

International Law
on the Eve of the
Twenty-first Century

*Views from the
International Law Commission*

Le droit international
à l'aube
du XXI^e siècle.

Réflexions de codificateurs



United Nations
Nations Unies
New York, 1997

UNITED NATIONS PUBLICATION
Sales No. E/F 97.V.4
ISBN 92-1-133512-4

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: E/F 97.V.4
ISBN 92-1-133512-4

Copyright © United Nations 1997—Copyright © Nations Unies 1997
All rights reserved—Tous droits réservés

TABLE OF CONTENTS
TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
Preface	vii
Préface	ix
Avant-propos	xi
Foreword	xv
Biographical Notes on the Contributors	xix
Notices biographiques des contributeurs	xxv
Abréviations	xxxii
Abbreviations	xxxii
Introduction: The Achievement of the International Law Commission	1
Introduction : L'œuvre de la Commission du droit international..	19
TOMUSCHAT, Christian	
International Law as the Constitution of Mankind	37
LUKASHUK, Igor Ivanovich	
The Law of the International Community	51
JACOVIDES, Andreas	
The Role of International Law in the World Today and Tomorrow	69
BENNOUNA, Mohamed	
Droit international et diversité culturelle	79

	<i>Page</i>
CRAWFORD, James Universalism and Regionalism from the Perspective of the Work of the International Law Commission.....	99
KUSUMA-ATMADJA, Mochtar The Contribution of New States to the Development of International Law with a Special Emphasis on the Law of the Sea.....	123
VILLAGRÁN KRAMER, Francisco Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale	137
BOWETT, Derek William The Role of International Organizations in the Implemen- tation of International Law	163
SZÉKELY, Alberto Non-Binding Commitments: A Commentary on the Soft- ening of International Law Evidenced in the Environ- mental Field.....	173
RAO, Pemmaraju Sreenivasa Environment as a Common Heritage of Mankind: A Policy Perspective	201
MAHIOU, Ahmed Le droit au développement.....	217
FOMBA, Salifou Le droit au développement en tant que droit de l'homme ...	237
YAMADA, Chusei Peace Through Disarmament? Legal Aspect.....	253
ROSENSTOCK, Robert An International Criminal Responsibility of States?	265

	<i>Page</i>
PELLET, Alain	
Vive le crime ! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international	287
BARBOZA, Julio	
<i>Sine Delicto</i> (Causal) Liability and Responsibility for Wrongful Acts in International Law	317
THIAM, Doudou	
Responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle.....	329
VARGAS CARREÑO, Edmundo	
Humanitarian Intervention	339
HE, Qizhi	
Reflections on the Teaching, Study, Dissemination and Wider Appreciation of International Law.....	365
AL-BAHARNA, Husain	
Future Topics for the Codification of International Law Viewed in Historical Perspective.....	373

PREFACE

Fifty years ago, on 21 November 1947, the General Assembly established the International Law Commission as its principal instrument for discharging the responsibilities placed on it by Article 13, paragraph 1 (a), of the Charter of the United Nations, namely, to initiate studies and make recommendations for the purpose of "encouraging the progressive development of international law and its codification". The first members of the Commission were elected on 3 November 1948 and the Commission opened its first session the following year, on 12 April 1949. Thereupon, the Commission embarked on its work.

The Commission consists of 34 individual experts in international law—professors, government legal advisers, statesmen and diplomats—representing the main forms of civilization and the principal legal systems of the world. It is this concentration of expertise and the diversity of the experience and background of its members that so well equip the Commission to develop international law truly universal in conception and in scope.

The Commission has published final reports on some 24 topics and has produced over 20 sets of draft articles containing basic rules on a host of areas fundamental to international law. They range from sources of international law to State jurisdiction, from the law of international organizations to the position of the individual in international law, from succession of States to natural resources and economic relations. In fact, the Commission has completed extensive work in many, if not most, of the principal fields of general public international law.

Many of the sets of draft articles produced by the Commission have served as the bases for global treaties on the subjects concerned and have consequently had a significant effect on the international legal order. A number of these treaties have assumed a structural role within the domains of international law to which they relate, the most prominent examples being the law of diplomatic and consular relations, international criminal law, the law of treaties, the law of international organizations and the law of the sea. Even those draft articles which have not yet played such a role represent pronouncements on the law by a highly authoritative body in the field, and they too have exerted a substantial influence on the practice of States and of inter-

national organizations, including in their national legislation and internal rule-making.

The General Assembly has declared the period 1989-1999 the United Nations Decade of International Law. Two of the main objectives of the Decade are to encourage the progressive development of international law and its codification and to promote the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law. Having regard to the substantial achievement of the International Law Commission in both of these fields, it is most appropriate that the Commission has decided to publish this collection of essays by its members as a contribution to the Decade.

It accordingly gives me great pleasure to prepare a Preface for this publication produced by such a distinguished body—a body of which I am proud once to have counted myself a member.



Boutros Boutros-Ghali
17 December 1996

PRÉFACE

Il y a cinquante ans de cela, le 21 novembre 1947, l'Assemblée générale créait la Commission du droit international, principal instrument dont elle dispose pour s'acquitter des responsabilités que lui assigne l'Article 13, paragraphe 1 a), de la Charte des Nations Unies, aux termes duquel il lui incombe de provoquer des études et faire des recommandations en vue d'« encourager le développement progressif du droit international et sa codification ». Les premiers membres de la Commission ont été élus le 3 novembre 1948, et ses travaux mis en chantier l'année suivante, le 12 avril 1949, date à laquelle elle a ouvert sa première session.

La Commission se compose de 34 spécialistes du droit international — professeurs, conseillers juridiques de gouvernements, hommes politiques et diplomates — représentant les formes principales de civilisation et les principaux systèmes de droit. La diversité des compétences, de l'expérience et des horizons, voilà ce qui l'arme si bien pour créer un droit international véritablement universel dans sa conception comme dans sa portée.

La Commission a publié des rapports finaux sur deux douzaines de sujets et produit plus d'une vingtaine d'ensembles de projets d'articles énonçant des principes directeurs relatifs à quantité de questions d'importance cruciale, qui vont des sources du droit international à la compétence des Etats, du droit des organisations internationales à la position de l'individu en droit international, de la succession d'Etats aux ressources naturelles, en passant par les relations économiques. En fait, la Commission a mené à bien de vastes travaux dans bon nombre, voire dans la plupart des principaux domaines du droit international public général.

Les ensembles de projets d'articles produits par la Commission ont servi à établir nombre d'instruments internationaux consacrés aux questions considérées et, partant, ont eu une incidence considérable sur l'ordre juridique international. Un certain nombre de ces instruments remplissent une fonction normative dans les domaines du droit international auxquels ils se rapportent, les exemples les plus marquants étant offerts par le droit des relations diplomatiques et consulaires, le droit international pénal, le droit des traités, le droit des organisations internationales et le droit de la mer. Même ceux des projets d'articles qui n'ont pas encore atteint à un statut aussi élevé constituent les avis d'une instance faisant autorité, et ont eux aussi

influé de façon non négligeable sur la pratique des Etats et des organisations internationales, au plan notamment du droit interne et de la législation nationale.

L'Assemblée générale a déclaré la période 1989-1999 Décennie des Nations Unies pour le droit international. Deux des objectifs principaux de la Décennie sont d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification et de stimuler l'enseignement, l'étude, la diffusion et une compréhension plus large du droit international. Eu égard à la contribution marquante qu'elle a apportée dans chacun de ces deux domaines, la Commission du droit international était toute désignée pour publier ce recueil d'essais de ses membres placé sous le signe de la Décennie.

C'est avec le plus grand plaisir que je signe donc aujourd'hui la préface à la publication d'un groupe d'éminentes personnalités auquel je suis fier d'avoir moi-même appartenu.



Boutros Boutros-Ghali
Le 17 décembre 1996

AVANT-PROPOS

L'approche de la cinquantaine est l'heure des bilans, un peu nostalgiques parfois. C'est aussi « la force de l'âge », celui auquel, la maturité atteinte, l'œuvre accomplie peut être consolidée, sans pour autant qu'il soit trop tard pour se lancer dans de nouvelles entreprises.

C'est très précisément la situation dans laquelle se trouve la Commission du droit international, créée le 21 novembre 1947 par la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale.

Si elle se tourne vers les années passées, la Commission n'a, assurément, pas à rougir de son bilan. Quoiqu'il soit de bon ton, dans certains milieux, de railler son train de sénateur, elle a accompli une œuvre considérable dans des domaines très divers; et il n'est pas exagéré de dire qu'elle a établi les bases d'un véritable droit constitutionnel de la communauté internationale dont le projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats et, surtout, le projet d'articles sur le droit des traités qui a débouché sur le « traité des traités » qu'est la Convention de Vienne de 1969, constituent sans doute les éléments les plus marquants.

Il est au demeurant patent que l'année 1996 constitue très probablement un tournant dans la vie de la Commission du droit international : lors de sa quarante-huitième session, elle a achevé en seconde lecture la rédaction du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité — un sujet qui figurait à son ordre du jour (avec de longues éclipses il est vrai) depuis 1947 — et, en première lecture, celle du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, thème central, au cœur de l'énigme que constitue l'existence même du droit international, ce droit qui lie entre eux, d'abord même si pas exclusivement, des Etats *souverains*, tandis qu'elle a transmis à l'Assemblée générale un projet, élaboré par un groupe de travail, portant sur la responsabilité pour faits licites en droit international.

