choix entre deux maux : *between the devil and the deep sea.*

Dans *Société internationale* (note 55) la Cour suprême des Etats-Unis a admis qu'une société étrangère partie à une action devant les

⁵³ Pour une critique de l'extension des *pre-trial discoveries* à des documents se trouvant sur le territoire d'un Etat étranger, voir Lord Diplock dans *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.* [1985] 1 AC 57, 78-79 avec référence à : *In re Westinghouse Electric Corporation Uranium Contract, Litigation MDL, Docket N° 235 (Nos 1 and 2)* [1978] AC 547. Dans ce dernier arrêt, Lord Wilberforce (616-617) et le Viscount Dilhorne (631, 639) y voient un conflit entre les intérêts respectifs du Royaume-Uni et des Etats-Unis.

⁵⁴ Les dernières considérations de *Société internationale pour participations industrielles et commerciales, S.A. v. Rogers*, 357 US 197, 212-213 (1958), sont très nettes en ce sens.

tribunaux américains ne pouvait être contrainte à produire des documents localisés en Suisse dont la divulgation était pénalement réprimée par la loi suisse et alors qu'aucune preuve de collusion entre cette entreprise et le gouvernement étranger n'était établie.

Si les deux Etats sont liés par un traité d'entr'aide judiciaire, il dépend de l'interprétation qui y est donnée que les procédures de coopération conventionnelles soient exclusives de toutes autres. Selon un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis⁵⁵, l'existence d'un tel traité ne fait pas obstacle à ce que les procédures du droit matériel interne soient préférées par le juge saisi du litige.

E. Intérêts et conflits d'intérêts

En raison de la place occupée par la notion d'intérêts dans les travaux antérieurs de la 19e Commission et notamment dans les articles 4 et 9 du projet de résolution discuté en séance plénière à la session de Milan⁵⁶ il convient d'approfondir cette notion.

Sans entrer dans les mérites d'une morale utilitariste, il est permis d'éliminer du type de problèmes faisant l'objet de nos travaux deux séries de motivations, l'oblation du martyr et la destruction haineuse, non qu'elles soient totalement irréductibles à une forme d'intérêt ou de calcul, ni qu'elles soient foncièrement irrationnelles, mais parce qu'elles ne répondent pas à l'idéal d'un marché d'échange généralisé réglé par le droit. Si l'on transposait aux relations d'une économie universelle le modèle ultra-libéral de Hayek, on pourrait supposer que la libre concurrence d'intérêts économiques divergents est à l'origine d'un "ordre spontané" (*spontaneous order*). Deux éléments conduisent à jeter le doute sur ce schéma simplificateur. D'une part, les Etats entendent agir sur le marché afin de le

⁵⁵ *Aérospatiale v. United States District Court*, 482 US 107 (1987). Mais la décision n'a été prononcée qu'à une faible majorité (5 - 4). Voir F. Rigaux, *op. cit.* (note 28), N° 226.

⁵⁶ *Annuaire*, vol. 65 II, p. 137-139.

rendre plus conforme aux intérêts de la société dont ils se tiennent responsables. D'autre part, certains opérateurs économiques ont acquis une telle puissance leur permettant d'abuser de leur position de monopole que l'Etat a dû intervenir pour restreindre cette puissance, telle est l'origine du droit de la concurrence (*antitrust law*), du contrôle des pratiques commerciales abusives, de l'assainissement des marchés financiers par la lutte contre les délits d'initiés (*insider trading*). En outre, une économie parallèle, notamment le trafic d'armes et de stupéfiants, occupe une place décisive dans les échanges internationaux, et l'argent sale qui s'en dégage est promptement recyclé dans les circuits économiques et financiers conformes à la loi, en manière telle que la frontière entre les deux secteurs économiques devient fluctuante. Ici encore, une action énergique de l'Etat est indispensable même si elle n'a guère eu de succès jusqu'ici. On aura reconnu au passage les principaux domaines du droit économique dans lesquels certains Etats se sont crus autorisés à étendre – ou à s'efforcer d'élargir – le domaine territorial de leur compétence.

Tout autant que la notion de coercition le concept d'intérêt a besoin d'être approfondi et élucidé. Une première distinction a déjà été formulée, celle qui sépare les intérêts individuels des intérêts collectifs représentés et gérés par l'Etat ou assumés, le cas échéant, par une organisation supraétatique, telle l'Union Européenne. Mais aucune des ces deux catégories n'est elle-même homogène. Quant à la première, elle inclut des opérateurs économiques de taille et de puissance très différentes, et certains se localisent dans des entités sans personnalité juridique, tels les groupes de sociétés. On ne saurait non plus négliger certains intérêts propres à la personne humaine et internationalement reconnus, notamment les diverses garanties de la liberté individuelle. Or, comme l'ont illustré quelques exemples récents, "la guerre"⁵⁷ menée contre le crime organisé risque de servir de prétexte à la violation de ces libertés.

⁵⁷ L'observation en fut déjà faite par le juge Felix Frankfurter dans son opinion dissidente sous *On Lee v. United States*, 343 US 747, 758 (1952) : *Loose talk about war against crime too easily infuses the administration of justice with the psychology and morale of war.*

Les intérêts collectifs sont encore plus diversifiés que les intérêts privés. En effet, les politiques étatiques sont conflictuelles, soit parce qu'elles sont en compétition pour atteindre chacune pour soi le même objectif – conquérir un marché d'exportation, lutter contre le chômage, équilibrer leur balance de paiement – soit parce qu'elles visent des buts contradictoires : éliminer les effets pervers de la concentration d'entreprises ou adopter à l'égard de celles-ci une attitude plus libérale, lutter contre le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale, la fuite des capitaux ou favoriser le développement d'une place financière, interdire pour des raisons de politique extérieure le commerce avec certains Etats ou ne pas soustraire de telles opérations à l'économie de marché, etc. Le premier type de conflit d'intérêts interétatique présente les traits d'une partie à somme nulle (*zero-sum game*) puisque ce que gagne l'un est perdu par l'autre. Toutefois, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les Etats ont découvert qu'ils avaient des intérêts convergents, non conflictuels, qu'ils devaient s'efforcer de poursuivre en commun et en collaborant les uns avec les autres. Tels sont le maintien de la paix et la répression des crimes contre l'humanité et des violations les plus graves des droits fondamentaux ainsi que la lutte contre le terrorisme, la piraterie aérienne, le trafic de drogues, les réseaux de prostitution, le recrutement de mercenaires. Dans ces domaines, les instruments internationaux universellement obligatoires et dotés d'effectivité sont insuffisants et incomplets tandis que l'attachement persistant des Etats à ce qu'ils tiennent pour leur souveraineté et la diversité des règles procédurales font obstacle à la coopération judiciaire internationale.

Une réflexion plus approfondie sur la notion d'intérêt paraît d'autant plus recommandable qu'une des questions qui ont divisé l'Institut, tant en séance plénière à Milan qu'aux réunions de la dix-neuvième commission à Lisbonne, avait pour objet la disposition de l'article 4, I, de l'ancien projet de résolution invitant les Etats à exercer leur compétence extraterritoriale de manière raisonnable et en tenant en équilibre les intérêts respectifs des Etats concernés (*while balancing the interests of the States concerned*). Plusieurs confrères ont pensé que la directive donnée par la notion

d'exercice "raisonnable" d'une compétence⁵⁸ est trop vague pour être utile et qu'un tribunal étatique est inapte à arbitrer sereinement un conflit d'intérêts entre l'Etat au nom duquel il rend la justice et un Etat étranger⁵⁹. Toutefois, la seconde objection perd une partie de sa force si la méthode de pondération des intérêts se déplace du conflit interétatique vers l'équilibre à maintenir entre deux intérêts concurrents de l'Etat du for : l'intérêt à poursuivre aussi loin que possible (c'est-à-dire en dehors même du territoire de l'Etat du for) une politique économique nationale peut être contrebalancé par la volonté de favoriser la participation des entreprises nationales à un marché devenu universel, ce qui requiert une considération minimale pour les intérêts ou la susceptibilité des autres Etats⁶⁰.

⁵⁸ Elle est cependant traditionnelle en droit américain. Voir par exemple la section 421, 1) du Restatement Third Foreign Relations Law et dans la doctrine : René Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law* (Nijhoff, 1967) ; Rudolph J. Peritz, "The Rule of Reason in Antitrust Law : Property Logic in Restraint of Competition", 40 *Hastings Law Journal* (1989), 285-342 ; P.M. Roth (note 43), article dont le titre contient les mots "reasonable extraterritoriality".

⁵⁹ La méthode du *balancing test* trouve son origine dans le droit constitutionnel et les conflits interterritoriaux. Voir les références dans F. Rigaux, *op. cit.* (note 28), pp. 128-135. Son application à un conflit entre l'intérêt de l'Etat du for et celui d'un Etat étranger est beaucoup plus problématique. Elle apparaît en droit antitrust dans *Timberland Lumber Co. v. Bank of America National Trust and Savings Association*, 549 F 2d 597, 614 (9th Cir., 1977). Elle a été entérinée dans la section 403, 3 du Restatement Third Foreign Relations Law. Mais l'application de la méthode a été mise en doute par plusieurs juges américains, notamment par les quatre opinions dissidentes dans *Aérospatiale v. United States District Court*, 482, 554-568, US 107 (1987) et dans *Laker Airways Ltd. v. Sabena*, 731 F 2d 909, 948-955 (DC Cir. 1984).

⁶⁰ Voir par exemple *The Bremen v. Zapata Offshore Co*, 407 US 1, 9 (1973) ; *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506 (1974) ; *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 US 614, 638 (1985).

La jurisprudence américaine dont certains courants semblent avoir inspiré le projet de résolution présenté à la session de Milan est loin d'être unanime sur une question centrale pour les travaux de la dix-neuvième commission. Dans *Hartford Fire Insurance, Co. v. California*, il a été décidé à une faible majorité (5 - 4) que les réassureurs anglais de risques localisés aux Etats-Unis étaient justiciables des tribunaux américains (ce qui n'était pas contesté par l'opinion minoritaire) et soumis à la section 1 du Sherman Act pour leur participation à une action concertée (*conspiracy*) ayant des effets sur le marché américain⁶¹. L'argumentation de cette catégorie de défendeurs a été rejetée pour le motif qu'il n'existant pas de conflit entre le droit américain et le droit anglais : un tel conflit n'aurait été vérifié que si le comportement réprimé par le droit américain avait été obligatoire selon le droit étranger⁶².

L'opinion dissidente du juge Scalia, à laquelle se sont joints les juges O'Connor, Kennedy et Thomas ne limite pas la notion de "conflit de lois" à la seule contrariété de commandements antinomiques, elle y inclut le choix de la loi applicable au sens traditionnel du droit international privé. Reprenant la distinction déjà évoquée (*supra*, note 25), le juge Scalia soumet à un critère rigoureux de territorialité la compétence législative ("jurisdiction to prescribe"). Sans dénier le pouvoir du Congrès de légiférer sur des faits localisés à l'étranger, il estime qu'à défaut de volonté contraire du législateur, il faut respecter ce qu'il appelle "*prescriptive comity*", c'est-à-dire le respect mutuel que se doivent des Etats souverains dans la détermination de leur compétence législative. Non seulement le droit international est un simple argument à l'appui de l'interprétation de la volonté du législateur national⁶³, mais l'idée du conflit d'intérêts n'est pas

⁶¹ 112 S Ct 2891 (1993). Rédigée par le juge Souter, l'opinion de la majorité a, sur cette question particulière, été approuvée par le Chief Justice Rehnquist et par les juges White, Blackmun et Stevens. Pour une évaluation critique, Voir : Kenneth W. Dam, "Extraterritoriality in an Age of Globalization : The Hartford Fire Case", 1993 *Supreme Court Review*, 289-328.

⁶² 112 S Ct 2910-2911.

⁶³ *In sum, the practice of using international law to limit the extraterritorial reach of statutes is firmly established in our jurisprudence*

absente du raisonnement⁶⁴.

Il est symptomatique que dans son arrêt du 27 septembre 1988, la Cour de justice des Communautés européennes a adhéré à la même conception étriquée du conflit de lois que la majorité de la Cour suprême des Etats-Unis dans *Hartford*. Ce faisant, la Cour se dérobe à la nécessité de trancher le conflit entre "des ordres contradictoires" (par. 19) en se bornant à dénier l'existence du conflit de commandements allégué (par. 20).

F. Les groupes transnationaux de sociétés

La seule existence de groupes transnationaux de sociétés introduit un élément de disruption dans le fonctionnement de systèmes juridiques gouvernés par la répartition des compétences étatiques selon les deux critères de la personnalité et de la territorialité. Comme le groupe transnational de sociétés se compose d'entités juridiquement distinctes et ayant des nationalités différentes mais qui sont coalisées par leur commune dépendance d'une société-mère⁶⁵, il n'est pas aisément de déterminer leur allégeance personnelle. Même la nationalité de la société dominante est, pour une part, une notion évasive, de bons observateurs ayant attribué à une entreprise dont les intérêts sont diffusés dans le monde entier (*global corporation*) une apatriodie spécifique (*cosmocorp*)⁶⁶.

Inversement, le critère de territorialité est souvent impuissant à fixer une réalité aussi fluide que le transfert de biens, de services et d'activités d'un territoire à l'autre sous le couvert de la planification globale

(112 S Ct 2920).

⁶⁴ Il faut éviter *sharp and unnecessary conflict with the legitimate interests of other countries - particularly our closest trading partners* (112 S Ct 2922).

⁶⁵ Voir notamment l'article I, 1, de la résolution de Lisbonne, *Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres*.

⁶⁶ Voir G.W. Ball, "Cosmocorp : the importance of being stateless", 6 *The Atlantic Community Quarterly* (1968-1969), 163-170.

du groupe transnational de sociétés. Des résolutions antérieures de l'Institut auxquelles il importe assurément de se référer, ont déjà abordé le problème des entreprises transnationales, notamment la résolution d'Oslo du 7 septembre 1977 sur *Les entreprises multinationales* et celle de Lisbonne du 1er septembre 1995 sur *Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres*⁶⁷. Toutefois, les travaux de la dix-neuvième commission ont un objet plus précis : comment insérer des opérateurs économiques aussi influents et résistant aux critères traditionnels de personnalité et de territorialité dans un système s'efforçant d'enfermer en des limites appropriées ce qu'il est convenu d'appeler la compétence extraterritoriale des Etats ?