Mais, de ce fait, la Commission du droit international est affrontée à un problème : aucun nouveau projet d'envergure n'est inscrit à son ordre du jour. Les deux sujets qui le sont¹, pour importants qu'ils soient, sont davantage des compléments à son œuvre passée que des thèmes nouveaux ouvrant des champs d'investigation réellement

¹ Ces sujets sont « Les réserves aux traités » d'une part, et « Succession d'Etats et nationalité des personnes physiques et morales » d'autre part.

inédits. Et il est certainement préoccupant de constater que, malgré les efforts considérables déployés par la Commission pour proposer de nouvelles orientations, aussi bien quant à ses méthodes de travail (et, corrélativement, à celles de la Sixième Commission) qu'en ce qui concerne son programme de travail², ses appels soient, jusqu'à présent, demeurés sans effet, ou, du moins, ne se soient traduits par aucune conséquence concrète, l'Assemblée générale n'ayant ni approuvé formellement de nouveaux thèmes de codification et de développement progressif du droit international, ni étudié sérieusement les voies et moyens d'améliorer les méthodes de travail de la Commission du droit international et de la Sixième Commission, malgré quelques signes encourageants dans la résolution 51/160 adoptée le 16 décembre 1996.

Sans qu'une « révolution » soit nécessaire, une réforme en profondeur des modes de fonctionnement de la Commission s'impose pourtant. La Commission du droit international a été créée en 1947 dans un contexte de guerre froide commençante; elle était composée alors de quinze experts indépendants, essentiellement des universitaires; et la « technicité » des questions qu'elle avait vocation à traiter était sans commune mesure avec celle des problèmes d'aujourd'hui. A l'heure actuelle, composée de trente-quatre membres, en majorité issus du service diplomatique, la Commission travaille dans un contexte où les oppositions idéologiques se trouvent apaisées, mais elle est affrontée à la complexité croissante des problèmes d'un droit qui doit régir une communauté de quelque deux cents Etats dont l'interdépendance se renforce, et à la spécialisation à outrance qu'entraîne cette évolution.

Quant à son programme de travail, il est virtuellement considérable comme le montre le recensement des sujets possibles de codification et de développement progressif du droit international effectué par la Commission en 1996³ qui établit combien la tâche qui lui a été confiée demeure plus actuelle que jamais. Mais elle ne peut s'en acquitter que si elle bénéficie de la confiance des Etats représentés au sein de la Sixième Commission; ce n'est peut-être pas une vue abusivement pessimiste des choses que de considérer qu'ils la lui mesurent chichement.

² Voir, pour le dernier état de la question, le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, chapitre VII, par. 141 à 249 (« Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission ») et annexe II (« Rapport sur le programme de travail à long terme »).

³ *Ibid.*, annexe II, pp. 366-372, par. 4.

Au demeurant, le but du présent ouvrage n'est pas de faire le bilan de l'œuvre de la Commission, quoique l'Introduction, rédigée par la Division de la codification du Secrétariat des Nations Unies, en fournisse l'esquisse précieuse en ce qu'il s'efforce d'évaluer l'interaction entre les travaux de la Commission et le droit international général, en mettant l'accent sur l'influence de ceux-ci sur l'évolution de celui-là. Il est, plus modestement, de proposer au public un ensemble d'articles, rédigés par vingt membres de la Commission sur des sujets très divers, dont l'unité tient surtout à leur caractère essentiellement prospectif.

La Commission du droit international a pensé qu'en publiant ce recueil de contributions, qui reflète les vues de ses membres sur des sujets qui leur paraissent d'une importance particulière, elle apporterait sa pierre à la Décennie des Nations Unies pour le droit international, proclamée par la résolution 44/23 de l'Assemblée générale en date du 17 novembre 1989. Elle espère contribuer de cette façon à l'enseignement, l'étude, la diffusion et une compréhension plus large du droit international. Je suis heureux de le présenter au public, tout en regrettant que les contraintes financières nous aient obligés à publier une version bilingue, où l'anglais se taille une part prépondérante, alors qu'une publication dans chacune des six langues de travail de la Commission aurait, sans aucun doute, accru son impact et assuré plus efficacement que ces buts soient atteints.

En tant que Président du Groupe de travail de la Commission du droit international sur la contribution de la Commission à la Décennie des Nations Unies pour le droit international, je souhaite remercier très vivement mes collègues qui ont contribué à cet ouvrage et les membres du Secrétariat qui ont rendu sa publication possible, tout particulièrement Mlle Jacqueline Dauchy et M. Roy S. Lee, qui ont été successivement les deux Secrétaires de la Commission durant la période de son élaboration, le second ayant en outre rédigé, avec M. David Hutchinson, la précieuse Introduction, pour le contenu duquel j'assume cependant une pleine et entière responsabilité, M. Georges Korontzis, et Mme Christiane Bourloyannis-Vrailas, qui a assuré la tâche ingrate de l'« *editing* » et s'est dépensée sans compter pour assurer l'achèvement de l'ouvrage dans des conditions parfois difficiles.



Alain Pellet

FOREWORD

The approach of the fiftieth anniversary is a time for taking stock, sometimes with a certain nostalgia. It is also the "prime of life", when, maturity having been reached, the work which has been carried out can be consolidated, although at the same time it is not too late to undertake new endeavours.

That is precisely the situation of the International Law Commission, established on 21 November 1947 by General Assembly resolution 174 (II).

If it looks back over the past years, the Commission certainly has no reason to be ashamed of its record. Although it is fashionable, in some circles, to deride its slow pace, the Commission has carried out a great deal of work in very varied fields; and it is no exaggeration to say that the Commission has laid the foundations for a true constitutional law of the international community, of which the draft declaration on the rights and duties of States and, above all, the draft articles on the law of treaties which led to the "treaty of treaties", the 1969 Vienna Convention, are undoubtedly the most significant aspects.

It is also clear that the year 1996 is likely to mark a turning point in the Commission's existence: at its forty-eighth session, the Commission completed, on second reading, the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind—a topic which had been on its agenda (with long gaps, admittedly) since 1947—and, on first reading, the draft articles on State responsibility, a central subject which goes to the heart of the enigma of the very existence of international law, the law which binds, primarily, albeit not exclusively, *sovereign* States; the Commission also transmitted to the General Assembly a draft, prepared by a working group, concerning international liability arising out of acts not prohibited by international law.

As a result, however, the Commission is faced with a problem: there is no new large-scale project in its programme of work. The two topics which are on the agenda,¹ important as they may be, are additions to its past work rather than new subjects opening out truly unexplored fields of investigation. And it is certainly disturbing to note that, despite the considerable efforts made by the Commission to

¹ These topics are "Reservations to treaties", on the one hand, and "State succession and its impact on the nationality of natural and legal persons", on the other.

propose new directions, both with regard to its working methods (and, as a corollary, those of the Sixth Committee) and with regard to its programme of work,² so far its appeals have gone unheeded or, at least, have not led to any specific result, since the General Assembly has neither formally approved new topics for the codification and progressive development of international law, nor seriously studied ways and means of improving the working methods of the Commission and of the Sixth Committee, despite some encouraging signs in General Assembly resolution 51/160, adopted on 16 December 1996.

Although there is no need for a "revolution", an in-depth reform of the Commission's methods of operation is necessary. The Commission was established in 1947 in the context of the early days of the cold war; at that time it consisted of 15 independent experts, mainly from universities; and the technical character of the issues it had to take up bore no comparison with that of the problems today. At present, consisting of 34 members, mostly from the diplomatic service, the Commission is working in a context in which ideological conflicts have subsided, but it is faced with the growing complexity of the problems of a law which has to govern a community of some 200 States whose interdependence is growing, and the high level of specialization this entails.

As to the Commission's programme of work, it is potentially considerable as shown by the list of possible topics for the codification and progressive development of international law drawn up by the Commission in 1996,³ which demonstrates that the task entrusted to the Commission is more relevant than ever. But the Commission cannot perform that task unless it has the confidence of the States represented in the Sixth Committee; it is perhaps not too pessimistic a view of matters to say that States give that confidence sparingly.

The purpose of this book is not to take stock of the Commission's work, although the Introduction, drafted by the Codification Division of the United Nations Secretariat, provides a valuable outline for such an endeavour by attempting to evaluate the interaction between the Commission's work and general international law, stressing the influence of the former on the evolution of the latter. It is, more modestly, to offer to the public a collection of essays, drafted

² See, for the latest developments on the question, the Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, Chap. VII, paras. 141-249 ("Programme, procedures and working methods of the Commission and its documentation") and Annex II ("Report on the long-term programme of work").

³ *Ibid.*, Annex II, pp. 328-334, para. 4.

by 20 members of the Commission, on very varied topics, linked above all by their essentially forward-looking nature.

The Commission felt that in publishing this collection of essays, which reflects the views of its members on topics which they consider to be of particular importance, it would be playing its part in the United Nations Decade of International Law, proclaimed by the General Assembly in resolution 44/23 of 17 November 1989. It hopes that it will be contributing in this manner to the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law. I am happy to present it to the public, while expressing regret that financial constraints forced us to publish a bilingual version, in which English is predominant, although publication in each of the Commission's six working languages would undoubtedly have increased its impact and ensured more effectively that these goals would be attained.

As Chairman of the Commission's Working Group on its contribution to the United Nations Decade of International Law, I wish to thank very warmly my colleagues who contributed to this book and the members of the Secretariat who made its publication possible, especially Miss Jacqueline Dauchy and Mr. Roy S. Lee, who were successively the two Secretaries of the Commission during the period of its elaboration, the latter having also, along with Mr. David Hutchinson, drafted the excellent Introduction, for the content of which I, however, assume full and complete responsibility; Mr. George Korontzis; and Ms. Christiane Bourloyannis-Vrailas, who undertook the thankless task of editing, and spared no effort to ensure the completion of the book in sometimes difficult conditions.



Alain Pellet

BIOGRAPHICAL NOTES ON THE CONTRIBUTORS*

AL-BAHARNA, Husain

Barrister-at-Law of Lincoln's Inn, London; Practising Barrister and Legal Counsel, Bahrain; Member of the Bahrain Bar Society; Member of the Council for International Commercial Arbitration; Former Minister of Legal Affairs of Bahrain.

BARBOZA, Julio

Ambassador; Professor of International Law at the Catholic University and the Belgrano University in Buenos Aires; Former Legal Adviser to the Argentine Ministry of Foreign Affairs; Former Professor of International Law at the Buenos Aires State University; Chairman of the International Law Commission at its forty-fifth session; Special Rapporteur on International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law.

BENNOUNA, Mohamed

Professor, holder of the *agrégation* of the Faculties of Law; Director-General of the Arab World Institute in Paris; Member of the Institut de Droit international; Former Dean of the Faculty of Law of Rabat; Former Ambassador of Morocco; Member of various Moroccan delegations to the General Assembly of the United Nations; Member of the Moroccan delegation to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea.

BOWETT, Derek William

Emeritus Whewell Professor of International Law at the University of Cambridge; Member of the Institut de Droit international; Queen's Counsel and Bencher of the Middle Temple; Former Legal Officer of the United Nations, New York; Former General Counsel of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, Beirut.

*No mention is made here of the authors' publications. The opinions expressed are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the administrations to which they belong or those of the United Nations.

CRAWFORD, James

Whewell Professor of International Law and Co-Director of the Research Centre for International Law, University of Cambridge; Former Professor of Law at Adelaide and Sydney Universities in Australia; Former Member of the Australian Law Reform Commission; Counsel in numerous cases before the International Court of Justice; Chairman of the Working Group of the International Law Commission on a Draft Statute for an International Criminal Court.

FOMBA, Salifou

Professor of Public and Private International Law at the National School of Administration in Bamako; Former Legal Adviser in the Ministry for Malians Abroad and in the Ministry of Human Rights; Former Member and Rapporteur of the United Nations Commission of Experts established to examine allegations of genocide in Rwanda.

HE, Qizhi

Legal Adviser of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China; Professor of International Law at Beijing University; Member of the Legal Commission of the National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference; Recipient of a special award from the State Council of China in 1992 for his outstanding contribution to the development of social science.

JACOVIDES, Andreas

Ambassador of Cyprus to the United States; Former Permanent Representative of Cyprus to the United Nations; Former Ambassador of Cyprus to Germany; Former Permanent Secretary of the Ministry of Foreign Affairs of Cyprus; Former Professor of United Nations Law at the New School for Social Research in New York; Representative of Cyprus in numerous international legal bodies.

KUSUMA-ATMADJA, Mochtar

Professor at the Padjaran University Law School; Member of the Panel of Arbitrators and of the Panel of Conciliators of the International Centre for Settlement of Investment Disputes; Former Chairman of the Iraq-Kuwait Boundary Demarcation Commission; Former Minister of Justice of Indonesia; Former Minister for Foreign Affairs of Indonesia.

LUKASHUK, Igor Ivanovich

Professor and Chief Researcher at the Institute of State and Law of the Academy of Sciences of Russia; Member of the International Law Committee of the Parliament of Russia; Representative of the Russian President at the Federal Assembly in respect of the draft Statute on Treaties of Russia; Member of the Executive Committee of the Russian Association of International Law; Former Member of the Permanent Court of Arbitration.

MAHIOU, Ahmed

Professor of Law; Holder of the *agrégation* of the Faculties of Law; Director of Research at the National Centre for Scientific Research; Director of the Institute for Research and Study of the Arab and Muslim World; Former Dean of the Faculty of Law of Algiers; Visiting Professor at various universities in Africa and Europe; Chairman of the International Law Commission at its forty-eighth session.

PELLET, Alain

Holder of the *agrégation* of the Faculties of Law; Professor at the University of Paris X-Nanterre and at the Institute of Political Studies of Paris; Former Alternate Member of the Subcommittee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities of the United Nations; Member of French delegations to the General Assembly and various organs of the United Nations; Counsel in numerous cases before the International Court of Justice; Special Rapporteur on Reservations to treaties.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa

Joint Secretary and Legal Adviser of the Ministry of External Affairs of India; Coordinator of the Meetings of Legal Advisers of the Members of the United Nations; Member of the Expert Group of the United Nations Environment Programme on General Principles of Environmental Law; Former Legal Adviser to the Permanent Mission of India to the United Nations; Chairman of the International Law Commission at its forty-seventh session.

ROSENSTOCK, Robert

Legal Adviser, United States Mission to the United Nations; Visiting Professor at the University of Georgia School of Law; Member of the United States delegation to the plenipotentiary codification conferences on the Law of Treaties, Succession of States in respect of Treaties, Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, Treaties Concluded between

States and International Organizations or between International Organizations.

SZÉKELY, Alberto

Ambassador; Professor of International Law at the National Autonomous University of Mexico, the College of Mexico, Arizona State University and the School of Advanced International Studies; International Environmental Lawyer and Consultant; Research Director at the Transboundary Resources Center, University of New Mexico; Member of the Permanent Court of Arbitration; Former Legal Adviser of the Mexican Foreign Ministry.

THIAM, Doudou

Former Minister of Finance, Economic Affairs and Planning of the Federation of Mali; Former Minister of Justice of Senegal; Former Minister for Foreign Affairs of Senegal; Former Minister, Deputy to the President of the Republic of Senegal; Lawyer at the Dakar Court of Appeals since 1951; Chairman of the International Law Commission at its thirty-third and thirty-eighth sessions; Special Rapporteur on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.

TOMUSCHAT, Christian

Professor of Public Law and Director of the Institute of International and European Law, Humboldt University, Berlin; Former Professor of Public Law and Director of the Institute of International Law, University of Bonn; Former Member of the Human Rights Committee; Lecturer at The Hague Academy of International Law; Chairman of the International Law Commission at its forty-fourth session.

VARGAS CARREÑO, Edmundo

Ambassador, Permanent Representative of Chile to the Organization of American States; Member of the Permanent Court of Arbitration; Former Under-Secretary of Foreign Affairs and Former Legal Adviser of the Ministry of Foreign Affairs of Chile; Former Professor of Public International Law at the School of Law of the Catholic University of Chile and the University of Chile.

VILLAGRÁN KRAMER, Francisco

Former Professor of International Law at the University of Guatemala and the University of El Salvador; Former Vice-President of the Republic of Guatemala; Delegate of Guatemala to the

Sixth Committee of the General Assembly; Former Member of the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States.

YAMADA, Chusei

Special Assistant to the Minister for Foreign Affairs of Japan; Professor of International Law at Waseda University, Tokyo; Former Ambassador of Japan to the Conference on Disarmament; Former Ambassador of Japan to Bhutan; Former Ambassador of Japan to Egypt; Former Ambassador of Japan to India.

NOTICES BIOGRAPHIQUES DES CONTRIBUTEURS*

AL-BAHARNA, Husain

Inscrit au barreau, Lincoln's Inn, Londres; avocat et conseiller juridique au Bahreïn; membre de la Bahrain Bar Society; membre du Conseil pour les arbitrages commerciaux internationaux; ancien Ministre bahreïnite chargé des questions juridiques.

BARBOZA, Julio

Ambassadeur; professeur de droit international public à l'Université catholique et à l'Université Belgrano de Buenos Aires; ancien conseiller juridique du Ministère argentin des relations extérieures; ancien professeur de droit international à l'Université d'Etat de Buenos Aires; Président de la Commission du droit international à sa quarante-cinquième session; Rapporteur spécial pour la Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

BENNOUNA, Mohamed

Professeur agrégé des facultés de droit; Directeur général de l'Institut du monde arabe à Paris; membre de l'Institut de Droit international; ancien doyen de la faculté de droit de Rabat; ancien Ambassadeur du Maroc; membre de différentes délégations marocaines à l'Assemblée générale des Nations Unies; membre de la délégation marocaine à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

BOWETT, Derek William

Professeur émérite de droit international à l'Université de Cambridge (chaire Whewell); membre de l'Institut de Droit international; avocat de la Couronne et membre de l'ordre des avocats du Middle Temple; ancien juriste de l'Organisation des Nations Unies à New York; ancien conseiller général de l'Office de se-

* Il n'est pas fait mention ici des publications des auteurs. Les contributions n'engagent que leurs auteurs et ne représentent pas nécessairement les vues des administrations auxquelles ils appartiennent, ni des Nations Unies.

cours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient à Beyrouth.

CRAWFORD, James

Professeur de droit international (chaire Whewell) et Codirecteur du Centre de recherche de droit international à l'Université de Cambridge; ancien professeur de droit à l'Université d'Adelaide et à l'Université de Sydney (Australie); ancien membre de la Commission de réforme du droit australien; conseil et avocat dans de nombreuses affaires devant la Cour internationale de Justice; Président du Groupe de travail de la Commission du droit international sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale.

FOMBA, Salifou

Professeur de droit international public et privé à l'Ecole nationale d'administration de Bamako; ancien conseiller juridique au Ministère des Maliens de l'extérieur et au Ministère des droits de l'homme; ancien membre et rapporteur de la Commission d'experts des Nations Unies créée pour enquêter sur les allégations de génocide au Rwanda.

HE, Qizhi

Conseiller juridique du Ministère chinois des affaires étrangères; professeur de droit international à l'Université de Beijing; membre de la Commission juridique du Comité national de la Conférence politique consultative du peuple chinois; a reçu un prix spécial du Conseil d'Etat chinois, en 1992, pour sa contribution exceptionnelle au développement des sciences sociales.

JACOVIDES, Andreas

Ambassadeur de Chypre aux Etats-Unis d'Amérique; ancien Représentant permanent de Chypre auprès de l'Organisation des Nations Unies; ancien Ambassadeur de Chypre en Allemagne; ancien Secrétaire permanent du Ministère chypriote des affaires étrangères; ancien professeur de droit des organismes des Nations Unies à la Nouvelle Ecole pour la recherche sociale de New York; représentant de Chypre auprès de nombreux organes juridiques internationaux.