La relation de pouvoir qui informe le mécanisme planificateur d'un groupe transnational de sociétés a incité les Etats à deux séries de mesures dont l'effet extraterritorial a besoin d'être approfondi.

D'une part, l'Etat auquel se rattache la société-mère (*parent company*) peut la soumettre à un devoir d'information sur l'activité globale du groupe et, inversement, l'Etat sur le territoire duquel est établie la filiale (*subsidiary*) d'une entreprise étrangère peut imposer à la première une obligation d'information relative au groupe auquel elle appartient. Ayant fait l'objet des principes 5 et 6 de la résolution de Lisbonne, ces problèmes ne doivent pas être repris par la dix-neuvième commission.

D'autre part, certains Etats ont conçu le système de pouvoir qui assure la cohésion d'un groupe transnational de sociétés comme un relais de leur propre autorité. Cela se vérifie dans la matière de la compétence judiciaire : la filiale (et pas seulement la succursale) d'une entreprise étrangère dans l'Etat du for justifie la compétence des tribunaux de cet Etat et la citation en justice peut être valablement adressée à la société-mère au lieu et en la personne de sa filiale⁶⁸. La recherche des preuves et le *pre-trial*

⁶⁷ *Annuaire*, vol. 57, t. II, p. 338, vol. 66, t. II, p. 462.

⁶⁸ Voir l'interprétation donnée à l'article 5, 5°, de la Convention du 27 septembre 1968 entre les Etats membres de la CEE concernant la

discovery sont aussi adaptés en fonction d'un groupe transnational de sociétés : il est ordonné à la filiale ou à la succursale d'une société étrangère de produire des éléments de preuve détenus à l'étranger par la société-mère⁶⁹. On notera sur quel point cette hypothèse se distingue de celle qui a déjà été rencontrée : l'élément d'extraterritorialité se limite à la localisation des documents réclamés, en revanche le destinataire de l'injonction est réputé se trouver présent sur le territoire de l'Etat du for, par l'intermédiaire d'une entité juridiquement distincte et ayant la nationalité du même Etat.

La plus contestée de pareille utilisation par un Etat du réseau de pouvoir transnational que lui offre un groupe de sociétés se vérifie quand l'Etat de la société-mère impose à celle-ci d'ordonner à ses filiales étrangères de s'abstenir d'une activité jugée contraire à un intérêt économique ou politique de cet Etat. Une situation de ce type s'est vérifiée à de nombreuses reprises, notamment dans l'affaire Fruehauf⁷⁰, dans l'affaire dite du gazoduc sibérien⁷¹ et lors du blocage d'avoirs syriens ou iraniens dans les filiales étrangères de banques américaines⁷². La plupart de ces mesures ont suscité la protestation vigoureuse des Etats intéressés (et de la CEE) alléguant qu'elles portaient atteinte à leur souveraineté territoriale⁷³,

compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale par la Cour de justice des Communautés européennes, 9 décembre 1987, aff. 218/86, *Soc. SAR Schotte GmbH c. Soc. Parfums Rothschild, S.à.r.l.*, *Rev. crit. dip.*, 1988, 733, note Georges Droz ; *Journal du Droit international*, 1988, 544, note J.-M. B. (Bischoff). Voir aussi *Volkswagenwerk AG v. Schlunk*, 108 S Ct 2104 (1988).

⁶⁹ *In re Grand Jury Proceedings, United States v. Field*, 537 F 2d 404 (5th Cir., 1976).

⁷⁰ Paris, 22 mai 1965, *Soc. Fruehauf Corporation c. Massardy et autres*, *Dalloz-Sirey*, 1968, 147, note R. Contin.

⁷¹ Voir les références dans F. Rigaux, *op. cit.* (note 28), N° 220.

⁷² *Ibid.*, N° 219.

⁷³ Mémorandum de la Commission de la CEE : "Comments on the United States Regulation Concerning Trade with the USSR", 21 *ILM* (1982), 891.

et parfois des décisions judiciaires faisant prévaloir la même version des limites devant contenir toute application extraterritoriale du droit⁷⁴. Les directives que les sociétés-mères étaient invitées à répercuter sur leur filiales étaient parfois renforcées d'arguments supplémentaires, tantôt la maîtrise que la licence délivrée conformément au droit de la société dominante conférait sur l'utilisation de cette licence à l'étranger⁷⁵, tantôt le pouvoir que l'Etat ayant donné cours légal à une monnaie aurait de régler les dépôts libellés en cette monnaie localisés à l'étranger⁷⁶.

La compatibilité avec le droit international des mesures qui viennent d'être succinctement décrites est controversée. Il ne suffit pas que certains Etats les déclarent contraires au principe de territorialité pour que ce jugement doive être tenu pour l'état actuel du droit international. Ici encore l'Institut aurait le choix entre plusieurs attitudes : soit définir dans une règle reflétant l'état actuel du droit international les limites que certaines formes d'exercice extraterritorial de la compétence étatique ne peuvent pas franchir, soit constater qu'il s'agit d'un espace ouvert aux mesures concurrentes de plusieurs Etats, soit encore proposer une solution pour l'avenir.

⁷⁴ Par exemple, dans l'affaire du gazoduc sibérien, Trib. La Haye (réf.), 17 septembre 1982, *Compagnie européenne des pétroles, S.A. c. Sensor Nederland, B.V.*, 72 Rev. crit. dip (1983), 474 ; ILM, 1983, 66.

⁷⁵ Il fut invoqué dans l'affaire du gazoduc sibérien mais constituerait "a basis for jurisdiction not previously relied on" (Restatement Third Foreign Relations Law, section 414, Reporter's Note n° 8, p. 281).

⁷⁶ Cette prétention n'est pas sans justification : en effet, un dépôt bancaire dans une monnaie X même s'il est inscrit dans les livres d'un établissement localisé dans l'Etat Y suppose un mouvement d'écritures correspondant dans une banque de l'Etat X. Un dépôt bancaire dans une monnaie étrangère n'est dès lors pas sans lien territorial avec le pays de l'institut d'émission. En ce sens : Trib. gr. inst. (réf.), Paris, 21 décembre 1979, *Banque Centrale de l'Etat iranien c. Citybank Paris, Journal du droit international*, 1980, 330, note Gianviti.

Deux observations seront utiles pour orienter les délibérations de l'Institut. La première est que l'Etat territorial est en principe compétent pour faire échec à l'application d'une loi ou d'une décision étrangère sur son territoire, ce qui jette quelque doute sur la nature véritablement extraterritoriale de la mesure. Seul un intérêt économique prépondérant le détournera de le faire, par exemple, la crainte de perdre le bénéfice de flux ultérieurs de savoir-faire ou de capitaux. La seconde observation est que les conflits majeurs qu'il est possible de placer sous l'étiquette commune d'application extraterritoriale du droit étatique et qui ont opposé les Etats-Unis à d'autres pays industrialisés à économie de marché ont été pacifiquement dénoués. Pacifiquement ne vise pas seulement l'exclusion de tout recours à la force armée mais aussi que les oppositions, même économiques, ont été rapidement surmontées. L'intérêt des Etats ne se limite pas à un intérêt mercantiliste tendant à dominer un marché universel, il inclut nécessairement un intérêt commun (au moins à un certain nombre d'Etats) de participer à un système mondial d'échange, ce qui implique des concessions réciproques, des abstentions inspirées par un intérêt à plus longue portée que certains avantages immédiats, sans qu'elles soient commandées par le droit international. Telle pourrait être une forme acceptable, non judiciaire ni même juridique, du *balancing of interests test*.

IV. CONCLUSION

A. Retour à Alvarez-Machain

Un arrêt déjà cité de la Cour suprême des Etats-Unis, *United States v. Alvarez-Machain*, était relatif à l'enlèvement d'un citoyen mexicain sur le territoire du Mexique et son transfert aux Etats-Unis pour y être jugé sur des accusations relative à un trafic de stupéfiants⁷⁷. Il s'agit d'un véritable

⁷⁷ 119 L Ed 2d 441 (1992). L'arrêt est suivi de l'opinion dissidente très fortement argumentée commune aux juges Stevens, Blackmun et O'Connor. La décision a généralement été critiquée par la doctrine : Michell D. Gouin, “*United States v. Alvarez-Machain : Waltzing with the Political Question Doctrine*”, 26 *Connecticut Law Review* (1994), 759-815 ;

cas d'école et ce pour plusieurs motifs.

Le premier est qu'il existait un traité d'extradition entre les deux Etats, et l'on pouvait soutenir, comme l'a fait avec beaucoup de force l'opinion dissidente du juge Stevens, que l'enlèvement d'Alvarez-Machain n'était pas seulement une violation de l'espace territorial mexicain mais aussi une transgression d'une obligation internationale spécifique. La question, qui s'est aussi posée en matière civile, est de savoir si la procédure instituée par une convention internationale interdit à chacun des Etats qui y sont parties de recourir à une voie d'exécution autre que celle qui a été prévue par le traité. Cette question a reçu une réponse négative de l'opinion majoritaire de la Cour suprême des Etats-Unis.

Le deuxième problème a pour objet la faculté pour l'Etat à la souveraineté territoriale duquel il aurait été porté atteinte, de consentir à l'acte coercitif accompli par les agents d'une puissance étrangère. Mais il faudrait ici distinguer plusieurs sous-hypothèses : pareille autorisation a été donnée avant l'arrestation et le transfert de l'accusé, avec, peut-être, la circonstance particulière que des agents de l'Etat territorial ont prêté leur concours à l'accomplissement de cet acte, ou cet Etat a purgé après coup l'acte qui était manifestement illicite au moment où il fut accompli. Une dernière sous-hypothèse a pour objet la signification de l'absence de protestation de l'Etat victime du fait illicite international : faut-il ou non

Jonathan A. Gluck, "The Customary International Law of State-Sponsored International Abduction and United States Courts", 44 *Duke Law Journal* (1994), 612-655 ; Aaron Schwabach and S.A. Patchett, "Doctrine or Dictum : the Ker-Frisbie doctrine and official abductions which breach international law", 25 *The Univ. of Miami Inter-American Law Review* (1993), 19-56 ; Douglas J. Sylvester, "Customary International Law, Forceable Abductions, and America's Return to the Savage State", 42 *Buffalo Law Review* (1994), 555-621 ; Denk C. Smith, "Beyond Indeterminacy and Self-contradiction in Law : Transnational Abduction and Treaty Interpretation in *United States v. Alvarez-Machain*", 6 *European Journal of International Law* (1995), 1-31.

l'interpréter comme un consentement implicite ? Selon l'article 3, 4, du projet de résolution antérieur l'acte demeure illicite tant qu'il n'a pas fait l'objet d'un consentement exprès (*express consent*).

La troisième difficulté, sur laquelle les délibérations de l'Institut pourraient le mieux contribuer à l'élucidation d'une question controversée, a pour objet les relations entre le droit international et le droit interne. Autre chose est de constater qu'un enlèvement est contraire au droit international, autre chose d'en déduire des conséquences sur la situation de la personne victime de cet enlèvement⁷⁸. A la vérité, et sans ranimer la querelle doctrinale entre monistes et dualistes, force est de constater qu'un tel enlèvement a deux profils distincts selon qu'il est appréhendé par le droit international ou par le droit pénal international, branche du droit étatique.

Sous le premier aspect, il s'agit d'un fait illicite international que l'Etat qui en est accusé est tenu de réparer de la manière appropriée, soit par l'expression de regrets, procédure propre aux relations interétatiques, soit par l'accomplissement d'actes dans son ordre juridique interne, tels l'élargissement de l'accusé ou l'annulation des poursuites⁷⁹. Si la personne enlevée a la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elle se trouvait au moment de la privation de liberté, l'offense est plus grave et la réclamation de cet Etat peut être renforcée de l'exercice de la protection diplomatique en faveur de son ressortissant. Si, au contraire, la personne enlevée a la nationalité de l'Etat dont les agents sont accusés du fait illicite (affaire *Argoud*) ou qu'elle soit accusée d'un crime contre l'humanité (affaires *Eichmann* ou *Barbie*), le titre de compétence juridictionnelle dont l'Etat peut se prévaloir atténue sans doute la gravité de la violation du droit

⁷⁸ Voir sur ce point l'intervention de M. Henkin à la première séance plénière de Milan : *the question of who would have standing to object to an improper use of jurisdiction* (*Annuaire*, vol. 65-II, p. 147).

⁷⁹ Voir par exemple Trib. corr. d'Avesnes, 22 juillet 1933, *Jolis, Sirey*, 1934, 2, note Ch. Rousseau, et F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales* (Paris, Pedone, 1977), par. 47, par. 160-162, p. 315-319.

international, mais surtout l'Etat victime de celle-ci se résignera plus aisément à entériner sans protestation le fait accompli.

L'effet de la violation du droit international – plus ou moins vivement ressentie par l'Etat qui en a été victime – dans l'ordre juridique interne de l'autre Etat est plus difficile à déterminer. Monisme et dualisme peuvent être réconciliés par l'attribution du pouvoir d'en décider à l'Etat exerçant sa compétence pénale sur la personne qui comparaît devant ses tribunaux alors qu'elle y a été soumise à la suite d'un enlèvement illicite⁸⁰, ce qui permet, le cas échéant, à la juridiction saisie des poursuites de faire prévaloir dans l'ordre interne la primauté du droit international conformément au droit constitutionnel national.

Dans *Alvarez-Machain*, la Cour suprême des Etats-Unis a appliqué l'ancien adage *Male captus, bene detentus*⁸¹, lequel repose sur un cloisonnement rigide des ordres juridiques nationaux : tout ce qui s'est passé en dehors du territoire de l'Etat exerçant sa compétence pénale et notamment les irrégularités qui entachent l'arrestation et le transfert de l'accusé est réputé non avenu. Il suffit qu'un ordre de détention ait été décerné dans le délai nécessaire après que l'accusé a pénétré sur le territoire de l'Etat auquel appartient la juridiction de jugement pour que les poursuites puissent être légalement exercées.