KUSUMA-ATMADJA, Mochtar

Professeur à la faculté de droit de l'Université de Padjaran; inscrit sur la liste des conciliateurs et arbitres établie par le Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements; ancien Président de la Commission de démarcation des frontières

entre l'Iraq et le Koweït; ancien Ministre indonésien de la justice; ancien Ministre indonésien des affaires étrangères.

LUKASHUK, Igor Ivanovich

Professeur et Directeur de recherche à l'Institut d'administration publique et de droit de l'Académie des sciences de Russie; membre de la Commission du droit international du Parlement russe; représentant du Président russe à l'Assemblée fédérale pour la rédaction de la loi sur les traités de la Russie; membre du Comité exécutif de l'Association russe de droit international; ancien membre de la Cour permanente d'arbitrage.

MAHIOU, Ahmed

Professeur de droit; Agrégé des facultés de droit; Directeur de recherche au Centre national de recherche scientifique; Directeur de l'Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman; ancien doyen de la faculté de droit d'Alger; professeur invité auprès de plusieurs universités en Afrique et en Europe; Président de la Commission du droit international à sa quarante-huitième session.

PELLET, Alain

Agrégé des facultés de droit; professeur à l'Université de Paris X-Nanterre et à l'Institut d'études politiques de Paris; ancien membre suppléant de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies; membre des délégations de la France à l'Assemblée générale et divers organes des Nations Unies; conseil et avocat dans de nombreuses affaires devant la Cour internationale de Justice; Rapporteur spécial pour les Réserves aux traités.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa

Cosecrétaire et conseiller juridique du Ministère fédéral indien des affaires extérieures; coordonnateur des réunions des conseillers juridiques des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies; membre du groupe d'experts du Programme des Nations Unies pour l'environnement sur les principes généraux du droit de l'environnement; ancien conseiller juridique de la Mission permanente de l'Inde auprès de l'Organisation des Nations Unies; Président de la Commission du droit international à sa quarante-septième session.

ROSENSTOCK, Robert

Conseiller juridique de la Mission permanente des Etats-Unis auprès de l'Organisation des Nations Unies; professeur invité à

la faculté de droit de l'Université de Georgie; membre de la délégation des Etats-Unis aux conférences plénipotentiaires de codification sur le droit des traités, sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat, sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales.

SZÉKELY, Alberto

Ambassadeur; professeur de droit international à l'Université nationale autonome du Mexique, au Collège du Mexique, à l'Université de l'Etat d'Arizona et la Haute Ecole d'études internationales; juriste et consultant, spécialiste de questions de droit international de l'environnement; Directeur de recherche au Centre de ressources transfrontières à l'Université du Nouveau Mexique; membre de la Cour permanente d'arbitrage; ancien conseiller juridique du Ministère mexicain des relations extérieures.

THIAM, Doudou

Ancien Ministre des finances, des affaires économiques et du plan de la Fédération du Mali; ancien Ministre de la justice du Sénégal; ancien Ministre chargé de la suppléance du Président de la République du Sénégal; avocat à la Cour d'appel de Dakar depuis 1951; Président de la Commission du droit international à ses trente-troisième et trente-huitième sessions; Rapporteur spécial pour le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

TOMUSCHAT, Christian

Professeur de droit public et Directeur de l'Institut de droit international et de droit européen de l'Université Humboldt à Berlin; ancien professeur de droit public et Directeur de l'Institut de droit international à l'Université de Bonn; ancien membre du Comité des droits de l'homme; conférencier à l'Académie de droit international de La Haye; Président de la Commission du droit international à sa quarante-quatrième session.

VARGAS CARREÑO, Edmundo

Ambassadeur, Représentant permanent du Chili auprès de l'Organisation des Etats américains; membre de la Cour permanente d'arbitrage; ancien Sous-Secrétaire aux relations extérieures et conseiller juridique du Ministère chilien des relations extérieures; ancien professeur de droit international public à la faculté de droit de l'Université Catholique du Chili et l'Université du Chili.

VILLAGRAN KRAMER, Francisco

Ancien professeur de droit international à l'Université du Guatemala et à l'Université d'El Salvador; ancien Vice-Président de la République du Guatemala; représentant du Guatemala à la Sixième Commission de l'Assemblée générale; ancien membre du Comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains.

YAMADA, Chusei

Assistant spécial du Ministre japonais des affaires étrangères; professeur de droit international à l'Université Waseda de Tokyo; ancien Ambassadeur du Japon à la Conférence du désarmement; ancien Ambassadeur du Japon au Bhoutan; ancien Ambassadeur du Japon en Egypte; ancien Ambassadeur du Japon en Inde.

ABRÉVIATIONS ABBREVIATIONS

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Annuaire...</i>	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>
<i>BYIL</i>	<i>British Year Book of International Law</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>ChYIL</i>	<i>Chinese Yearbook of International Law</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts</i>
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	<i>CPJI, Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i>
<i>I.C.J. Reports</i>	<i>ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>
<i>ILR</i>	<i>International Law Reports</i>
<i>P.C.I.J., Series A</i>	<i>PCIJ, Collection of Judgments</i>
<i>P.C.I.J., Series B</i>	<i>PCIJ, Collection of Advisory Opinions</i>
<i>Recueil des cours...</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>REDI</i>	<i>Revue égyptienne de droit international</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RSA</i>	<i>Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales</i>
<i>RYIL</i>	<i>Russian Year Book of International Law</i>
<i>UNRIAA</i>	<i>United Nations, Reports of International Arbitral Awards</i>
<i>Yearbook...</i>	<i>Yearbook of the International Law Commission</i>

INTRODUCTION

THE ACHIEVEMENT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Article 13, paragraph 1 (a), of the Charter of the United Nations places upon the General Assembly the obligation to "initiate studies and make recommendations for the purpose of ... encouraging the progressive development of international law and its codification". On 21 November 1947, the General Assembly, in pursuance of its responsibilities under this Article, adopted resolution 174 (II), by which it resolved to establish the International Law Commission.¹ The publication of this collection of essays therefore coincides with the fiftieth anniversary of the Commission's creation.² It is accordingly an appropriate time to look back at the work of that body and record its achievement.³

The progressive development of international law and its codification have been one of the major aspects in the evolution of international law since the Second World War, one in which the Commission has played a central role. Of the Commission's many accomplishments in this sphere, there are three in particular which are especially worthy of attention and which will be discussed here. First, the Commission has produced over 20 sets of draft articles setting forth basic rules in most of the key areas of international law. Many of these sets of draft articles have, in turn, been transformed into major global

¹ This resolution was adopted on the basis of a report (document A/331 and Corr.1) submitted by the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, which had been established by the General Assembly in the previous year in order to consider the methods by which the General Assembly might most effectively discharge the responsibilities placed on it by Article 13, paragraph 1 (a), of the Charter.

² The first elections to the Commission were conducted in the year following its creation, on 3 November 1948. The Commission opened its first session the year after, on 12 April 1949.

³ It may be noted that the General Assembly, by its resolution 51/160 of 16 December 1996, has requested the Secretary-General to make appropriate arrangements to commemorate the fiftieth anniversary of the establishment of the International Law Commission through a colloquium on progressive development and codification of international law to be held during the consideration in the Sixth Committee of the report of the Commission on the work of its forty-ninth session (see paragraph 18 of the resolution).

treaties within the fields to which they relate. Second, a number of these sets, through the medium of the conventions which have been elaborated on their basis, have assumed a structural or foundational position within the domains to which they relate. Indeed, certain such sets have become fundamental to the very conduct of relations between States. Third, the Commission has succeeded in integrating itself into the process of custom-formation, including, most strikingly of all, the process for the creation of new rules of customary international law. Each of these three major attainments will be reviewed in turn.

I.

Article 1, paragraph 1, of its Statute provides that “[t]he International Law Commission shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification”.⁴ In pursuance of this objective,⁵ the Commission has, to date, produced over 20 sets of draft articles, which set forth rules of international law in many of its key areas. In fact, there are, today, few domains of international law to the development of which it has not contributed in this way.⁶ Viewed in these terms, the achievement of the Commission cannot but be recognized as substantial.

The achievement of the Commission is all the greater still in so far as many of the sets of draft articles which it has produced have gone on to serve as the bases of major global conventions which constitute juridical landmarks in the fields to which they relate. That the Commission should play a part in the process of treaty-making was explicitly envisaged by its Statute.⁷ The role which was there foreseen for the Commission consisted essentially in preparing draft texts which might serve as the basis of the work of a meeting of States’

⁴ The Commission’s Statute is annexed to General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947.

⁵ Notwithstanding the general scope of article 1, paragraph 1, articles 16, 17, paragraphs 1 and 2 and 18, paragraphs 2 and 3, of the Statute make it clear that the Commission’s task is one which is essentially selective in nature: progressively to develop and to codify international law on those topics in which such an undertaking is deemed to be “necessary”, “desirable” or “appropriate”. It is, therefore, not the Commission’s function to undertake the progressive development and codification of each and every area of international law. Much less does its mission consist in the eventual rendering of that law into some exhaustive written “code”. See Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10 (A/51/10)* (hereinafter Report... forty-eighth session), p. 206, para. 168.

⁶ See the conclusion reached by the Commission in the review which it conducted of the work of its first 25 sessions: *Yearbook... 1973*, vol. II, p. 228, document A/9010/Rev.1, para. 156.

⁷ See articles 15 and 23, paragraphs 1 (c) and (d).

representatives gathered to elaborate and adopt a convention. While such a role was not without precedent,⁸ the structure and organization of the Commission and the procedures and modalities in accordance with which it was to discharge that role were quite novel and without any precise parallel in international practice. It is a singular tribute to the Commission that, without the guidance offered by any directly applicable precedents, it quickly accommodated itself to a role which was basically untried and untested and developed practices which enabled it fully to realize its potential. The following review of the Commission's accomplishments, in terms of the draft articles which it has produced, is eloquent testimony to this fact.⁹

A. In the field of the sources of international law, the Commission has produced three sets of draft articles, two of which have served as the bases of the work of international conferences and have led to the adoption of multilateral conventions on the subjects concerned. In 1966, the Commission adopted a set of 75 draft articles on the law of treaties,¹⁰ which went on to form the basis of the Convention on the Law of Treaties, done at Vienna on 23 May 1969.¹¹ Subsequently, in 1982, the Commission adopted a set of 81 draft articles on the law of treaties between States and international organizations or between international organizations, together with an annex.¹² These served as the basis of the Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, done at Vienna on 21 March 1986.¹³ The third set of draft articles which the Commission has adopted in this domain—the draft articles on most-favoured-nation clauses¹⁴—were brought to the attention of Member States and interested intergovernmental organizations by the General Assembly in its decision 46/416 of 9 December 1991.

In addition to producing draft articles, the Commission has also provided advice to the General Assembly on three specific matters within the field of the sources of international law: namely, ways and

⁸ For the organization and operation of the Committee of Experts for the Progressive Development of International Law and of the Preparatory Committee for the Codification Conference which were created by the League of Nations, see document A/AC.10/5, pp. 52-70.

⁹ For a detailed summary of the operation and activities of the Commission, as well as the texts of the draft articles which it has produced and of the conventions which have been elaborated on the basis of those drafts, see United Nations, *The Work of the International Law Commission*, 5th ed., Sales No. E.95.V.6.

¹⁰ *Yearbook...* 1966, vol. II, pp. 177-187, document A/6309/Rev.1.

¹¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

¹² *Yearbook...* 1982, vol. II (Part Two), pp. 17-77.

¹³ Document A/CONF.129/15.

¹⁴ *Yearbook...* 1978, vol. II (Part Two), pp. 16-73.

means for making the evidence of customary international law more readily available;¹⁵ extended participation in general multilateral treaties concluded under the auspices of the League of Nations;¹⁶ and reservations to multilateral conventions.¹⁷ As far as this last matter is concerned, the Commission is in the course of addressing it once more, as part of its current programme of work, with the aim of producing a guide to practice.¹⁸

B. In the domain of international relations, the Commission has produced a total of five sets of draft articles. Of these, four have gone on to serve as the bases of multilateral conventions:¹⁹ namely, the Convention on Diplomatic Relations, done at Vienna on 18 April 1961;²⁰ the Convention on Consular Relations, done at Vienna on 24 April 1963;²¹ the Convention on Special Missions, adopted by the General Assembly on 8 December 1969;²² and the Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, done at Vienna on 14 March 1975.²³ The fifth set of draft articles produced by the Commission in this field—the draft articles and draft optional protocols one and two on the status of the diplomatic courier and the diplomatic bag not accompanied by diplomatic courier²⁴—was brought to the attention of States Members of the United Nations by the General Assembly by means of its decision 50/416 of 11 December 1995.

¹⁵ *Yearbook... 1950*, vol. II, pp. 367-374, document A/1316. That the Commission should conduct a study and make a report on this subject is stipulated in Article 24 of the Commission's Statute.

¹⁶ *Yearbook... 1963*, vol. II, pp. 217-223, document A/5509.

¹⁷ *Yearbook... 1951*, vol. II, pp. 125-131, document A/1858.

¹⁸ For the Commission's proposed plan of work on this topic, see Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session, *Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 10 (A/50/10)* (hereinafter Report... forty-seventh Session), p. 260, para. 491. The two reports which have so far been submitted by the Special Rapporteur for the topic are to be found in document A/CN.4/470 and Corr.1 and document A/CN.4/477 and Add.1.

¹⁹ Draft articles on diplomatic intercourse and immunities with commentaries, *Yearbook... 1958*, vol. II, pp. 89-105, document A/3859; draft articles on consular relations with commentaries, *Yearbook... 1961*, vol. II, pp. 93-128, document A/4843; draft articles on special missions with commentaries, *Yearbook... 1967*, vol. II, pp. 347-368, document A/6709/Rev.1 and Rev.1/Corr.1; and draft articles on the representation of States in their relations with international organizations with commentaries and annex, *Yearbook... 1971*, vol. II (Part One), pp. 284-338, document A/8410/Rev.1.

²⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95.

²¹ *Ibid.*, vol. 596, p. 261.

²² *Ibid.*, vol. 1400, p. 231.

²³ Document A/CONF.67/16.

²⁴ *Yearbook... 1989*, vol. II (Part Two), pp. 14-49.

C. The sets of draft articles which went on to form the basis of the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character on the one hand, and the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations on the other,²⁵ may also be considered a contribution to the field of the law of international organizations.

D. In the field of jurisdiction and immunities, the Commission has adopted a number of sets of draft articles. In so far as privileges and immunities are concerned, in addition to the five sets of draft articles referred to in section B above,²⁶ the Commission has also adopted one further set—the draft articles on jurisdictional immunities of States and their property²⁷—which the General Assembly, by its resolution 49/61 of 9 December 1994, has decided should be placed before a conference of plenipotentiaries for its consideration. The Commission has also produced one set of draft articles pertaining to the subject of the exercise of jurisdiction.²⁸ This set went on to serve as the basis of the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, which was adopted by the General Assembly on 14 December 1973.²⁹

E. In the related field of international criminal law, the Commission has produced three important sets of draft articles: the Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal;³⁰ a draft Statute for an International Criminal Court;³¹ and the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.³² As far as the second of these three sets is concerned, the General Assembly has decided, in its resolution 51/207 of 17 December 1996, that a conference of plenipotentiaries should be convened in 1998 to conclude a convention on

²⁵ See the text at footnote 12.

²⁶ See text at footnotes 19 to 24 above.

²⁷ *Yearbook... 1991*, vol. II (Part Two), pp. 13-62.

²⁸ Draft articles on the prevention and punishment of crimes against diplomatic agents and other internationally protected persons with commentaries, *Yearbook... 1972*, vol. II, pp. 312-323, document A/8710/Rev.1.

²⁹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, p. 167.

³⁰ *Yearbook... 1950*, vol. II, pp. 374-378, document A/1316.

³¹ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10)* (hereinafter Report... forty-sixth session), pp. 43-146.

³² Report... forty-eighth session, pp. 14-120.

the subject. The third set—the draft Code of Crimes—is currently the subject of consideration by the General Assembly.³³

F. In so far as concerns the position of the individual in international law, the Commission, in addition to its achievements in the field of international criminal law, has adopted two texts: a draft Convention on the Reduction of Future Statelessness and a draft Convention on the Elimination of Future Statelessness.³⁴ The former served as the basis of the Convention of the same title which was done at New York on 30 August 1961.³⁵ It should also be mentioned that the Commission has in its current programme of work the topic of State succession and its impact on the nationality of natural and legal persons.³⁶

G. Two sets of draft articles have been adopted by the Commission in the domain of the law of international spaces. One of these went on to serve as the basis of four major multilateral conventions:³⁷ the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone,³⁸ the Convention on the High Seas,³⁹ the Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas⁴⁰ and the Convention on the Continental Shelf,⁴¹ each done at Geneva on 29 April 1958. By its resolution 49/52 of 9 December 1994, the General Assembly determined that another of these sets—the draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses⁴²— should constitute the basis of a framework convention, which is currently being elaborated by its Sixth Committee convening as a Working Group of the Whole.⁴³

³³ The General Assembly, in paragraph 2 of resolution 51/160 of 16 December 1996, has drawn the attention of States participating in the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court to the relevance of the draft Code to their work.

³⁴ *Yearbook... 1954*, vol. II, pp. 143-147, document A/2693.

³⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 989, p. 175.

³⁶ For the Commission's proposed plan of work on this topic, see Report... forty-eighth session, p. 177, para. 88. For the two reports which the Special Rapporteur for this topic has submitted to date, see document A/CN.4/467 and document A/CN.4/474 and Corr.1 and 2.

³⁷ Draft articles concerning the law of the sea, *Yearbook... 1956*, vol. II, pp. 256-264, document A/3519.

³⁸ United Nations, *Treaty Series*, vol. 516, p. 205.

³⁹ *Ibid.*, vol. 450, p. 11.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. 559, p. 285.

⁴¹ *Ibid.*, vol. 499, p. 311.

⁴² Report... forty-sixth session, pp. 197-326.

⁴³ The Working Group did not complete its work in 1996 and a second session of the Working Group is planned for 1997 (see General Assembly resolution 51/206 of 17 December 1996).

H. As far as concerns the law and practice of the peaceful settlement of disputes, in addition to a set of Model Rules on Arbitral Procedure,⁴⁴ which the General Assembly brought to the attention of Member States by means of its resolution 1262 (XIII) of 14 November 1958, the Commission has adopted specific draft provisions laying down procedures for the resolution of disputes which might arise in the interpretation or application of certain or any of the articles of the drafts which it has produced on a number of the topics which are mentioned in this part.⁴⁵

I. The domain of State succession has been the focus of two sets of draft articles adopted by the Commission,⁴⁶ both of which have gone on to serve as the bases of multilateral conventions:⁴⁷ the Convention on Succession of States in respect of Treaties, done at Vienna on 23 August 1978,⁴⁸ and the Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, done at Vienna on 8 April 1983.⁴⁹

J. The Commission has also adopted one set of draft articles in the field of States' fundamental rights and duties: the draft Declaration on the Rights and Duties of States.⁵⁰ By its resolution 375 (IV) of 6 December 1949, the General Assembly commended the draft Declaration to the attention of Member States and of jurists of all nations.

⁴⁴ *Yearbook... 1958*, vol. II, pp. 83-86, document A/3859.