Dans les Etats qui acceptent que leur ordre juridique interne prenne en considération la violation du droit international commise par les agents

⁸⁰ Et l'on notera au passage que les Etats dont le système pénal n'autorise pas l'exercice de poursuites *in absentia* seront plus tentés de s'assurer par tous les moyens de la personne de l'accusé que ne le sont les Etats pratiquant la contumace.

⁸¹ Voir par exemple la sentence de la Cour permanente d'arbitrage, *Affaire de l'Indou Savarkar*, 24 février 1911, *Journal du droit international*, 1911, 735. Il s'agissait d'un différend entre la France et le Royaume-Uni à la suite de l'arrestation sur un quai de Marseille d'un sujet britannique indien qui s'était enfui d'un vapeur anglais faisant escale.

du gouvernement, la situation ne laisse pas d'être beaucoup plus complexe. Quand un traité a réglé la matière, comme c'était le cas dans *Alvarez-Machain*, la question décisive a pour objet l'interprétation de la volonté des Etats contractants : ou bien les Etats s'engagent dans l'intérêt qui leur est propre de faciliter, sous le bénéfice de la réciprocité, l'exercice de l'action répressive, ou bien ils ont aussi contracté en faveur des personnes relevant de leur compétence en vue de protéger celles-ci contre un exercice arbitraire du pouvoir de transférer d'un pays à l'autre la personne accusée d'avoir commis une infraction. La première interprétation a été celle de la majorité de la Cour suprême des Etats-Unis⁸² et elle est certes renforcée du dualisme en vigueur dans ce pays, mais elle n'est pas incompatible avec une perspective moniste, la primauté du droit international sur le droit interne ne commandant pas nécessairement une méthode déterminée d'interprétation des traités. Selon la seconde interprétation, on pourrait déduire de la conclusion d'un traité d'extradition (dans tous les cas ou à vérifier traité par traité ?) qu'il a institué un mode exclusif d'arrestation et de transfert d'un accusé et que celui-ci a un titre, *dans l'ordre interne*, à se prévaloir d'une violation du traité ayant porté à sa

82 *Alvarez-Machain* est conforme à une jurisprudence ancienne. Dans *Ker v. Illinois*, 119 US 436 (1886), un sujet américain avait été enlevé (*kidnapped*) au Pérou pour être jugé dans l'Etat d'Illinois. Non seulement il existait un traité d'extradition entre les Etats-Unis et le Pérou, mais l'agent de l'Illinois était en possession d'une requête d'extradition. Toutefois, au lieu de présenter celle-ci aux autorités péruviennes, il s'empara de la personne de l'accusé. Selon larrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, la principale conséquence du traité d'extradition est de restreindre le pouvoir de l'Etat requis de protéger le criminel contre les effets de son transfert. En l'occurrence, si l'accusé avait été régulièrement extradé, il aurait bénéficié du principe de spécialité, ne pouvant être poursuivi et condamné que pour l'infraction mentionnée dans la requête. Sa condamnation pour une seconde infraction n'était pas irrégulière puisque les formalités de l'extradition n'avaient pas été respectées.

liberté une atteinte illicite⁸³. L'article VIII de la résolution de l'Institut intitulée *Nouveaux problèmes en matière d'extradition*⁸⁴ se prononce en faveur de l'insertion d'une telle clause dans les traités d'extradition.

L'autre allégation de violation du droit international que révèle *Alvarez-Machain* est indépendante de l'interprétation du traité d'extradition : même si celui-ci n'a pas établi un mode de coopération judiciaire interétatique exclusif de toute action parallèle d'un des Etats contractants, les faits commis par les agents du gouvernement américain sont une violation de l'espace territorial mexicain. Pour que la victime de l'enlèvement puisse s'en plaindre dans l'ordre interne des Etats-Unis, plusieurs conditions doivent être réunies : que l'adage *Male captus* soit tenu pour un archaïsme et que le franchissement de la frontière du pays du lieu du jugement ne suffise pas à purger l'exercice des poursuites des vices antérieurs, que l'Etat dont l'espace territorial a été violé n'ait pas consenti, même après coup, à l'immixtion d'une autorité étrangère, et, même si un tel consentement a été donné par un organe du pouvoir exécutif apte à représenter l'Etat dans les relations internationales, que l'arrestation soit contraire aux lois locales régissant les privations de liberté ... Ce qui précède n'est qu'un faible aperçu de la complexité des problèmes sous-jacents au renversement de la maxime *Male captus, bene detentus*.

Une difficulté analogue se présente aussi en matière civile : la conclusion d'un traité sur l'obtention des preuves en justice ou sur la transmission des actes judiciaires est-elle compatible avec le recours aux procédés de pur droit interne en vigueur dans un des Etats contractants ? Ici encore, il s'agit d'un problème d'interprétation du traité : celui-ci s'est-il borné à régler la *procédure quand le traité est applicable* et, si les parties

⁸³ Encore cela suppose-t-il que l'accusé dont l'extradition est demandée puisse se prévaloir devant les tribunaux de l'Etat requérant de la violation du traité d'extradition. Or, la jurisprudence paraît en sens contraire. Voir F. Rigaux, *op. cit.* (note 80), p. 94-96.

⁸⁴ Adoptée à la session de Cambridge, le 1er septembre 1983, *Annuaire*, vol. 60-II, p. 304.

n'ont pas réglé cette question, permet-il qu'une vie parallèle soit suivie ?⁸⁵

B. Ordre international et droits individuels

Le tissu contemporain des relations économiques a créé un réseau inextricable de rapport transnationaux que les Etats sont de moins en moins aptes à régler séparément. Cela risque de rendre illusoire l'espoir d'identifier dans le droit international des règles de délimitation des compétences étatiques fondées sur un critère territorial de répartition. La délocalisation croissante des relations économiques et l'interdépendance des Etats disposés à participer à un marché d'échange global suffiraient déjà à vouer une telle tentative à l'échec. Une hypothèse méritant considération et dont l'inspiration peut être cherchée du côté de la technique traditionnelle du droit international privé est que l'espace transnational est, comme une mer libre, ouvert à tous, opérateurs économiques d'une part, Etats et organisations internationales de l'autre et que, hormis l'adoption de traités particuliers, le droit international n'offre l'appui que d'un nombre restreint de règles prohibitives bien attestées, telle l'interdiction de violer par un acte de contrainte physique non autorisé l'espace territorial d'un autre Etat, telle encore la prohibition des actes de contrainte institutionnelle, par exemple l'annulation d'un jugement ou d'un acte administratif étranger⁸⁶.

Alors que l'ordre juridique international est le lieu (idéal) de solution de conflits interétatiques, et que le droit international privé, branche du droit étatique, a pour principal objet des conflits d'intérêts privés, pareil clivage public-privé ne rend pas compte du type de situation sur lesquelles s'exerce la prétendue compétence extraterritoriale des Etats. Si l'on parvient à identifier une règle de droit international délimitant avec une suffisante précision les compétences territoriales respectives des Etats, sans que soit omise leur compétence personnelle, la norme ou la décision

⁸⁵ Pour un réexamen de *Volkswagenwerk v. Schlunk*, 108 S Ct 2104 (1988) dans le même sens : Paul Volken, "Ein Franzose in Den Haag", *Liber Amicorum G. Droz* (Martinus Nijhoff, 1996), p. 521-539.

⁸⁶ Voir les références dans F. Rigaux, *op. cit.* (note 80), p. 82-111.

étatique excédant les limites ainsi tracées est contraire au droit international par le seul fait d'être appliquée encore qu'elle ne soit pas contredite par la norme différente d'un autre Etat. Si bien intentionnée qu'elle puisse paraître, la norme étatique qui imposerait à la société-mère de soumettre les relations de travail dans une filiale étrangère à des normes aussi exigeantes que celles qui sont en vigueur dans le pays de la société-mère ne serait pas en conflit avec les dispositions moins rigoureuses du pays de la filiale, mais il pourrait être soutenu (ce point resterait à vérifier) que l'auteur d'une telle norme porte atteinte à la compétence territoriale de l'Etat du lieu de travail.

Il y a des cas, et ce furent sans doute les plus notables dans la pratique des dernières décennies, où la norme à vocation extraterritoriale est créatrice d'un conflit de lois positif, étant incompatible avec une norme ou une décision en vigueur au lieu où se trouve la personne, où se localise l'activité que la première norme prétend régir⁸⁷. Pareil conflit de compétence, qui faisait l'objet de l'article 9 de l'ancien projet de résolution, manifeste une interférence entre le public et le privé, entre la répartition des compétences étatiques selon le droit international et une question que force est de rattacher au droit international privé : la situation de l'individu ou de l'entreprise s'affrontant à un tel conflit de normes sera nécessairement soumise à des tribunaux étatiques, peut-être concurremment à ceux des deux Etats intéressés. Il pourrait appartenir à l'Institut de procurer une forme de directive aux tribunaux étatiques saisis d'un tel conflit de normes. Encore faut-il être clair sur la nature exacte de la règle proposée pour dénouer le conflit.

Quand l'un des deux Etats a excédé sa compétence ou a transgressé une obligation conventionnelle, il pourrait à première vue s'imposer que l'acte contraire au droit international soit écarté.

⁸⁷ Tel est le cas quand la décision ou l'injonction émanant du tribunal d'un Etat est contrecarrée par la contre-mesure (*blocking statute* ou *antisuit injunction*) en vigueur dans un autre Etat.

Si l'on choisit dans la pratique récente les cas les plus clairs de violation d'une règle traditionnelle de répartition des compétences (*Alvarez-Machain*) ou d'exacerbation de la compétence extraterritoriale (*Helms-Burton Act*), la question la plus difficile et sur laquelle l'Institut devrait pouvoir se prononcer est de déterminer l'incidence sur les droits individuels de l'attitude prise (ou, pire, du silence) de l'Etat qui pourrait exciper d'un titre pour agir dans l'ordre juridique international contre l'Etat ayant excédé ses compétences. Suffit-il que le premier Etat s'incline devant le fait accompli pour que l'individu (ou l'entreprise) victime du fait de l'Etat qui a cessé d'être illicite ou qui peut être réputé n'avoir jamais été illicite dans les relations interétatiques, soit privé de tout moyen de défense ? Cette question en appelle une autre, plus fondamentale encore : les personnes et les entreprises relevant de la compétence d'un Etat ont-elles un titre à réclamer que les autorités et les juridictions de cet Etat respectent dans l'ordre interne les obligations internationales du même Etat. Le mur de ce dualisme qui est traditionnel dans les pays de *common law* n'est sans doute pas infranchissable si les tribunaux veulent bien donner aux dispositions de droit interne une interprétation qui implique dans le chef du législateur ou de la jurisprudence elle-même la volonté de l'Etat de se conformer dans l'ordre interne à ses obligations internationales.

Quand aucun des deux Etats n'a excédé sa compétence internationale, l'attitude la plus traditionnelle du tribunal saisi – et qui ne saurait, en tant que telle, être déclarée contraire au droit international – est de faire prévaloir la règle de droit substantiel de la *lex fori* sur la norme ou la décision étrangère. S'inspirant de certaines solutions de la jurisprudence américaine, l'article 9 de l'ancien projet de résolution invite le juge à pratiquer une méthode de conflit de lois (celle du lien territorial le plus étroit, *closest territorial link*), méthode qui ne paraît pas étrangère au principe 6 de la résolution de Lisbonne sur « Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres ». Comme il a déjà été dit, cette méthode n'a pas reçu l'assentiment de tous les membres de la Commission et elle a été critiquée par plusieurs membres de l'Institut à Milan⁸⁸. On se

88

Annuaire, vol. 65-II, p. 162-163.

bornera en cet état de la réflexion à deux observations de nature méthodologique : quelle que soit la solution proposée, elle est du domaine du droit international privé, puisque par hypothèse aucun des deux Etats n'a excédé sa compétence et qu'il s'agit seulement d'un conflit de lois analogue à ceux qui sont usuels en droit international privé. On peut dès lors hésiter entre une méthode consistant à peser les intérêts *étatiques* en présence et celle qui serait plutôt attentive aux intérêts privés en conflit, par exemple l'équilibre à maintenir entre des droits contractuels menacés par une application dite extraterritoriale d'un droit étatique. Mais dans ce cas, on peut se demander si l'énoncé d'une règle spécifique se justifie ou s'il ne vaut pas mieux renvoyer la question au droit commun des conflits de lois.

C. Les limites assignées à un projet de résolution de l'Institut

La tradition de l'Institut lui confère une double mission : coopérer à une codification informelle des règles de droit international en vigueur, proposer des solutions nouvelles, soit en comblant les lacunes du droit positif soit en substituant à des règles et plus souvent à des doctrines périmées une méthode qui satisfasse davantage aux nécessités contemporaines. Une tâche qui relève tant de l'une que de l'autre branche de cette mission peut consister à écarter des affirmations traditionnelles donnant une illusion de solidité à des pratiques discordantes. Les travaux de la Dix-neuvième Commission ont démontré que les solutions traditionnelles sont dépassées, qu'elles ont cessé d'être respectées (si elles l'ont jamais été) et une première partie de la résolution peut consister à renverser des idoles qui ne méritent plus d'être adorées : les notions de territorialité et d'extraterritorialité et, par conséquent, le concept même de la compétence extraterritoriale des Etats doivent être éliminés. Comme Léonard l'a dit de la peinture, le droit est "una cosa mentale", il ne se laisse guère enfermer dans les limites d'un territoire. Mais peut-être ne faut-il pas se borner à l'œuvre, déjà salutaire, d'élimination de solutions illusoires et il a semblé possible de formuler quelques propositions qui tout en prenant en compte la pratique des dernières années s'efforcent d'y donner une orientation convenable.

Le projet de résolution est divisé en trois parties. Les principes énoncés dans la première sont plutôt de nature négative, ils tendent à mettre à leur juste place des règles traditionnelles qui ont cessé d'être adaptées aux réalités et aux besoins actuels. La seconde s'efforce de rééquilibrer les rapports entre le droit international et le droit interne par une méthode qui s'efforce de dépasser la querelle entre le monisme et le dualisme et prend appui sur ce qui peut être tenu aujourd'hui pour le lieu de rencontre des deux branches du droit, à savoir la protection des droits fondamentaux. La troisième partie de la résolution contient quelques propositions ayant pour destinataires les législateurs et les gouvernements étatiques, ce qui inclut aujourd'hui les entités internationales (ou supranationales) auxquelles les Etats ont délégué une partie de leurs compétences. Deux idées moins inconciliables qu'il ne pourrait paraître y sont mises en oeuvre : d'une part, il faut encourager les Etats à unir leurs efforts pour lutter contre les maux qui menacent l'humanité entière et, de l'autre, il convient de les dissuader d'abuser de leur force et de la position dominante qu'ils occupent pour faire triompher les objectifs politiques qui leur sont propres ou pour faire avancer leurs intérêts économiques.

*

L'orientation ainsi donnée à la résolution justifie l'abandon du libellé initialement donné au thème assigné à la 19^e Commission.

PROJET DE RESOLUTION

Les limites fixées par le droit international à la compétence des Etats sur les personnes relevant de leur juridiction

Vu la Déclaration sur "Les Droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit International", adoptée le 9 août 1947 ;

Vu la résolution du 7 septembre 1977 sur "Les entreprises multinationales" ;

Vu la résolution du 11 septembre 1979 sur "La loi du contrat entre un Etat et une personne privée étrangère" ;

Vu la résolution du 1^{er} septembre 1983 intitulée "Nouveaux problèmes en matière d'extradition" ;

Vu la résolution du 1^{er} septembre 1995 sur "Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres" ;

Vu le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques ;

Vu la résolution du 23 août 1996 sur l'opinion du Comité juridique interaméricain en exécution de la résolution AG/DOC. 3375/96 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains, intitulée "Liberté du commerce et investissement dans l'hémisphère" ;

Considérant que dans la présente Résolution les compétences exercées par l'Etat incluent celles qu'un traité international a transférées à une entité supranationale ;

I.

1. Les notions de territorialité et d'extraterritorialité sont inaptes à déterminer les limites imposées à la compétence des Etats par le droit international.

Liée à une conception périmée de la souveraineté, le principe de territorialité a été partiellement démantelé par la protection internationale des droits fondamentaux qui restreint les compétences de l'Etat même à l'égard de ses ressortissants.

L'extraterritorialité est devenue une notion insaisissable en raison de la délocalisation des principales opérations de l'économie contemporaine qui soustrait celles-ci à toute appréhension exclusivement rattachée à un seul territoire.

2. La distinction entre les trois branches de la compétence étatique n'est pas de nature à fixer les bornes d'un exercice de l'une de ces

compétences qui serait extraterritorial sans être prohibé par le droit international. La compétence législative qui bénéficierait d'une marge d'autonomie plus étendue que l'exercice des fonctions judiciaires ou administratives ne se laisse pas clairement dissocier de ces dernières.

3. La notion de contrainte ne saurait être limitée aux actes matériels de coercition physique exercés sur une personne ou sur un bien. Le critère de localisation qui s'applique correctement à de tels actes est impuissant à saisir d'autres formes de contrainte, telles que la menace du recours à la force ou de la privation d'un bien. Le seul énoncé de telles menaces qui ne sauraient être mises à exécution que sur le territoire de l'Etat des autorités duquel elles émanent est de nature à exercer une forme de contrainte sur le comportement de leurs destinataires en quelque lieu que ce soit, contrainte qui pour être indirecte n'en est pas moins certaine.

II.

1. Les règles de droit international qui tendent à délimiter les compétences respectives des Etats à l'égard des personnes relevant de leur juridiction risquent d'être inopérantes si ces personnes ne peuvent se prévaloir dans l'ordre interne de la transgression de l'une de ces règles par l'organe d'un Etat qui était tenu de les prendre en considération.

2. De telles règles de droit international devraient dès lors être interprétées en ce sens que leur violation puisse être invoquée par la personne ou l'entreprise aux droits de laquelle elle a infligé un dommage. Pareils effets de la règle de droit international dans l'ordre interne ne devraient pas être influencés par l'attitude qui aurait été prise par l'Etat à la compétence duquel la transgression de la même règle aurait porté atteinte.

3. Quand la violation du droit international a en outre eu pour effet de porter atteinte à un droit fondamental garanti par un traité international ou par la constitution de l'Etat sur le territoire duquel pareille violation a été commise ou à la compétence duquel elle peut être rattachée, le titulaire de ce droit fondamental doit être en mesure de le faire prévaloir sur l'exercice de la compétence étatique.

III.

1. Le principe de souveraineté qui ne saurait autoriser l'Etat à transgresser des droits fondamentaux internationalement garantis devrait le protéger contre toute immixtion des autres Etats dans le choix de son régime économique et social.
2. Les Etats sont appelés à étendre leur coopération dans les domaines qui relèvent de l'intérêt général de l'humanité. A défaut d'accord interétatique préalable, les Etats devraient admettre les effets sur leur territoire d'actes émanant des organes d'autres Etats et qui poursuivent un tel intérêt.
3. Les Etats devraient s'abstenir de poursuivre une politique qui leur est propre par des moyens qui risquent de porter atteinte à la compétence d'autres Etats qui ne partagent pas cette politique. Ils ne devraient pas davantage abuser de leur position dominante pour faire prévaloir leurs intérêts au détriment des compétences concurrentes d'autres Etats.

VIII. Réponses et observations des membres de la Commission

Réponse de M. Mohammed Bedjaoui (11 décembre 1998)

...

Je souscris totalement à vos observations liminaires, et en particulier, à celle selon laquelle il s'agit plus d'élaborer que d'identifier la norme de droit international qui fixerait les limites dans lesquelles les Etats pourraient s'écartez du principe de territorialité (p. 3 du Rapport) et à votre conclusion quant au caractère non justifié d'une distinction entre droit public et droit privé et d'une frontière rigide entre droit international public et droit international privé (p. 5).

Je partage également votre analyse quant à l'absence de division tranchée entre la territorialité et l'extraterritorialité (p. 11) et quant au caractère obsolète de la traditionnelle distinction entre les trois formes de compétence étatique que sont les compétences législative, juridictionnelle et exécutive (p. 17).

A propos de l'affaire Alvarez-Machain, vous évoquez la possibilité pour un Etat de consentir à l'acte coercitif accompli par les agents d'une puissance étrangère et distinguez plusieurs sous-hypothèses parmi lesquelles celle dans laquelle l'Etat territorial "a purgé après coup l'acte qui était manifestement illicite au mont où il fut accompli" (p. 30). A mon sens, le consentement de l'Etat victime exprimé après la commission du fait internationalement illicite ne peut pas purger celui-ci de son illicéité. Le consentement ne peut être invoqué que comme circonstance excluant

l'illicéité et à ce titre il ne peut l'être que s'il a été exprimé *avant* l'accomplissement de l'acte. C'est d'ailleurs ce qui ressort du commentaire que fait la Commission du droit international de l'article 29 de son projet¹. La Commission déclare en effet :

“A la lumière de la pratique des Etats, de la jurisprudence internationale et de la doctrine, il est donc permis d'affirmer l'existence en droit international d'un principe solidement établi selon lequel le consentement de l'Etat titulaire du droit subjectif auquel porterait atteinte, sans ce consentement, le fait illicite d'un autre Etat est une circonstance qui exclut l'illicéité du dit fait. Toutefois pour qu'il produise un tel effet, *le consentement doit être* : valable en droit international, clairement établi, réellement exprimé (ce qui exclut le consentement purement présumé), attribuable à l'Etat sur le plan international, et *antérieur à la commission du fait auquel il se rapporte.*² (C'est moi qui souligne).

Bien que peu explicite quant aux modalités d'expression du consentement de l'Etat, l'article 3, paragraphe 4, du projet de résolution antérieur³, auquel vous vous référez, ne semble pas non plus faire place à l'interprétation selon laquelle le consentement pourrait être exprimé après coup.

¹ L'article 29 intitulé “Consentement” est ainsi libellé : “1.1. Le consentement valable donné par un Etat à la commission par un autre Etat d'un fit déterminé non conforme à une obligation de ce dernier envers le premier Etat exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du dit Etat pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement. 1.2. Le paragraphe 1 ne s'applique que si l'obligation découle d'une norme impérative du droit international général. [...]”

² “Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session” in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1979, Volume II, Deuxième partie, p. 124 (par. 11).

³ Il est ainsi libellé : “L'Etat ne peut exercer sa compétence exécutive sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de celui-ci”.

Vous affirmez en outre à propos de la question de l'enlèvement que : "Si la personne enlevée a la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elle se trouvait au moment de la privation de liberté, l'offense est plus grave et la réclamation de cet Etat peut être renforcée de l'exercice de la protection diplomatique" (p. 31). Il me paraît pour ma part douteux que l'on puisse lier à la nationalité de la victime le caractère plus ou moins grave de l'offense. L'offense consiste essentiellement, si ce n'est exclusivement, en la violation de la souveraineté territoriale de l'Etat sur le territoire duquel l'enlèvement a été opéré. La nationalité de la victime n'a qu'une incidence mineure sur la gravité de l'offense ; elle n'en a *aucune* sur la qualification juridique de l'offense, sur la gravité du fait internationalement illicite. Si l'on met de côté la distinction entre crimes et délits consacrée par l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats de la Commission du droit international,⁴ il n'existe pas en droit international de différenciation en fonction de la gravité du délit. D'autre part, que la victime soit ou non de la nationalité de l'Etat territorial, elle fait l'objet d'une égale protection par le droit international contemporain et son enlèvement est dans les deux hypothèses constitutif d'un autre fait international illicite consistant en la violation de son droit à la liberté et à la sécurité conventionnellement consacré⁵ et dont on peut également soutenir le caractère coutumier⁶. *En réalité, c'est plutôt en fonction de la personnalité de la victime et de ses intérêts politiques du moment que l'Etat*

⁴ Voir son paragraphe 1 qui dispose que "le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation violée" et de son paragraphe 4 ainsi libellé "Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international".

⁵ Article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 7 de la Convention américaine des droits de l'homme ; article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; article 5 de la Charte arabe des droits de l'homme (pas entrée en vigueur).

⁶ Article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

territorial définira sa réaction (et appréciera, si l'on veut, la gravité de l'offense) : il pourra ainsi ne pas réagir suite à l'enlèvement de l'un de ses nationaux et par contre réagir très énergiquement suite à l'enlèvement d'un étranger.

Dans le registre des réactions, vous soulignez à juste titre que la réclamation de l'Etat victime du fait internationalement illicite "peut être renforcée de l'exercice de la protection diplomatique en faveur de son ressortissant" ; j'ajouterais pour ma part que même si la victime et de nationalité étrangère, un de ses droits fondamentaux a été violé et l'Etat sur le territoire duquel elle se trouvait pourra toujours émettre une protestation diplomatique, voie, le cas échéant, recourir aux mécanismes de sauvegarde prévus par une convention à laquelle l'autre Etat et lui-même sont parties. A cet égard, je rappellerais que l'article premier de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que "Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et liberté définis au Titre I de la présent Convention"⁷ et que la Cour européenne des droits de l'homme a clairement reconnu que "le terme 'juridiction' ne se limite pas au territoire des Hautes parties contractantes" et a jugé que la responsabilité de ces dernières "peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors du dit territoire". Les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme sont ainsi tenus de garantir les droits et libertés consacrés par cette dernière contre le comportement de leurs organes agissant es qualité en dehors du territoire national.

Les juges de Strasbourg sont même allés plus loin. Dans l'affaire Soering, en effet, la Cour européenne devait se prononcer sur la question de savoir si l'extradition d'un individu par un Etat partie à la convention

⁷ L'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est pour sa part moins libéral puisqu'il dispose que : "I. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune [...]" .

européenne des droits de l'homme vers un Etat non partie pouvait engager la responsabilité de l'Etat partie, sur la base de l'article 3 de la Convention⁸, pour les mauvais traitements que la personne à extraditer était susceptible de subir dans le pays de destination. Après avoir relevé que la Convention ne consacre pas le droit de ne pas être extradé, la Cour a décidé que :

“quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un Etat contractant au titre de la disposition correspondante”.⁹

En ce qui concerne les incidences sur les droits individuels de l'attitude de l'Etat qui pourrait exciper d'un titre pour agir dans l'ordre juridique international contre l'Etat ayant excédé ses compétences, je maintiens que le silence du dit Etat devant le fait accompli n'exclut pas l'illicéité de l'acte en question, en l'occurrence la violation de la souveraineté territoriale. A supposer même que cet acte puisse être d'une manière ou d'une autre purgé de son illicéité (par l'expression valable et antérieure du consentement de l'Etat territorial par exemple), il n'en subsisterait pas moins une violation du droit de la victime (personne physique ou morale) que l'attitude de l'Etat territorial ne saurait en aucune manière “purger”, s'agissant de droits appartenant en propre à la victime et garantis à celle-ci par le droit international (conventionnel ou coutumier) des droits de l'homme (vous semblez toutefois également l'admettre page 13 *in fine*).

Les obligations internationales de l'Etat relatives à la protection des droits de l'homme ont en effet une nature juridique particulière.¹⁰ La

⁸ L'article 3 porte sur la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁹ Affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, A., N° 161, par. 85.

¹⁰ Voir la résolution de l'Institut adoptée à la session de Saint-Jacques-de-Compostelle et intitulée “La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats”, *Annuaire de l'I.D.I.*, Vol. 63-II, p. 339.

Commission européenne des droits de l'homme avait par exemple conclu au caractère "objectif" de ces obligations¹¹ ; il en va de même de la Cour européenne qui avait déclaré que "la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective".¹² Le caractère objectif de ces droits a également été consacré par l'article 60, paragraphe 5, de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatif à l'extinction d'un traité ou à la suspension de son application

¹¹ Elle avait estimé qu' "En concluant la Convention européenne [des droits de l'homme], les Etats contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe [...] il en résulte que les obligations souscrites par les Etats dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers", Affaire *Autriche c. Italie*, requête N° 788/60, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Vol. IV, pp. 139-141.

¹² Affaire Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, A. N° 25, par. 239. Pareille affirmation est à rapprocher de celle de la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif relatif aux *Réserves à la convention pur la prévention et la répression du crime de génocide*" ; la Cour avait en effet déclaré que : "Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme", Avis consultatif du 28 mai 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.

par une partie comme conséquence de sa violation par une autre partie ; son paragraphe 5 dispose en effet que la faculté prévue par cet article ne s'applique pas "aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités"¹³.