⁴⁵ See draft article 73 of the draft articles concerning the law of the sea (see footnote 37 above); draft article 45 of the draft articles on diplomatic intercourse and immunities (see footnote 19 above); draft article 62 of the draft articles on the law of treaties (see footnote 10 above); draft article 82 of the draft articles on the representation of States in their relations with international organizations (see footnote 19 above); draft article 12 of the draft articles on the prevention and punishment of crimes against diplomatic agents and other internationally protected persons (see footnote 28 above); draft articles 65 and 66 and the draft annex of the draft articles on the law of treaties between States and international organizations or between international organizations (see footnote 12 above); and draft article 33 of the draft articles on the non-navigational uses of international watercourses (see footnote 42 above). Note also draft articles 54 to 60 and draft annexes I and II of the draft articles on State responsibility, as provisionally adopted by the Commission on first reading (see footnote 51 below).

⁴⁶ Draft articles on succession of States in respect of treaties and commentaries, *Yearbook... 1974*, vol. II (Part One), pp. 174-269, document A/9610/Rev. I, and draft articles on succession of States in respect of State property, archives and debts and commentaries, *Yearbook... 1981*, vol. II (Part Two), pp. 20-113.

⁴⁷ The Commission is also currently working on the topic of State succession and its impact on the nationality of natural and legal persons (see the text at footnote 36 above).

⁴⁸ Document A/CONF.80/31.

⁴⁹ Document A/CONF.117/14.

⁵⁰ *Yearbook... 1949*, pp. 287-288, document A/CN.4/13 and Corr.1.

K. The Commission is currently engaged in preparing draft articles on two further subjects, both of which are of fundamental importance to the operation of the international legal system. The first is State responsibility, on which topic the Commission has recently adopted on first reading a set of 60 draft articles and two annexes.⁵¹ The other is liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law.⁵²

This brief survey makes for an impressive record, attesting to the substantial contribution which the Commission has made to almost all of the major fields of international law.

II.

A further measure of the Commission's achievement is the significant effect which its work has had upon the very structure of international law in a number of its constituent fields.

First and foremost, several of the major multilateral conventions which have been concluded on the basis of the Commission's draft articles have become fundamental to the whole conduct of modern international relations.

No instruments have greater claim to that status than the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and the 1963 Vienna Convention on Consular Relations. These two conventions have attracted among the highest levels of participation of any treaty in existence, there currently being 178 and 157 States party to them, respectively. In the words of the International Court of Justice, these two instruments are "of cardinal importance for the maintenance of good relations between States in the interdependent world of today".⁵³ Diplomacy, as the International Court has remarked,⁵⁴ is "an instrument essential for effective co-operation in the international community, and for enabling States... to achieve mutual understanding and to resolve their differences by peaceful means";⁵⁵ while "the unimpeded conduct of consular relations... is no less important in the context of present-day international law, in promoting the development of friendly relations among na-

⁵¹ Draft articles on State responsibility, Report... forty-eighth session, pp. 125-151.

⁵² For an outline of the current state of the Commission's work on this topic, see Report... forty-eighth session, pp. 178-182. For the set of draft articles which has been prepared by a working group of the Commission, see *ibid.*, pp. 235-327.

⁵³ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3, para. 91. See also *ibid.*, paras. 45 and 92.

⁵⁴ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979*, p. 7.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 39.

tions".⁵⁶ The "imperative obligations" which govern those two institutions the Court has found to be "now codified in the Vienna Conventions of 1961 and 1963".⁵⁷

The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties enjoys a position which is similarly structural to the whole international legal order.⁵⁸ As the contents of the almost 1500 volumes of the *Treaty Series* which the United Nations has published to date make clear, treaties play a "fundamental role in... international relations" and are of "ever-increasing importance... as a source of international law and as a means of developing peaceful cooperation among nations".⁵⁹ The 1969 Convention sets forth rules to regulate the use of this basic instrument of international relations. On a large number of occasions now, the rules which many of its provisions lay down have been declared to possess the status of customary (general) international law by the International Court of Justice,⁶⁰ by regional courts and com-

⁵⁶ *Ibid.*, para. 40.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 41. See also *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment* (see footnote 53 above), para. 45: "[t]he Vienna Conventions [of 1961 and 1963], which codify the law of diplomatic and consular relations, state principles and rules essential for the maintenance of peaceful relations between States and accepted throughout the world by nations of all creeds, cultures and political complexions".

⁵⁸ There are currently 81 States Parties to this convention and a further 21 States which are signatories to it.

⁵⁹ See the first and second preambular paragraphs of the 1969 Convention. The seventh paragraph of that Convention's preamble further affirms that "the codification and progressive development of the law of treaties achieved in the present Convention will promote the purposes of the United Nations set forth in its Charter, namely, the maintenance of international peace and security, the development of friendly relations and the achievement of co-operation among nations".

⁶⁰ The International Court of Justice has cited provisions of the Vienna Convention as laying down rules of general international law in the following cases: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para. 94; *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment*, I.C.J. Reports 1972, p. 46, para. 38; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment*, I.C.J. Reports 1973, p. 3, paras. 24 and 36; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1980, p. 73, para. 47; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, para. 178 (note also para. 190); *Frontier Dispute, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 554, para. 17; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1988, p. 69, para. 35; *Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment*, I.C.J. Reports 1991, p. 53, para. 48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992*, I.C.J. Reports 1992, p. 351, paras. 373, 375 and 380; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, I.C.J. Reports 1993, p. 3, para. 13; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment*, I.C.J. Reports 1994, p. 6, para. 41; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissi-*

missions⁶¹ and by various arbitral tribunals,⁶² as well as by United Nations treaty-bodies.⁶³

Through the medium of the conventions which they have inspired, certain of the sets of draft articles which the Commission has produced have, therefore, played a direct and fundamental role in the regulation of the basic instruments by which international relations are conducted. Equally remarkable is that the conventions in question were concluded and, in the case of the law of treaties, the Commission's draft articles elaborated during a period in which the international community was undergoing a profound societal change as the result of the accession to independence of a great number of new States. By establishing and consolidating rules which are fundamental to the operation of the international system, the instruments in question helped at a crucial time to maintain confidence in international law and to ensure the stability of international society itself.

bility, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 112, para. 23; and Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 6, para. 33.

⁶¹ See, for example, *Golder Case*, European Court of Human Rights, Series A, No. 18, Judgment of 21 February 1975, *ILR*, vol. 57, p. 200, para. 29; *Temeltasch v. Switzerland*, European Commission of Human Rights, Application No. 9116/80 of 5 May 1982, Report, *ILR*, vol. 88, p. 619, paras. 68 and 69; *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention*, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion No. OC-2/82, 24 September 1982, *ILR*, vol. 67, p. 559, para. 19; *Restrictions to the Death Penalty*, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion No. OC-3/83, 8 September 1983, *ILR*, vol. 70, p. 449, para. 48; and *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion No. OC-10/89, 14 July 1989, *ILR*, vol. 96, p. 416, paras. 31-33.

⁶² See, for example, *Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic on the Delimitation of the Continental Shelf*, Decision of 30 June 1977, *UNRIAA*, vol. XVIII, p. 3, paras. 38, 55 and 61; *The Kingdom of Belgium, The French Republic, The Swiss Confederation, The United Kingdom and The United States of America v. The Federal Republic of Germany*, Decision of 16 May 1980 of the Arbitral Tribunal for the Agreement on German External Debts, *ILR*, vol. 59, p. 495, para. 16; and *Case concerning the Difference between New Zealand and France concerning the Interpretation or Application of Two Agreements Concluded on 9 July 1986 between the two States and Which Related to the Problems arising from the "Rainbow Warrior" Affair*, Decision of 30 April 1990, *UNRIAA*, vol. XX, p. 215, paras. 75, 100 and 106.

⁶³ See especially *General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under Article 41 of the Covenant*, General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights, Addendum, General Comment No. 24 (52), document CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, footnote 2 and paras. 6, 16 and 17. The Secretary-General of the United Nations has also remarked that the Convention "is in large measure a codification of international custom". See paragraph 10 of the note verbale to the Permanent Representative of a Member State, reproduced in the *United Nations Juridical Yearbook 1975*, p. 195.

At the same time as certain of the Commission's draft articles have become fundamental to the very conduct of international relations, certain other sets have played a role which is structural to an entire field or domain of international law, setting forth principles and rules which define the basic lineaments of the law within the area concerned and constituting the framework within which problems are analyzed and legal discourse is carried on.⁶⁴ This is certainly so in the case of the draft articles concerning the law of the sea, adopted by the Commission in 1956. The four 1958 Geneva Conventions which were elaborated on the basis of those draft articles laid down a body of rules which, in large part and for a number of years at least, constituted the prevailing law of the sea, as is evidenced by a number of decisions of international courts and tribunals.⁶⁵ Although subsequent developments brought about substantial modifications in the structure of that law, the 1958 Conventions continued to embody many of its basic lineaments. They went on, moreover, to serve as models for significant parts of the United Nations Convention on the Law of the Sea, done at Montego Bay on 10 December 1982,⁶⁶ in particular the parts of that convention which relate to the regimes of the territorial sea, the contiguous zone, the continental shelf and the high seas.⁶⁷ The effects of the 1958 Conventions in defining and setting the structure of the law of the sea are, therefore, still to be felt today.

Some of the sets of draft articles which the Commission has produced might, at first blush, be thought not yet to have fulfilled their potential of assuming a structural role within the domains of international law to which they relate. On closer examination, though, a number in fact turn out also to represent significant achievements.

⁶⁴ Report... forty-eighth session, p. 206, para. 168. As the Commission has remarked, "[t]his marks a clear advance in inter-State relations", *ibid*.