Je m'interroge finalement sur l'opportunité de quelques ajouts. Ne serait-il pas préférable, dans le Préambule du projet de résolution, de mentionner la Déclaration universelle des droits de l'homme (ou de manière plus générale la Charte internationale des droits de l'homme) en lieu et place du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, faut-il le rappeler, ne consacre pas le droit de l'individu à la propriété, droit important s'il en est pour la matière qui nous intéresse ?

Ne serait-il pas non plus nécessaire de mentionner la résolution de l'Institut adoptée à la session de Saint-Jacques-de-Compostelle et intitulée "la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats", aux côtés de la Déclaration intitulée "les droits fondamentaux de l'homme base d'une restauration du Droit international" à laquelle vous faites référence p. 13 et dans le préambule du projet de résolution?

L'article 14 du Code civil français est ainsi libellé : "L'étranger, même non résident en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; *il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les*

¹³ La Cour internationale de Justice a affirmé le caractère coutumier de l'article 60 dans son avis consultatif relatif aux "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, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 47 (par. 94), sur le caractère coutumier du paragraphe 5 de l'article 60, voir également p. 47 (par. 96).

obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français”¹⁴ (c'est moi qui souligne). N'est-ce pas là un bel exemple de norme à vocation extraterritoriale créatrice d'un conflit de loi positif ? (voir p. 34 de votre Rapport).

Vous avez fait mention de la réaction vigoureuse du Comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains (p. 22) ainsi que la résolution du 23 août 1996 sur l'opinion du dit Comité (préambule du projet de résolution). Ne conviendrait-il pas dans ce contexte de faire également une brève mention de certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁵ exprimant la préoccupation des Etats membres suite à l'adoption de réglementations à vocation extraterritoriale, et en particulier aux deux plus récentes d'entre elles qui font référence à la loi Helms-Burton? La dernière en date¹⁶, adoptée le 5 novembre 1997 par 143 voix pour, 3 contre (Israël, Etats-Unis d'Amérique, Ouzbékistan) et 17 abstentions, dispose notamment que :

“L'Assemblée générale,

[...]

Préoccupée par le fait que des Etats Membres continuent de promulguer et d'appliquer des lois et règlements, tels que la loi promulguée le 12 mars 1996, connue sous le nom de “loi Helms-Burton”, dont les effets extraterritoriaux portent atteinte à la souveraineté d'autres Etats et aux intérêts légitimes d'entités ou de personnes placées sous leur juridiction, ainsi qu'à la liberté du

¹⁴ Dalloz 1997-1998, p. 43.

¹⁵ Résolution 47/19 du 24 novembre 1992, résolution 48/16 du 3 novembre 1993, résolution 49/9 du 26 octobre 1994, résolution 50/10 du 2 novembre 1995, résolution 51/17 du 12 novembre 1996 et résolution 52/10 du 5 novembre 1997 ; ces résolutions possèdent toutes l'intitulé suivant : “Nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier appliqué à Cuba par les Etats-Unis d'Amérique”.

¹⁶ Résolution 52/10, “Nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier appliqué à Cuba par les Etats-Unis d'Amérique”.

commerce et de la navigation,

[...]

2. Exhorte de nouveau tous les Etats à s'abstenir de promulguer et d'appliquer des lois et mesures du type visé dans le préambule de la présente résolution, conformément aux obligations que leur imposent la Charte des Nations Unies et le droit international, qui, notamment, consacrent la liberté du commerce et de la navigation ;

3. Demande de nouveau instamment aux Etats qui continuent d'appliquer des lois ou des mesures de ce type de faire le nécessaire, conformément à leur système juridique, pour les abroger ou pour en annuler l'effet le plus tôt possible ;

[...]

Le contenu de ces résolutions est moins élaboré d'un point de vue juridique que la partie B de l'opinion du Comité juridique interaméricain de l'O.E.A., et cela certainement en raison de la différence de nature des deux organes intéressés. L'opinion du Comité juridique interaméricain passe en effet en revue les normes de droit international relatives à l'exercice des compétences étatiques et les limites d'un tel exercice ainsi que les aspects des réglementations à vocation extraterritoriale non conformes au droit international applicable en la matière. Les résolutions de l'Assemblée générale, pour leur part, n'en déclarent pas moins tout aussi vigoureusement la contrariété des dites réglementations avec le droit international ; on ne doit pas non plus perdre de vue la plus grande représentativité de ce dernier organe.

Réponse de M. Maarten Bos (21 août 1998)

...

En premier lieu, j'ai pu constater que les matières constituant la base de votre exposé de fait pour la plupart ne sont autres que celles déjà amplement présentées dans les rapports que j'ai produits moi-même en qualité de Rapporteur. A cet égard, il s'agit donc d'une doublure qui peut-être aurait pu être évitée, mais ce qui importe davantage, c'est que nos divergences de vue visiblement n'ont pas un fondement de fait, mais

s'expliquent plutôt par des conceptualisations différentes des données que nous offre la pratique.

Ainsi, vous croyez pouvoir renoncer à l'idée de territorialité en tant que concept de base de la compétence de l'Etat. Il me semble que là vous visez l'impossible. Tant qu'il existe des Etats, il y aura des territoires, et ce sont ces derniers qui feront figure d'une première circonscription à leur compétence. On ne s'imagine simplement pas qu'il en sera jamais autrement dans un monde composé de près de deux cents Etats chacun réclamant une certaine liberté d'agir à l'intérieur de ses frontières. Toutes ces "souverainetés" sont à délimiter l'une envers l'autre et où trouver un autre principe de délimitation que les territoires respectifs? La territorialité, en d'autres termes, est un concept sans lequel les relations entre Etats ne se conçoivent pas. Et puisque le droit international public cherche à régler ces dernières, on ne voit pas de quelle manière il pourrait passer outre à un concept aussi fondamental que celui de la territorialité.

Bien sûr, les frontières sont devenues plus ou moins perméables dans les deux sens, mais cela affecterait-il le principe-même de la territorialité ? Il en est de même de ce que vous appelez la "délocalisation" de certains actes accomplis par la voie électronique.

Quant à ce dernier phénomène, vous proposez un genre de "mer libre" accessible à tous où toute frontière et donc toute territorialité ferait défaut. Je me trouve incapable de voir ce qu'un pareil expédient signifierait du point de vue de notre sujet. Le droit international de la mer connaît l'institution du pavillon. En principe, la compétence de l'Etat envers les navires circulant en haute mer est limitée en fonction de ce distinctif naval. Mais où serait le pavillon de votre "mer libre"? Tout Etat serait-il en droit de s'y arroger une compétence sans bornes?

Si jusqu'ici je me suis placé sur le point de vue du droit international public dont la nature-même s'oppose à votre projet, la question se pose de savoir si en droit international privé votre solution serait davantage justifiée. A vrai dire, je me sens peu qualifié pour en juger, mais si c'est vous qui nous proposez les thèses contenues dans votre Projet de

résolution, je dois bien croire qu'aux yeux des privatistes elles sauraient contribuer à résoudre certains problèmes se présentant à leur discipline. en même temps, cependant, cela nous montrerait une fois de plus à quel point le droit international public et le droit international privé sont à deux pôles opposés, et pour le moins ont chacun une identité qui lui est propre (je me permets de renvoyer ici à ma contribution au Recueil Skubiszewski (1996), pp. 89-98, sous le titre "Droit international public et droit international privé : deux identités bien distinctes").

Il s'ensuit que le Projet de Milan garde toute sa valeur et mérite d'être remis à l'ordre du jour. Aucune fusion des deux projets ne me semble possible. En ce qui concerne le Projet de Milan, l'application de ses principes n'as pas besoin de souffrir des nouveaux développements que vous esquissez pour la bonne raison que l'Etat pourra toujours s'en défendre en se prévalant de la théorie de l'effet. Faut-il en plus que je rappelle à votre attention la souplesse propre à ces principes et que j'ai mainte fois évoquée?

Malgré l'appartenance de votre projet au domaine des privatistes, je désire faire une seule remarque encore au sujet de vos observations concernant les droits fondamentaux de l'homme. Il importe, en effet, de noter que la Déclaration universelle de 1948 a choisi pour l'individu et non pas pour l'Etat, sujet principal du droit international public. C'est donc à juste titre que récemment un conseil d'anciens chefs d'Etat et de gouvernement a rédigé une Déclaration universelle des *devoirs* de l'homme. Ce sont ces devoirs qui revêtent une importance capitale dans les situations que vous envisagez. On ne saurait l'oublier au cas où la substance de votre projet viendrait à être discutée. En outre, les droits de l'homme sont loin d'être uniformément interprétés dans le monde, de sorte que dans une matière aussi technique que la compétence des Etats ils ne sauraient servir à grand-chose.

En rétrospective, l'Institut peut se féliciter de sa décision de Milan de soumettre le sujet de la 19ème Commission à l'avis du privatiste que vous êtes. En fin de compte, vos efforts ont bien contribué à une meilleure compréhension de l'un des terrains les plus rébarbatifs dont ils pourrait

s'occuper. Je nourris l'espoir que l'Institut se trouvera habilité, maintenant, à y frayer son chemin.

Reply of Mr. Yoram Dinstein (20 December 1998)

...

1. I unreservedly share the view that the extraterritorial jurisdiction of States should be studied in the context of both public and private international law. *Au fond*, the traditional distinction in this respect between public and private international law follows the ancient partition between criminal and civil proceedings. There is no doubt that, particularly in the modern era, this line of division occasionally becomes blurred. The example given by the Rapporteur of triple (*i.e.* punitive) damages awarded in some civil litigations is a good case in point. In such instances it would be manifestly unfair to adhere to a stringent separation between criminal and civil law (and, consequently, between public and private international law). It may be necessary to apply to such ostensibly civil actions the standards pertaining to extraterritorial jurisdiction over criminal prosecutions, as developed in public international law. Nevertheless, I cannot share the view that, in matters of extraterritorial jurisdiction, the entire distinction between criminal and civil law (and, respectively, between public and private international law) is no longer justified. In all legal fields lines of delineation prove unsatisfactory at one point or another, inasmuch as there exist gray areas and borderline cases. I see no reason, for that reason alone, to arrive at the conclusion that a well-entrenched fundamental dichotomy is now *passé*. The original Report by Mr. Bos, discussed by the Institute at its Milan Session (1993), was too rigid because it was uncompromisingly confined to public international law. I am afraid that, in my judgment, the new Report - in attempting to blend the rules of public and private international law - is too lax, freeing itself altogether from the constraints of customary (public) international law.

2. I cannot accept the notion that, in public international law, the principle of territoriality has been partly dismantled. Of course, States are

vested with extraterritorial jurisdiction in given sets of circumstances (the scope of which the 19th Commission was supposed to have defined). But, under customary international law, extraterritorial jurisdiction is still the exception rather than the rule in criminal cases. Apart from the effects doctrine (which may be categorized as an extension of the principle of territoriality), extraterritorial jurisdiction in criminal matters can only be invoked on one of four grounds : (I) active personality ; (ii) passive personality ; (iii) the protective principle ;¹ (iv) universality. Universality is strictly confined to *delicta juris gentium* and does not apply to common crimes such as murder.² Consequently, if a State desire to prosecute an alleged murderer who happens to be present in its territory, yet the crime was committed abroad and neither the accused nor the victim owes allegiance to the prosecuting State, the exercise of criminal jurisdiction would not be deemed legitimate by public international law. This has been the law for a long period of time. To my mind, it is still the law today.

3. In my opinion, the distinction between extraterritorial jurisdiction to prescribe, to adjudicate and to enforce in criminal matters is fully consistent with customary international law. There are numerous illustrations in which a State possesses one type of jurisdiction but not another. The debate over the maxim *male captus, bene detenus* – far from eroding the distinction – merely underscores the need to resort to it, in order to ensure a proper analysis of the issue. The question put succinctly is whether a breach of the rule, which enjoins States A from taking measures of enforcement within the territory of State B (without the consent of State B) against an alleged criminal, necessarily precludes State A from subsequently exercising over that person what would otherwise constitute a perfectly legitimate jurisdiction to adjudicate. Whichever way the

¹ On the restricted meaning of this principle, see Y. Dinstein, "The Extra-Territorial Jurisdiction of States : The Protective Principle", 65 (II) *Annuaire de l'Institut de Droit International* 305-315 (Milan, 1994).

² See Y. Dinstein "The Universality Principle and War Crimes", 71 *U.S. Naval War College International Studies* 17, 18 (M.N. Schmitt & L. Green eds. 1998).

question is settled, the answer does not diminish from the validity of the taxonomy used.

4. For these reasons, regrettably, I cannot support the Draft Resolution as proposed by the Rapporteur.

Reply of Mr. Louis Henkin (30 July 1998)

...

As to the draft resolution :

- a. Will our colleagues be content with this kind of resolution ? Might they be more likely to accept your approach to a resolution, if it contained also some normative propositions ?
- b. Notions of territoriality and extraterritoriality are *inaptes à déterminer*. I agree. But surely such notions are not irrelevant. Should the Resolution attempt to articulate the legitimate interests of the territorial states (the legitimate interests of other States – e.g., but not only, the State of nationality – and the interests of other States generally, for example in respect of the environment, human rights, peace, transnational terrorism, the *Helms-Burton* problem?) Can one suggest that there are different weights for different interests in different contexts ?
- c. Might we address one problem specifically, perhaps the abduction problem, and reexamine *male captus* ?

It seems worth stressing that *Alvarez-Machain* hangs on an issue of interpretation of a treaty, perhaps of extradition treaties generally. The U.S. Supreme Court concluded that the extradition treaty did not intend to preclude obtaining control of the accused by means other than extradition ; therefore, abduction was not a violation of the treaty. One can indeed argue that the parties gave no thought to the possibility of abduction, and that, in that sense, the treaty did not address it ; therefore abduction was not a

violation of the treaty. But surely extradition treaties are written against a background of established principles of international law, which preclude abduction ; surely, by addressing extradition only, the parties did not agree to tolerate abduction.

The Court did not consider at all that abduction is a violation of the human rights of the person seized. From that perspective, the participation in the abduction by officials of the territorial State, even the approval of the territorial government, would not justify or legalize the abduction. Indeed, if the territorial State participated in , or condoned, the abduction, not only the abducting State but the territorial State also is guilty of violating the human rights of the person abducted.

d. The Court relies on, and reaffirms *Ker-Friesbie* (without reexamining it). In my view, it is time to reexamine and reject it, as inconsistent with the rights of the person abducted under international human rights conventions as well as under customary law.

Ker-Friesbie holds, in effect, that the abducting State is not required to refrain from bringing the victim to trial, that such a "remedy" is not required to offset the territorial violation. And surely that "remedy" would not be required when there was no violation of the territorial State's interests because that State was party to the abduction or acquiesced in it. But seen, as it must now be seen, as a violation of the human rights of the person abducted, prohibiting the trial is an appropriate, probably the most appropriate remedy, as a deterrent to future violations. Acquiescence or condonation by the territorial State does not render the abduction any less a violation, and the nationality of the abductee is also irrelevant.

Should we consider the relevance of the existence of an international tribunal that has jurisdiction over the offense charged, whether an *ad hoc* tribunal or a permanent court?

Réponse de M. Franz Matscher (15 décembre 1997)

...

En principe, je suis d'accord avec le Rapport et le Projet de résolution. Permettez-moi néanmoins quelques observations :

ad p. 1, note 1 - La compétence extraterritoriale que les organes de la CE s'arrogent ne se limite pas au territoire des Etats membres ; voir ma réponse au point 4 du Questionnaire du 15.2.1994 (ma lettre du 15.7.1994).

ad p. 6 - D'après mon expérience à la Cour de Strasbourg, je me demande si la possibilité d'exprimer des opinions dissidentes peut contrebalancer une motivation plus ferme, c'est-à-dire, conduire à une telle. L'indigence de la motivation d'un arrêt – dans le sens d'en restreindre la portée au cas spécifique et d'éviter des formules qui pourraient être conçues comme l'expression d'un principe plus large – est due plutôt au fait que l'on cherche une majorité qui, à la rigueur, est disposée à accepter une formule plus étroite, mais pas une formule de portée plus générale. Je ne crois pas que, à cet égard, la possibilité d'exprimer des opinions séparées (dissidentes ou concordantes) joue un rôle.

ad p. 11 - Au sujet de la notion d'extraterritorialité on pourrait noter en marge que cette notion est employée aussi dans un autre sens. Je me réfère à la notion de "effet extraterritorial" (ou indirect) de certaines clauses de la CEDH, notamment les art. 3 et 6, qui interdisent de "prêter la main" à une violation de la Convention qui se produirait en dehors des Etats membres (voir par ex. les arrêts Soering/GB 7.7.1989 a/161 par. 85, par. 133 ; Droz et Janousek/F, E 26.6.1992 a/240 par. 110 et l'opinion concordante Matscher, p. 38).

ad p. 13 - Le problème de la "prise en considération" de biens localisés à l'étranger se pose également (en plus de la matière fiscale) également en matière de faillite.

ad p. 24 (au milieu du 2.al) - Je dirais plutôt : se localisant dans des entités qui ne possèdent pas nécessairement une personnalité juridique.

ad p. 33 (2.al) - La question de savoir si une convention de coopération juridique interétatique possède un caractère exclusif ou si le recours aux relatives procédures du droit autonome est néanmoins possible se pose également en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. La solution généralement admise est celle de la licéité d'utiliser la procédure la plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution. Mais ce qui est favorable à une partie peut, en même temps, être défavorable à l'autre. Je suis d'accord avec vous qu'il s'agit d'une question de l'interprétation de la convention.

ad p. 36 - La protection des droits fondamentaux n'est que un des aspects (bien sûr un aspect important) qui peut servir comme moyen pour rééquilibrer les rapports entre le droit international et le droit interne, ce qui, d'ailleurs, découle clairement du II/3 du projet de résolution.

ad p. 37 - Au sixième attendu du préambule du Projet de résolution j'inclurais la référence au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ce qui est d'intérêt pour III/1 du Projet de résolution).

Réponse de M. Jean Salmon (14 décembre 1998)

...

Je me bornerai à une seule remarque générale, réservant les observations particulières aux articles du Projet de résolution.

D'une manière générale, cette chronique d'une mort annoncée de la souveraineté me semble à la foi prématurée et inopportune.

Une chose est de constater qu'elle subit des atteintes, une autre est de croire qu'elle a cessé de pouvoir jouer un rôle tant qu'on n'a rien à

présenter à sa place si ce n'est la tyrannie d'une mondialisation que ne conduit que la recherche du profit par une minorité anonyme.

J'ai donc le sentiment qu'en divers endroits le Projet de résolution est excessif à l'égard de certains acquis du passé. Il est aussi regrettable qu'une série de points d'accord du 1er Rapport de la 19ème Commission disparaissent au seul profit d'un exposé centré sur les défectuosités des concepts ici envisagés dans des hypothèses sans doute importantes mais qui ne couvrent pas tout le champ du droit des relations internationales.

Je passe donc aux divers éléments du Projet de résolution.

Préambule

Pour se conformer à la rédaction habituelle je vous proposerais de commencer par les mots : "L'Institut de droit international", puis remplacer les "la" des cinq premiers alinéas en "sa" puisqu'il s'agit de textes de l'Institut.

Je préférerais que l'on rejette le dernier considérant en fin de Résolution comme Article IV.

Enfin, je vous proposerais d'introduire dans le préambule un paragraphe final du style :

"Vu l'évolution des relations internationales qui a pour effet de remettre en cause l'exercice traditionnel de la souveraineté, les concepts de territorialité ainsi que le champ extra territorial des compétences étatiques."

Article I

La première phrase du par. 1 est excessive. Il est constant que les catégories dégagées par la 19ème Commission dans son 1er projet tenaient parfaitement la route en matière pénale notamment. Comme tel le libellé actuel me semble donc difficilement acceptable. S'il s'agit simplement d'exprimer une description et si on radoucit l'expression on pourrait mettre dans le préambule :

“Constatant que les notions de territorialité et d’extraterritorialité sont dans de nombreuses hypothèses incapables de déterminer les limites imposées à la compétence des Etats par le droit international”.

La seconde phrase de l’Article I me semble aussi conduire à de sérieuses difficultés.

D’une part, je ne pense pas que le principe de territorialité soit lié à une conception périmee de la souveraineté. La souveraineté territoriale reste un fondement essentiel du droit international public et n’a rien de périme. Les Etats ne se sont jamais montrés aussi nationalistes et attachés à la détermination de leurs frontières. A croire que plus l’Etat se délite plus on est attaché à en conserver l’idéologie.

Il est en revanche exact que les progrès du droit international dans tous les domaines – pas seulement les droits fondamentaux de l’homme – ont pour effet de restreindre les compétences de l’Etat sur son territoire, mais elles restreignent aussi sa compétence personnelle et juridictionnelle.

Si je devais proposer une autre formulation je me hasarderais à dire :

“Le principe de territorialité se trouve aujourd’hui limité par l’élargissement du champ des obligations internationales notamment dans le domaine de la protection internationale des droits fondamentaux”.

Quant à la troisième phrase du paragraphe 1 de l’Article I, je la trouve aussi trop excessive, je proposerais une rédaction différente qui en limite la portée aux seules opérations touchées par la délocalisation :

“La délocalisation des principales opérations (...) a pour effet de rendre le concept d’extraterritorialité inapplicable à ce type de relations”.

Le par. 2 est très abstrait et les deux phrases qu’il comporte soulèvent des problèmes de compréhension pour qui n’a pas lu le rapport.

Au par. 3, remplacer l'expression "du recours à la force" par les mots "de sanctions notamment économiques".

Article II

Paragraphe 1. Si c'est l'hypothèse de l'affaire *Alvarez-Machain* qui est envisagée ici, la règle de droit international qui a été transgessée dans cette espèce tendait à délimiter les compétences d'un Etat *à l'égard des autres Etats* (en l'espèce respecter leur compétence territoriale) et non à l'égard des personnes relevant de leur juridiction.

La transgression des règles de droit international qui tendent à délimiter les compétences respectives des Etats et qui ont pour effet de porter atteinte à des personnes physiques ou morales et risque d'avoir des conséquences irrémédiables pour les personnes si ces dernières ne peuvent se prévaloir dans l'ordre interne de cette transgression pour en obtenir la cessation à leur profit.

Paragraphe 2. Ajouter après "interprétées" le membre de phrase "comme ayant un effet direct".

Quant à la seconde phrase du paragraphe 2 elle me semble inopportune car ou bien l'abstention de l'Etat victime de la transgression est une renonciation à son droit et alors, aussi regrettable que cela soit pour le particulier, le caractère directement applicable à la règle tombe en même temps ; ou bien cette abstention n'a pas cet effet et dans ce cas le caractère directement applicable de la règle continue à emporter ses effets. Telle serait la situation dans le cas où le consentement est *postérieur* à l'acte illicite et n'entraîne pas la disparition de la règle mais seulement la renonciation par l'Etat victime à engager la responsabilité du contrevenant ; les droits du particulier resteraient entiers si la règle a un effet direct.

Par. 3. La nature du droit fondamental garanti est vague si on ne sait pas qui en est le titulaire. Ajouter qu'il s'agit d'un droit fondamental "de la personne".

Article III

Cet article, en mêlant en une phrase deux idées complètement différentes émousse l'importance du concept fondamental qui est contenu dans la fin de la phrase. Le conditionnel de la second phrase est une triste reculade par rapport au droit international contemporain.

On pourrait peut être éviter ces inconvénients par une autre rédaction :

Le principe d'égale souveraineté protège les Etats contre toute immixtion des autres Etats dans le choix de son régime économique et social. Ce principe ne saurait cependant autoriser l'Etat à transgresser des droits fondamentaux de la personne internationalement garantis.

Pas d'observations pour les deux derniers paragraphes.

Reply of Mr. Frank Vischer (4 November 1998)

...

With regard to the proposed Resolution I am well aware of the difficulties to propose solutions which should allow a new orientation.

1. In part I. the notions of territoriality and extraterritoriality are considered to be inapt to determine the competences of States. In principle I agree with this statement. But I fear that the negative declaration is somewhat overstated. Whilst the notion of territoriality cannot be considered as the basic and controlling notion, territoriality as an instrument for the delimitation of States' power remains an important element in international law. In your report, you give multiple examples of illicit transgressions of a State into the territory of another. I refer to the cases of privation of the liberty of a person who is a resident in a different State.

In the abduction cases the territorial element in the notion of sovereignty is still of great importance. May I recall the "affair Jacob" which was regard in Switzerland as a test case just before the Second World War. Jacob, a Jewish German citizen, was accused of a serious crime in Germany and found refuge in Switzerland. A Gestapo commando kidnapped Jacob in Based and carried him back to Germany. Switzerland protested loudly and threatened to bring the case before the International Court of Justice in the Hague. In the end Germany retransferred Jacob to Switzerland. Everybody will agree that Germany violated the principles of international law. But if territoriality is no longer an element of international law and sovereignty "une conception périmée" which rules or principles of international law will prohibit such actions? In the conclusions of your Report (a) you admit that the abduction of *Alvarez-Machain* constituted "une violation de l'espace territorial mexicain" (p. 30). My concern is that the complete destruction of the territoriality notion goes too far and that we should explicitly state that there are cases where the territoriality element remains an important factor.

2. In the *Alvarez-Machain* case the majority of the Supreme Court followed the old adage *male captus bene detentus*. Should we not explicitly state in the Resolution that this adage is contrary to international law? If I read your draft Resolution correctly this conclusion is "sous-entendu". but I should like a more explicit statement even if not everybody would agree.

The necessity to indicate more clearly the principles of international law becomes evident in my view when in section II. (1) you speak of "les règles de droit international qui tendent à délimiter les compétences respectives des Etats ..." without giving any indication what these rules are or should be. In the present wording of the Resolution I miss somewhat more precise positive statements of the rules of international law which delimitates the "extraterritorial" power of the State (I apologize for using the word "extraterritorial").

I am aware of the difficulties to find an agreement on the basic concepts of international law. I understand your endeavour to deal only with certain aspects of the subject matter which are certainly of great

importance. But I should welcome a more precise indication of the rules of international law which would govern the issues.

Réponse de Michel Waelbroeck (28 octobre 1998)

Ce remarquable Rapport analyse avec autant de rigueur que de finesse un certain nombre de notions fondamentales touchant à la répartition des compétences entre Etats selon le droit international, et notamment celles d'extraterritorialité, de contrainte, de compétences législative, judiciaire et administrative. Il met en évidence de manière particulièrement claire et en faisant preuve d'un esprit critique poussé tantôt leurs ambiguïtés, tantôt le caractère incertain et fluctuant des limites qui existent entre elles. A ce titre, il apporte une contribution d'une importance inestimable pour l'étude de la matière.

I. Personnellement, je regrette un peu que les conclusions auxquelles aboutit la première partie du projet de résolution soient presque exclusivement négatives. S'il est vrai que les notions de territorialité et d'extraterritorialité ne sont guère aptes à déterminer les limites imposées à la compétence des Etats par le droit international, notamment en raison de la délocalisation croissante des activités économiques contemporaines, je me demande si l'on ne pourrait donner certaines indications concrètes concernant les cas dans lesquels l'Institut considère que l'exercice de la compétence étatique est – ou n'est pas – justifié. L'affirmation énoncée au point III.1 du Projet de résolution selon laquelle le principe de souveraineté devrait protéger les Etats contre toute immixtion d'autres Etats dans le choix de leur régime économique et social, quelque utile qu'elle soit, pourrait être développée en s'efforçant d'en dégager certaines conséquences pratiques.

Personnellement, je persiste à croire que la distinction entre "prescriptive jurisdiction" et "enforcement jurisdiction" présente de l'utilité. (J'ai plus de réserves en ce qui concerne la notion d' "adjudicatory jurisdiction" qu'il me paraît difficile de séparer nettement de celle de "prescriptive jurisdiction" : en effet, dans les deux cas, il s'agit d'adresser des ordres ("commands"), lesquels seront de nature individuelle ou générale, selon le cas). En revanche, s'agissant de l' "enforcement

jurisdiction”, peu contesteront, par exemple, qu’un Etat ne puisse accomplir des actes impliquant l’utilisation de la contrainte dans le territoire d’un autre Etat sans le consentement de celui-ci. Il s’agit là, me semble-t-il, d’un principe qui – même si sa portée est limitée – pourrait être réaffirmé et qui, en tout cas, oblige à nuancer quelque peu la conclusion assez pessimiste qui semble se dégager du point I.2 du Projet de résolution.