⁶⁵ The International Court of Justice has treated a number of the provisions of the 1958 Geneva Conventions as enjoying customary status. See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, p. 4, paras. 19 and 63; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, paras. 50 and 67; *Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, I.C.J. Reports 1982, p. 18, paras. 41-42; and *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* (see footnote 60 above), para. 383. See also the award of the arbitral tribunal in *the Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic...* (see footnote 62 above), paras. 13, 65, 68-70, 75, 84 and 97.

⁶⁶ Document A/CONF.62/122 and Corr.1 to 11. There are currently 113 States which have established their consent to be bound by the 1982 Convention and a further 56 States which are signatories to it. Between States which are party to it, the 1982 Convention supersedes the 1958 Geneva Conventions as the basis of their mutual relations (see article 311, paragraph 1).

⁶⁷ Report... forty-eighth session, p. 206, footnote 311.

Cases in point are the two sets of draft articles on the matter of State succession. But few States are currently party to the conventions which were elaborated upon the basis of those drafts: the 1983 Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts and the 1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties.⁶⁸ Nevertheless, there is evidence that the latter convention at least has assumed a significant place within that aspect of the domain of State succession to which it relates. In particular, the 1978 Convention and the Commission's draft articles on which it was based have been regarded as embodying prevailing principles of customary international law in respect of a number of situations involving a succession of States.⁶⁹ There are also indications that certain aspects of the 1983 Convention are regarded as possessing the status of customary international law.⁷⁰

Similarly, the significance of the draft articles which the Commission has produced in the field of the law of international organizations is not to be underestimated. It is true that the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character is yet to enter into force, more

⁶⁸ The former has so far attracted but 4 of the 15 instruments of ratification or accession which are needed for it to enter into force, while the latter only achieved that same target-number in 1996.

⁶⁹ See, for example, the letter of the United Nations Office of Legal Affairs to the Director of the Legal Division, World Health Organization, reproduced in *United Nations Juridical Yearbook 1972*, p. 195; the letter of the United Nations Office of Legal Affairs to the Secretary of the United Nations Council for Namibia, reproduced in *United Nations Juridical Yearbook 1984*, p. 171 at para. 3 (ii); *Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, (see footnote 65 above), para. 84; and International Conference on the Former Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 1, *ILR*, vol. 92, p. 162, para. 1 (e), and Opinion No. 9, *ibid.*, p. 203, paras. 2 and 4. Note also International Conference on the Former Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 3, *ibid.*, p. 170, para. 2.

It is worthy of note that a Chamber of the International Court of Justice has referred to the Convention, in the same breath as the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, as a "codifying" convention (*une convention "de codification"*), *Frontier Dispute* (see footnote 60 above), para. 17.

A number of statements are to be found by State officials to the effect that certain provisions of the Convention are reflective of customary international law. See, for example, the memorandum of the Legal Adviser of the United States Department of State, reproduced in *Digest of United States Practice in International Law, 1980*, pp. 1026 and 1035 and endnote 43; and the letter of the Republic of Kiribati to the Secretary-General of the United Nations, reproduced in *BYIL*, vol. 52 (1981), p. 385.

⁷⁰ See the letter of the United Nations Legal Counsel to the Executive Director of the International Cocoa Organization, reproduced in *United Nations Juridical Yearbook 1991*, p. 315. See also International Conference on the Former Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 1 (see the preceding footnote), para. 1 (e), and Opinion No. 9 (see the preceding footnote), paras. 2 and 4.

than 20 years after its conclusion.⁷¹ Nevertheless, the fact is that the 1975 Convention is often cited by States and by international organizations in the course of their activities⁷² and there has been recognition that a number of its provisions possess the status of customary law or are otherwise reflective of prevailing practice.⁷³

A further example is the 1986 Vienna Convention, elaborated on the basis of the set of draft articles that the Commission produced on the law of treaties between States and international organizations or between international organizations, which has attracted but 23 of the 35 ratifications or accessions needed for it to enter into force.⁷⁴ Yet there can be little doubt that, like the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties on which it was based, it enjoys a place which is fundamental to the aspect of treaty-law to which it relates. International courts, in particular, have already referred to certain of its provisions as being reflective of prevailing law;⁷⁵ and organizations of the United Nations system routinely use the Convention as a guide in the making, interpretation and application of their treaties.

⁷¹ There are currently only 30 contracting States to this convention, against the 35 which are needed for that purpose. A further seven States are signatories to the Convention.

⁷² See the statement of the United Nations Legal Counsel at the 71st meeting of the Committee on Relations with the Host Country, reproduced in *United Nations Juridical Yearbook 1978*, pp. 189-190.

⁷³ See, for example: para. 10 of the note verbale from the United Nations Secretary-General to the Permanent Representative of a Member State (see footnote 63 above); para. 4 of the memorandum from the United Nations Legal Counsel to the Assistant Chief of Protocol, reproduced in *United Nations Juridical Yearbook 1977*, p. 192; the statement by the United Nations Legal Counsel at the 71st meeting of the Committee on Relations with the Host Country (see the preceding footnote); paras. 4 and 5 of the statement by the United Nations Legal Counsel at the 115th meeting of the Committee on Relations with the Host Country, reproduced in *United Nations Juridical Yearbook 1986*, p. 319; and para. 4 of the memorandum from the United Nations Office of Legal Affairs to the Senior Legal Officer, Office of the Director-General, United Nations Office at Geneva, reproduced in *United Nations Juridical Yearbook 1991*, p. 320.

⁷⁴ A further 16 States and 10 international organizations are signatories to the Convention.

⁷⁵ Both the Court of Justice of the European Communities and its Advocates-General have referred to certain provisions of the Convention as reflective of customary international law. See *French Republic v. Commission of the European Communities*, Case C-327/91, *ILR*, vol. 101, p. 31, Opinion of the Advocate-General, para. 12, and Judgment of the Court, para. 25. See also the text at footnote 79 below.

III.

A further measure of the International Law Commission's achievement is the important role which it has created for itself in the process of custom-formation.

That the Commission's work and its output would play a role in the custom-forming process itself was not clearly foreseen in its Statute. Yet, as is amply demonstrated by the preceding review of the Commission's accomplishments, the Commission has thoroughly integrated itself into the process of identifying, consolidating, sustaining, adapting and even forming rules of customary, or general, international law. In particular, conventions which have been adopted on the basis of the Commission's draft articles have on many occasions been treated as providing authoritative evidence of the state of customary law, in some cases even before they have entered into force.⁷⁶ More dramatically still and reflecting yet more directly the achievement of the Commission in this regard, draft articles produced by the Commission have themselves been regarded as evidence of the position at customary law,⁷⁷ even, indeed, before their final adoption.⁷⁸ So, for example, even before the Commission had concluded its work on its draft articles on the law of treaties between States and international organizations or between international organizations, the International Court of Justice made reference to one of them as representative of customary law.⁷⁹ The Commission's work in the field of State responsibility is especially worthy of note in this regard. Even before their first reading was complete, the draft articles which the Commission had adopted to date on that topic were widely invoked as evidence of customary international law. International tribunals in particular have for a number of years now made reference to the Commission's work in

⁷⁶ See especially the materials relating to the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties which are cited in footnotes 60 to 63 above, many of which predate the entry into force of that convention.

⁷⁷ See, for example, the decision of the Swiss Federal Tribunal in *M v. Federal Department of Justice and Police*, *ILR*, vol. 75, p. 110, which, though it post-dates the adoption of the 1978 Convention on Succession of States in respect of Treaties, refers solely to the Commission's draft articles on which that convention was based.

⁷⁸ See, for example, the letter of the United Nations Office of Legal Affairs to the Director of the Legal Division, World Health Organization, *op. cit.* (footnote 69 above).

The Commission's deliberations on a topic have also subsequently been regarded as evidencing the contemporaneous state of the law on the issue under discussion: *North Sea Continental Shelf* (see footnote 65 above), paras. 49-55, 62 and 85; and *Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic...* (see footnote 62 above), para. 37.

⁷⁹ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt* (see footnote 60 above), para. 47.

addressing issues which have arisen in this field.⁸⁰ Indeed, one arbitral award a decade ago characterized Part One of the Commission's draft articles as "the most recent and authoritative statement of current international law in this area".⁸¹

It may be that, at the point when consideration of a topic within the Commission begins, the relevant customary law may be either unsettled or else at a formative stage of development. Through the work of the Commission, though, new rules of positive customary international law may begin to emerge and gradually take shape. In particular, the analysis which the Commission undertakes of existing State practice and its recommendations as to the form which the law should take might attract a favourable response from States, prompting the further development of practice and of *opinio juris* along the lines of the Commission's suggestions and leading, in turn, to the reception, at a conference of plenipotentiaries, of the Commission's final draft articles as reflective of the resulting body of practice and opinion as a whole. In this way, the Commission may even play a principal role in the very formation of rules of customary international law.

So, for example, when the Commission commenced its work on the law of the sea at the beginning of the 1950s, the continental shelf had no positive status in custom, the body of State practice pertaining to that institution having but recently come into existence and being

⁸⁰ See, for example, the following awards of the Iran-United States Claims Tribunal: *International Technical Products Corporation and ITP Export Corporation v. the Government of the Islamic Republic of Iran et al.*, Award No. 196-302-3 (24 October 1985), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985), p. 206, footnote 35; *Alfred L. W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 312-11135-2 (14 July 1987), *ibid.*, vol. 16 (1987), p. 76, paras. 28 and 33; *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 324-10199-1 (2 November 1987), *ibid.*, vol. 17 (1987), p. 92, paras. 33, 42 and 65; *Jack Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 326-10913-2 (3 November 1987), *ibid.*, p. 135, paras. 18, 25 and 30 (c) and (e); and *Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran, The National Iranian Oil Company*, Award No. 425-39-2 (29 June 1989), *ibid.*, vol. 21 (1989), p. 79, footnote 26. See also the following arbitral awards: *Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, Decision of 9 December 1978, UNRILAA, vol. XVIII, p. 417, para. 31; *Case concerning the Difference between New Zealand and France...* (see footnote 62 above), paras. 72, 77, 78, 101 and 105 (and note paras. 113 and 122); *AMCO-Asia Corporation and others v. The Republic of Indonesia*, Award on the Merits, 31 May 1990, *ILR*, vol. 89, p. 405, para. 172; and *Libyan Arab Foreign Investment Company v. The Republic of Burundi*, Award of 4 March 1991, *ILR*, vol. 96, p. 282, para. 61 (and note paras. 55, 56 and 66).