Je suis d’accord que la distinction entre les trois branches de la compétence *étatique* n’est guère utile. Mais la distinction entre compétence exécutive, au sens d’exercice de la contrainte, et compétence législative, au sens d’adresser des ordres, ne recouvre pas les mêmes phénomènes et me paraît pouvoir aider à la solution de nombreux cas pratiques.

Certes, il sera parfois possible à l’Etat qui désire aboutir à un certain résultat de le faire, sans recours direct à la contrainte, par la menace de la privation d’un avantage ou l’imposition d’une sanction. L’identité du résultat poursuivi ne justifie cependant pas l’assimilation des deux situations en ce qui concerne leur compatibilité avec le droit international. Ainsi, si la compétence internationale de ses tribunaux à l’égard d’un ressortissant étranger est établie, rien n’interdit à mon avis à l’Etat d’enjoindre à celui-ci de produire des documents utiles à la cause, même si ceux-ci sont situés à l’étranger, et de sanctionner le refus d’obtempérer (v. pages 22-23 du Projet de rapport). L’existence dans l’Etat où se trouvent les documents d’une éventuelle “contre-législation” interdisant la production de ceux-ci ne fait pas échec à la compétence internationale du premier Etat, même si elle peut constituer un moyen de défense dont il y aura lieu de tenir compte pour des raisons d’équité.

Pour prendre un autre exemple : si un pays, désireux de poursuivre le ressortissant d’un autre pays pour infraction à sa législation, le cite à comparaître devant ses tribunaux et l’informe que, en cas de refus de comparution, il risque d’être condamné par contumace, il n’y a pas de violation du droit international (à condition bien entendu que l’exercice des poursuites ne constitue pas en l’espèce un exercice déraisonnable de la compétence internationale de l’Etat). Mais si le même pays envoie ses agents se saisir de force de cet individu alors qu’il se trouve à l’étranger, il sera difficile de nier qu’une violation du droit international a été commise.

C'est pourquoi j'aurais tendance à aller plus loin que vous et à poser clairement le principe selon lequel, sous réserve de l'interdiction de l'accomplissement d'actes impliquant une contrainte, il n'existe pas d'autre limite à la compétence internationale des Etats que celle de ne pas en faire un usage déraisonnable.

Je suis confirmé dans cette opinion par la constatation qu'il existe de nos jours une concordance croissante entre les principales puissances économiques mondiales dans le sens d'une acceptation de la théorie des "effets". Ainsi, il est frappant que, dans l'affaire Boeing/ McDonnell Douglas, l'argument critiquant la prétendue "extraterritorialité" de l'action de la Commission n'ait à ma connaissance pas été utilisé du côté américain (ce qui, cela soit dit en passant, conduit à nuancer quelque peu ce que vous dites du "double standard" auquel on avait jadis parfois tendance à recourir en la matière). Selon des informations personnelles, il semble que le Royaume-Uni n'adopte plus une attitude aussi hostile que par le passé à l'égard de la doctrine de l'"extraterritorialité". Déjà l'arrêt Pâte de Bois, que vous critiquez durement, avait adopté une attitude qui me paraît raisonnable, n'allant pas jusqu'à approuver sans réserves la théorie des "effets", mais adoptant une position qui ne s'en écartait guère vu les circonstances de l'espèce (dont il ressortait que toutes les entreprises en cause vendaient leur pâte à des acheteurs établis dans la Communauté, de telle sorte qu'on pouvait à juste titre se limiter à la constatation que l'entente avait été "mise en oeuvre" dans la Communauté). Il est intéressant de relever que cette position concordait en substance avec la thèse soutenue par le gouvernement du Royaume-Uni dans son intervention dans cette affaire. Le problème de la compatibilité avec le droit international de la prétention de la Communauté d'exercer son contrôle sur des fusions entre entreprises dont toutes sont situées à l'étranger a de nouveau été soulevé dans l'affaire Gencor/Lonrho et l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés est attendu prochainement. Personnellement, je serais étonné que le Tribunal fasse droit à l'argumentation des requérants sur ce point.

Un autre problème sur lequel il serait à mon avis intéressant que l'Institut se prononce est celui de la conformité au droit international de la

prétention affirmée par certaines législations (notamment le *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* adopté en 1982 par les Etats-Unis) d'autoriser leurs tribunaux à appliquer leur loi à des comportements adoptés à l'étranger qui produisent des effets directs substantiels et prévisibles sur le commerce d'exportation d'une personne établie sur le territoire de l'Etat qui a adopté la législation en cause (voy. la section 3.131(1)(B) de la loi, ainsi que les *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* adoptées le 13 octobre 1994 par le Département de la justice des Etats-Unis). La Commission européenne, pour sa part, a exprimé des réserves au sujet de cette conception extensive dans sa réponse à la question écrite N° P-416/95 de Mme Oddy (JOCE, N° C 190, du 24 juillet 1995, p. 9).

II. S'agissant des conséquences internes d'une violation des règles de droit international qui délimitent la compétence internationale des Etats, je ne crois pas qu'on puisse affirmer que les individus possèdent un droit propre à exiger leur respect par les Etats. Il ne s'agit pas ici de ma part d'une prise de position dualiste, mais d'une interprétation de ce qui me paraît être la portée de la règle de droit international en cause. Il me semble que celle-ci vise exclusivement à régler les rapports entre Etats, de telle sorte que seuls ceux-ci ont qualité pour se plaindre en cas de violation. Un Etat peut consentir à ce qu'un autre accomplisse sur son territoire des actes impliquant le recours à la contrainte ; les individus éventuellement affectés n'ont à aucun titre à protester contre le fait qu'un consentement est donné.

Ceci ne signifie pas que, si un Etat a excédé sa compétence internationale sans que l'Etat dont la compétence est atteinte y ait consenti, l'individu qui en subit les conséquences ne puisse invoquer la violation ainsi commise dans la mesure où il y a intérêt. (D'où il suit que, comme je le dis à l'alinéa précédent, ma prise de position n'est pas nécessairement dualiste). En agissant ainsi, l'individu n'invoque pas un droit qui lui serait propre mais l'intérêt qu'il a à voir les règles relatives à la compétence internationale des Etats respectées. Dans cette mesure, je ne puis marquer mon accord sur l'affirmation selon laquelle les effets de la règle internationale relative à la répartition des compétences entre Etats ne devraient pas être influencés par l'attitude prise par l'Etat à la compétence duquel il a été porté atteinte.

Si la violation du droit international porte atteinte à un droit fondamental de l'individu, les tribunaux éventuellement saisis devront assurer la sauvegarde de ce droit fondamental dans la mesure où leur système judiciaire le leur permet. Cependant, il ne s'agit plus ici d'assurer le respect des règles régissant la compétence internationale des Etats mais bien celui des droits fondamentaux des individus.

III. Pour terminer, une remarque de détail concernant l'arrêt Schotte du 9 décembre 1987 de la Cour de justice des Communautés européennes, que vous citez à la page 27 du Projet de rapport.

Je ne pense pas qu'on puisse en déduire un principe général selon lequel la présence d'une filiale dans l'Etat du for justifie en toute circonstances la compétence des tribunaux de cet Etat sur les activités de l'entreprise étrangère dont relève cette filiale. Sauf erreur de ma part, l'affaire concernait une personne morale d'un Etat membre qui exerçait ses activités dans un autre Etat membre au moyen d'une filiale portant le même nom et ayant la même direction, et qui (ceci est sans doute plus important) concluait des affaires au nom de la personne morale en cause et servait de prolongement pour ses activités. Dans le cas d'une filiale exerçant des activités en son propre nom et pour son propre compte, l'article 5, 5^e de la Convention ne justifierait sans doute pas la compétence des tribunaux de l'Etat où elle est établie sur les activités de la société mère.

Reply of Mr. Karl Zemanek (30 September 1998)

...

I am greatly impressed by the analytical part of your Report. To a large extent it confirms my own thinking on the matter (see my Hague general course 1997) and where it does not, I have learned a great deal from it. Since I am answering your call so late, I shall not bother you with comments on pretty details.

I shall, however, answer the query on page 32, concerning domestically enforceable individual protection under an extradition treaty. I think that it has to be established for each extradition treaty separately. The *nature* of a treaty is to uncertain an element in interpretation to use it for a generalizing proposition. But I strongly support the proposals in II/1 and 2 of the draft resolution and fully subscribe to your remarks in the last para. on p. 34, continued on p. 35, concerning the interpretation of such agreements by domestic organs.

I also appreciate the sagacity of defusing the tiresome problem by a draft resolution which is primarily oriented towards the protection of individual rights. Whether this approach will meet with the approval of all our confrères is, however, difficult to fathom. Nevertheless, it is a gallant endeavour to try.

In one aspect the draft resolution has me, however, slightly puzzled. In point II/3 you use the words "violation du droit international" and in point III/3 you imply at least that such a violation may occur. But the draft resolution does not expose any substantial rule of international law which could be violated. Such as the draft resolution now stands it might, therefore, be misunderstood to suggest that a State could legislate on any foreign matter and impose that legislation on other States, as long as it obeyed the more or less procedural directives contained in the draft Resolution. As a minimum, I suggest, that either in III/1 or in a separate paragraph we refer to the principle of non-intervention as an absolute barrier to the exercise of jurisdiction abroad.

IX. Rapport définitif

22 janvier 1999

Daté du 15 novembre 1997, le rapport provisoire a fait l'objet d'observations précieuses de onze membres de la Commission, MM. Bedjaoui, Bos, Dinstein, Henkin, Matscher, Salmon, Vischer, Waelbroeck et Zemanek. Qu'ils en soient très chaleureusement remerciés.

La majorité des membres de la Commission a approuvé l'orientation générale du rapport. Seuls M. Bos et, dans une moindre mesure, M. Dinstein ainsi que M. Salmon conservent quelque nostalgie à l'égard du projet de résolutions déposé à la session de Milan.

Le présent rapport définitif s'appuie sur le rapport provisoire du 15 novembre 1997 qui a été intégralement reproduit pour l'intelligence des observations auxquelles il a donné lieu.

En revanche, il n'a pas paru nécessaire de publier à l'intention de tous les membres de l'Institut la communication sur l'état des travaux envoyée le 7 juin 1997 aux membres de la Commission et dont les éléments essentiels ont été repris dans le projet de rapport définitif.

Le rapport final est divisé en deux parties : la première contient quelques additions, corrections ou précisions au texte du 15 novembre 1997, rencontrant ou reprenant les réflexions faites par les membres de la Commission. La seconde partie commente les modifications apportées au projet de résolution, dont la plupart ont été inspirées par les observations de membres de la Commission.

I. Modifications et additions portées au Rapport provisoire**A. Réflexions de nature générale**

La majorité des membres de la Commission a approuvé une méthode consistant à rejeter toute distinction rigide entre le droit public et le droit privé, entre le droit international (public) et le droit international privé. Au demeurant dans les nombreux domaines où le droit international n'offre pas de règle assurée de répartition ou de limitation des compétences étatiques, c'est bien de conflits de lois qu'il s'agit, conflit entre l'application de la loi d'un Etat à des faits localisés (au moins partiellement) en dehors de son territoire (*Helmes-Burton, Pâtre de bois*) et la loi de l'autre Etat qui peut se prévaloir d'un titre de compétence territorial, voire même personnel.

En revanche, le rapporteur se rallie très volontiers à une observation faite par plusieurs membres de la Commission, à savoir que le principe de territorialité non seulement ne saurait être négligé mais qu'il conserve un rôle déterminant dans les domaines où la localisation matérielle de l'acte ne paraît pas douteuse. Au demeurant, la critique justifiée s'adressait moins au projet de rapport définitif où le principe de territorialité avait été affirmé à plusieurs reprises (III, A ; III, C ; IV, A) qu'au projet de résolution qui a, dès lors, été remanié afin de prendre en compte cette critique.

Une seconde orientation du rapport a bénéficié d'une large approbation des membres de la Commission, à savoir, la volonté de reconnaître à l'individu ou à l'entreprise victime d'une violation du droit international le droit de s'en prévaloir dans l'ordre interne. Sans doute s'agit-il d'une "vache sacrée" de la théorie du droit international, à savoir le clivage entre monistes et dualistes, mais il est urgent de dépasser ces distinctions dogmatiques et il ne faut pas être moniste pour introduire en droit constitutionnel interne une règle de conflit faisant prévaloir sur un acte ou une décision du législateur ou d'un juge de l'Etat une norme internationale protectrice d'un droit fondamental qui coïncide, au demeurant, avec les garanties similaires du droit constitutionnel interne.

Il a été particulièrement encourageant pour le rapporteur que M. Bedjaoui, M. Henkin et M. Vischer proposent très fermement le rejet de la règle *Male captus, bene detentus*, le second précisant que la jurisprudence américaine devrait renverser un précédent du XIX^e siècle, *Ker v. Illinois* (projet de rapport définitif, note 83).

En outre, selon M. Bedjaoui, la nationalité de la personne enlevée sans l'agrément du souverain territorial est sans pertinence, l'Etat victime de cette violation du droit international pouvant même dans ce cas éléver une protestation diplomatique, ce que confirme la suite donnée par l'Allemagne à l'affaire Jacob, évoquée par M. Vischer. Enfin, selon plusieurs membres de la Commission, notamment M. Bedjaoui et M. Salmon, le consentement de l'Etat territorial ne peut effacer après coup le caractère illicite de l'enlèvement puisqu'il doit avoir été donné auparavant, ce que confirme un texte de la Commission du droit international cité par le premier. Le rapporteur se rallie à ces observations, ce qui rend superflues certaines interrogations formulées dans le projet de rapport définitif (IV, B).

B. Additions ponctuelles au Rapport provisoire

III.C.

L'extension de la notion de contrainte à des situations qui ne comportent pas l'accomplissement d'actes de coercition physique paraît susciter des réticences chez certains membres de la Commission. Il paraît, dès lors, utile de compléter ce passage (immédiatement avant le D) du texte suivant :

Pour illustrer les figures intermédiaires entre l'exercice d'une coercition physique, une menace immédiate (le consentement donné sous la menace d'une arme) et le choix entre deux maux, on peut rappeler la doctrine de la *duress*. Dans un passage souvent cité du juge Holmes parlant pour la majorité de la Cour suprême des Etats-Unis il exprime une conception très restrictive de la contrainte.

This is one of the oldest fallacies of the law. The difference between the two is the difference between an act and no act. The distinction is well settled in the parallel institution of duress by threats, as distinguished from overmastering physical force applied to a man's body and importing to him the motion sought to be attributed to him. In the former case there is a choice and therefore an act, no less where the motive commonly is recognized as very strong or even generally overpowering, than when it is one which would affect the particular person, and not the public at large. It has been held on this ground that duress created by fear of immediate death does not excuse a trespass¹.

Mais il s'agit d'une opinion prononcée à une faible majorité (5-4), les juges Brown, Harlan, McKenna et Day ayant accusé la majorité d'une conclusion "irreconciliable with natural justice" (26 S Ct 11).

Dans cette affaire, la théorie de la *duress* avait été invoquée à propos d'une relation contractuelle entre deux entreprises privées. Quand un individu ou une entreprise allègue avoir "volontairement" cédé à la contrainte de l'Etat en payant une taxe inconstitutionnelle, la Cour Suprême des Etats-Unis, sous la plume du même juge Holmes, fait droit à la théorie de la *duress* :

Courts sometimes, perhaps, have been a little too slow to recognize the implied duress under which payment is made [...] justice may require that he should be at liberty to avoid those disadvantages by paying promptly and bringing suit on his side. [...] In other words, we are of opinion that the payment was made under duress².

¹ *The Eliza Lines*, 28 S Ct 8, 10-11 (1905).

² *Atchinson, Topeka and Santa Fe Railway Cy v. O'Connor*, 223 US 280 (1912). Comp. dans le même sens : *Gaar, Scott, and Cy v. Shannon*, 228 US 468, 471-473 (1912) ; *Union Pacific R. Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 248 US 67 (1918). Dans cet arrêt comme dans *Atchinson*, l'opinion de la Cour a été rédigée par le juge Holmes et il écrit notamment ce qui suit : It is always for the interest of a party under duress

Dans une affaire plus récente, il fut plaidé que le gouvernement des Etats-Unis, poussé par les nécessités de la guerre, avait dû se plier aux exigences d'une entreprise privée. La majorité de la Cour a rejeté très nettement l'application de la doctrine de la *duress* à ce gouvernement :

We cannot regard the government of the United States at war as so powerless that it must seek the organization of a private corporation as a helpless suppliant³.

Mais, cette fois, c'est l'opinion dissidente du juge Frankfurter qui combat l'irréalisme de la majorité :

To deny the existence of duress in a Government contract by ironic reference to the feebleness of the United States as against the overpowering strength of a single private corporation is an indulgence of rhetoric in disregard of fact (315 US 330).

III.D.

Après l'alinéa commençant par "Non seulement il existe ..." ajouter ce qui suit :

De tous les membres de la Commission c'est M. Waelbroeck qui paraît le plus favorable au maintien d'une distinction tranchée entre un acte de coercition physique et les autres formes de contrainte. Après avoir lu

to choose the lesser of two evils. But the fact that a choice was made according to interest does not exclude duress. It is the characteristic of duress properly so called (248 US 70).

³ *United States v. Bethlehem Steel Corp.*, 315 US 289, 305 (1942). Dans la doctrine, voir notamment : Robert L. Hale, "Force and the State : A Comparison of 'Political' and 'Economic' Compulsion", 35 *Columbia LR* (1935), 149-201 ; "Bargaining, Duress, and Economic Liberty", 43 *Columbia LR* (1943), 603-628 ; John P. Dawson, "Economic Duress – An Essay in Perspective", 45 *Michigan LR* (1947), 253-290.

avec attention les observations de son confrère le rapporteur est d'autant moins convaincu de leur bien fondé que le pouvoir étendu reconnu à l'Etat est tempéré d'une manière peu précise ("des raisons d'équité"; "à condition bien entendu que l'exercice des poursuites ne constitue pas en l'espèce un exercice déraisonnable de la compétence internationale de l'Etat").

Après l'alinéa commençant par "Le même élément d'immatérialité ..." ajouter ce qui suit :

En matière civile aussi, certains Etats étendent la compétence de leurs tribunaux à l'égard d'obligations contractées en pays étranger par des étrangers envers des ressortissants de cet Etat. M. Bedjaoui en donne pour exemple l'article 14 du Code civil français qui est un cas assez clair de compétence qui ne se fonde ni sur la territorialité ni sur la nationalité du débiteur.

II.D. A la fin de l'alinéa commençant par "Le règlement (CE) n° 2271/96 ..." il y a lieu d'ajouter ce qui suit :

M. Bedjaoui a utilement attiré l'attention du rapporteur sur certaines résolutions récentes de l'Assemblée générale des Nations Unies, notamment la résolution 52/10 du 5 novembre 1997, adoptée par 143 voix pour, 3 contre et 17 abstentions.

Compléments aux notes

A la note 21, ajouter :

Laurent Zecchini, "Les Etats-Unis hésitent à sanctionner les entreprises étrangères commerçant avec l'Iran", *Le Monde*, 1^{er} avril 1998, p.3.

A la note 22, ajouter :

Amy Ann Karpel, "The European Commission's Decision on the Boeing-McDonnell Douglas Merger and the Need for Greater U.S.-EU

Cooperation in the Merger Field”, 47 *The American University LR* (1998), 1029-1069.

Aux références de la note 49, ajouter :

Jens van den Brink, “Helmes-Burton : Extending the Limits of US Jurisdiction”, 44 *Netherl. Intern. LR* (1997), 131-148 ; Luisette Gierbolini, “The Helmes-Burton Act : Inconsistency with International Law and Irrationality at their Maximum”, 6 *Journal of Transnational Law and Policy* (1997), 289-321.

A propos de la note 69 :

M. Waelbroeck semble s’écarter de l’analyse succincte de l’arrêt du 9 décembre 1987 de la Cour de justice des Communautés européennes (texte précédent la note 69), mais il y a lieu de noter que deux commentaires de cet arrêt émanant d’autorités en la matière sont très critiques à l’égard de la solution de la Cour.

Compléter la note 78 par le texte suivant :

Non seulement l’accusé enlevé au Mexique a finalement été acquitté par la district court fédérale, mais les deux gouvernements se sont mis d’accord pour négocier la mise hors la loi des enlèvements sur le territoire d’un autre Etat. Voir sur ce point Harry A. Blackmun, “The Supreme Court and the Law of Nations”, 104 *The Yale LJ* (1984), 39-49, 40-43.

La note 80 doit être complétée de la référence à l’affaire Jacob, signalée par M. Vischer :

Peu avant le début de la seconde guerre mondiale, la Gestapo arrêta à Bâle un sujet allemand, et le Gouvernement de la Confédération obtint que l’intéressé fût autorisé à regagner le territoire suisse.

Ajouter à la note 81 ce qui suit :

La violation de l'espace territorial français était tempérée par la circonstance qu'un brigadier de la gendarmerie maritime française avait prêté main-forte aux membres de l'équipage anglais qui avait ramené le détenu à bord du navire britannique. Toutefois, cet agent subalterne n'avait pas le pouvoir ni de se prononcer sur le refus du droit d'asile ni de déroger aux formalités de l'extradition. Alors que la sentence arbitrale tient pour une simple hypothèse la nature irrégulière de l'arrestation en territoire français, Anzilotti juge cette hypothèse établie : "Estradizione in transito e diritto d'asilio", Note *Riv. Dir. Int.*, 1912, reproduit dans *Opere di D. Anzilotti*, t. II, *Diritto internazionale pubblico*, t° 2°, p. 207-219. En outre, les autorités anglaises avaient prévenu l'administration française de la présence de Savarkar à bord d'un navire faisant escale à Marseille, en leur demandant de veiller à ce que des personnes de nature à semer le trouble ne s'efforcent de pénétrer dans le navire. Selon l'analyse très fine qu'Anzilotti fait de cet accord préalable il n'en résultait pas le droit pour les policiers anglais d'arrêter l'évadé sur le territoire français même avec l'assistance d'un agent local dont la présence n'était pas prévue à cette fin. C'est donc une interprétation à juste titre restrictive du consentement préalable de l'Etat territorial que propose Anzilotti et il conclut à la violation du droit international commise par les policiers anglais, ce qui aurait dû conduire à ordonner la restitution de Savarkar au Gouvernement français.

La note d'Anzilotti est d'autant plus intéressante qu'elle préfigure la doctrine de l'arrêt du *Lotus* à l'opinion majoritaire duquel Anzilotti a certainement participé car ses opinions dissidentes ou séparées ont été relativement nombreuses.

II. Justification du nouveau Projet de Résolution

A. Le Préambule a été modifié et complété suite aux observations de plusieurs membres de la Commission, notamment MM. Bedjaoui, Salmon et Zemanek.

B. C'est la première partie du projet de résolution qui a été le plus profondément amendée afin de rencontrer les observations de plusieurs membres de la Commission, notamment MM. Bos, Dinstein, Henkin, Salmon, Vischer et Waelbroeck.

La résolution I, 3 et les résolutions II et III n'ont reçu que des retouches formelles.

Projet de Résolution

Les limites fixées par le droit international à la compétence des Etats sur les personnes relevant de leur juridiction

Janvier 1999

Rappelant ses Déclarations de New York (1929) sur “les droits internationaux de l’homme” et de Lausanne (1947) sur “les Droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du Droit International”, ainsi que sa résolution d’Oslo (1977) sur “les entreprises multinationales”, sa résolution d’Athènes (1979) sur “la loi du contrat entre un Etat et une personne privée étrangère”, sa résolution de Cambridge (1983) intitulée “Nouveaux problèmes en matière d’extradition”, sa résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle (1989) sur “la protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats”, sa résolution de Lisbonne (1995) sur “les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres” ;

Vu le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques ;

Vu l’article 60, paragraphe 5, de la Convention de Vienne sur le droit des traités ;

Vu la résolution du 23 août 1996 sur l’opinion du Comité juridique interaméricain en exécution de la résolution AG/DOC. 3375/96 de l’Assemblée générale de l’Organisation des Etats américains, intitulée “Liberté du commerce et investissement dans l’hémisphère” ;

Considérant que l'évolution des relations internationales a eu pour effet de remettre en question l'exercice traditionnel de la souveraineté et la détermination du domaine spatial des compétences étatiques ;

Considérant qu'en de nombreuses hypothèses, notamment celles qui sont liées à la délocalisation des principales opérations de l'économie contemporaine, les notions de territorialité et d'extraterritorialité sont inaptes à déterminer les limites fixées à la compétence des Etats par le droit international ;

Considérant que les limites assignées par la présente résolution aux compétences étatiques régissent également les compétences qu'un traité international a transférées à une entité supranationale.

I.

1. L'Etat exerce sur l'étendue de son territoire le pouvoir exclusif d'accomplir des actes matériels de coercition sur les personnes et d'exécution forcée sur les biens et celui d'autoriser, avant leur accomplissement, l'exercice d'actes de même nature par les organes d'un autre Etat.

2. Le principe de territorialité est aujourd'hui limité par l'élargissement du champ des obligations internationales, notamment celles qui protègent les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

3. La notion de contrainte ne saurait être limitée aux actes matériels de coercition physique exercés sur une personne ou sur un bien. Le critère de localisation qui s'applique correctement à de tels actes est impuissant à saisir d'autres formes de contrainte, telles que la menace du recours à la force, de la privation d'un bien ou de sanctions économiques. Le seul énoncé de telles menaces qui ne sauraient être mises à exécution que sur le territoire de l'Etat des autorités duquel elles émanent est de nature à exercer une forme de contrainte sur le comportement de leurs destinataires en quelque lieu que ce soit, contrainte qui pour être indirecte n'en est pas moins certaine.

II.

1. Les règles de droit international qui tendent à délimiter les compétences territoriales des Etats sur les personnes relevant de leur juridiction risquent d'être inopérantes si ces personnes ne peuvent se prévaloir dans l'ordre interne de la transgression de l'une de ces règles par l'organe d'un Etat qui était tenu de les prendre en considération.
2. De telles règles de droit international devraient dès lors être interprétées en ce sens que leur violation puisse être invoquée par la personne ou l'entreprise aux droits de laquelle elle a infligé un dommage. Pareils effets de la règle de droit international dans l'ordre interne ne devraient pas être influencés par l'attitude qui aurait été prise par l'Etat à la compétence duquel la transgression de la même règle aurait porté atteinte après que celle-ci a eu lieu.
3. Quand la violation du droit international a en outre eu pour effet de porter atteinte à un droit fondamental garanti à la personne par un traité international ou par la constitution de l'Etat sur le territoire duquel pareille violation a été commise ou à la compétence duquel elle peut être rattachée, le titulaire de ce droit fondamental doit être en mesure de le faire prévaloir sur l'exercice de la compétence étatique.

III.

1. Le principe de souveraineté protège un Etat contre toute immixtion des autres Etats dans le choix de leur régime économique et social. Ce principe ne saurait cependant autoriser l'Etat à transgresser les droits fondamentaux de la personne internationalement garantis.
2. Les Etats sont appelés à étendre leur coopération dans les domaines qui relèvent de l'intérêt général de l'humanité. A défaut d'accord interétatique préalable, les Etats devraient admettre les effets sur leur territoire d'actes émanant des organes d'autres Etats et qui poursuivent un tel intérêt.

3. Les Etats devraient s'abstenir de poursuivre une politique qui leur est propre par des moyens qui risquent de porter atteinte à la compétence d'autres Etats qui ne partagent pas cette politique. Ils ne devraient pas davantage abuser de leur position dominante pour faire prévaloir leurs intérêts au détriment des compétences concurrentes d'autres Etats.

**

**Achevé d'imprimer sur rotative
par l'Imprimerie Darantiere à Dijon-Quetigny
en juillet 1999**

Dépôt légal : 3^e trimestre 1999
N° d'impression : 99-0558