⁸¹ *Jack Rankin v. The Islamic Republic of Iran* (see the preceding footnote), para. 18. Another arbitral award has described the domain as being "in the process of codification by the International Law Commission": *Case concerning the Difference between New Zealand and France...* (see footnote 62 above), para. 72.

yet incomplete and discordant.⁸² Yet, as the International Court of Justice has twice remarked,⁸³ by the time that the first United Nations Conference on the Law of the Sea came in 1958 to elaborate a convention on the basis of the draft articles which the Commission had prepared concerning the continental shelf, the basic rules governing that institution had come, or at least were coming, to be regarded by States as established and, moreover, as being reflected in the pertinent provisions of the Commission's draft.⁸⁴ A broadly similar process of legal development has also been held to have taken place in the law of treaties, in respect of the rules governing reservations.⁸⁵

As the International Court has also affirmed,⁸⁶ such a process of legal development may not yet be complete with the elaboration and adoption of a convention based on the Commission's draft articles. Only if and when States subsequently come to accept,⁸⁷ or to adapt their practice to,⁸⁸ such a convention may new rules of customary law finally come into existence, modelled on those set forth in that instrument.⁸⁹ In such a case, once more, it is the work of the Commission which serves, directly or indirectly, as the driving-force behind the crystallization of the new law, acting as a stimulus to, and as a focus for, the development of the *opinio juris* of States and clarifying and co-ordinating their content.

⁸² *In the matter of an Arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and the Sheikh of Abu Dhabi*, Award of September 1951, *ILR*, vol. 18, p. 144, para. 5 (e).

⁸³ *North Sea Continental Shelf* (see footnote 65 above), para. 63; and *Continental Shelf (Tunisia/Libya)* (see footnote 65 above), paras. 41-42.

⁸⁴ In the *North Sea Continental Shelf* cases (see footnote 65 above), the International Court also considered the Commission's consideration of the issue which is the subject of Article 6 of the Convention on the Continental Shelf to have contributed to the development of customary law on that point: *loc. cit.*, footnote 78 above.

⁸⁵ Thus, at the time that the Commission began its work on the law of treaties, the rules which govern reservations, once widely regarded as well established, had become highly unsettled and uncertain, as a result of a number of recent developments. The work of the Commission acted as a focus for the development of the *opinio juris* of States in this sphere, culminating in the crystallization of a new legal regime with the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the relevant provisions of which were based on the draft articles which had been adopted by the Commission in 1966. See *Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic...* (see footnote 62 above), para. 38.

⁸⁶ *North Sea Continental Shelf* (see footnote 65 above), para. 71.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 73.

⁸⁸ *Ibid.*, paras. 74 and 75.

⁸⁹ In the *North Sea Continental Shelf* cases (see footnote 65 above), the Court conducted a detailed investigation of whether such a process had taken place in respect of the rules set forth in Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf and reached the conclusion that it had not (*ibid.*, para. 81).

Instrumental in the integration of the Commission into the custom-formation process in all of its aspects has been the Commission's success in creating and sustaining a meaningful dialogue with States. This dialogue, which the Commission carries on through the medium of the Sixth Committee of the General Assembly and via the questionnaires which it sends to States individually, together with the requests which it makes of them for comments on its drafts,⁹⁰ itself merits inclusion among the Commission's achievements.⁹¹

IV.

The contribution which the Commission has thus made to the progressive development and codification of international law has been variously characterized as "unique and unrivalled", "almost monumental", "distinguished and lasting", "remarkable", of "exceptional importance", "essential", "significant", "appreciable" and "positive". The conduct of international relations has been said to be "unthinkable" without several of the global conventions which have been elaborated upon the basis of the Commission's draft articles. The Commission's contribution to a better understanding of international law has also been acknowledged as remarkable and lasting, and it has been said that its reports and documents constituted an invaluable source of inspiration for all publicists.

Notwithstanding such accolades, the Commission has continued to strive for improvement of its procedures and methods of work in all their aspects. To this end, it has taken a number of actions, culminating, most recently, in the adoption of a substantial report incorporating a large number of specific recommendations for improving its "usefulness and efficiency".⁹² It has developed a more rigorous procedure for the better identification of new topics for inclusion in its programme of work.⁹³ It has displayed, too, an increased sensitivity to the variety of forms which its contribution to the international legal process, in

⁹⁰ See Report... forty-eighth session, p. 208, para. 171, and p. 211, para. 181. For an outline of this dialogue, see *The Work of the International Law Commission*, *op. cit.* (footnote 9 above), pp. 21-24.

⁹¹ In recent years, the Commission has striven to enhance this dialogue still further. See, in particular, the recent report of the Commission on its procedures and working methods, which contains a number of specific recommendations to this end, Report... forty-eighth session, pp. 197-198, para. 149 (c)-(e), and p. 211, para. 182. Note also p. 210, para. 180, and p. 212, para. 185. The General Assembly has also paid attention to strengthening the dialogue: see text at footnote 95 below and accompanying note.

⁹² Report... forty-eighth session, pp. 196-230. The General Assembly took note with appreciation of this report in its resolution 51/160 of 16 December 1996, paragraph 9.

⁹³ For a brief outline of this procedure, see Report... forty-eighth session, pp. 205-206, paras. 165-166.

terms of the nature of its final output, might appropriately take, including model rules, declarations, guides to practice, commentaries, advice and so on.⁹⁴ The General Assembly, for its part, has also given careful attention to the ways in which it considers the reports of the Commission and has taken steps to improve them, with a view to providing the Commission with more effective guidance.⁹⁵

A concerted effort is thus being made to improve the functioning of the Commission so as to enable it to make a still greater contribution to the progressive development and codification of international law.⁹⁶ At the foundation of this effort is the conviction, shared both by States and by the Commission, that "there is important continuing value in an orderly process of codification and progressive development"⁹⁷ and that the Commission can continue to make an important contribution to that process. There is accordingly every reason to suppose that the International Law Commission will remain, as it has been for the last 50 years, the main organ established by the General Assembly for the codification and progressive development of international law.

⁹⁴ Thus, on the topic of Reservations to treaties, see, for example: Report... forty-fifth session, p. 245, para. 430; Report... forty-seventh session, pp. 246-247, paras. 435-437 and 439, pp. 256-257, paras. 471-474, and pp. 259-260, paras. 486-488 and 491 (b) and (c); Report... forty-eighth session, pp. 185-186, para. 113. Similarly, on the topic of State succession and its impact on the nationality of natural and legal persons, see, for instance: Report... forty-fifth session, p. 247, paras. 437 and 439; Report... forty-seventh session, pp. 75-76, paras. 169-170, and p. 81, para. 193; and Report... forty-eighth session, p. 174, para. 81, and p. 177, para. 88 (b). More generally, see *ibid.*, p. 210, para. 178 *in fine*. Compare the earlier approach of the Commission to this issue in *Yearbook... 1988*, vol. II (Part Two), p. 110, para. 561.

⁹⁵ See, in particular, resolution 41/81 of 3 December 1986, third preambular paragraph and operative paragraph 5 (b); resolution 42/156 of 7 December 1987, fifth preambular paragraph and operative paragraphs 5 (b) and 6; resolution 43/169 of 9 December 1988, operative paragraphs 7 and 8; resolution 44/35 of 4 December 1989, operative paragraph 5; and resolution 50/45 of 11 December 1995, seventh preambular paragraph and operative paragraph 10.

⁹⁶ See, to this effect, General Assembly resolution 50/45 of 11 December 1995, paragraph 9 (a), and Report... forty-eighth session, p. 201, para. 154.

⁹⁷ Report... forty-eighth session, p. 197, para. 148, general conclusion (b). See also p. 206, para. 168, and p. 207, para. 171.

INTRODUCTION

L'ŒUVRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

L'Article 13, paragraphe 1, alinéa *a*, de la Charte des Nations Unies donne mandat à l'Assemblée générale de « provoquer des études et faire des recommandations en vue de ... encourager le développement progressif du droit international et sa codification ». Le 21 novembre 1947, conformément à ce mandat, l'Assemblée générale a adopté la résolution 174 (II) par laquelle elle décidait la création de la Commission du droit international¹. La publication du présent recueil d'articles coïncide donc avec le cinquantième anniversaire de l'institution de la Commission². Le moment paraît venu de se pencher sur le travail qu'elle a accompli et de faire le bilan de son œuvre³.

Le développement progressif du droit international et sa codification ont été l'un des aspects les plus marquants de l'évolution du droit international depuis la seconde guerre mondiale et la Commission y a joué un rôle central. Des nombreuses réalisations de la Commission dans ce domaine, il en est trois en particulier qui méritent de retenir spécialement l'attention et qui seront examinées ci-après. En premier lieu, la Commission a préparé plus de vingt projets d'articles qui ont posé des règles fondamentales dans la plupart des secteurs du droit international. Nombreux sont ces projets qui, à leur tour, ont donné naissance à d'importants traités à vocation mondiale dans les

¹ Cette résolution a été adoptée sur la base d'un rapport (document A/331 et Corr.1) présenté par la Commission du développement progressif du droit international et sa codification, créée par l'Assemblée générale l'année précédente pour examiner les méthodes selon lesquelles l'Assemblée générale pourrait s'acquitter le plus efficacement possible du mandat que lui confiait la Charte dans son Article 13, paragraphe 1, alinéa *a*.

² Les premières élections à la Commission se sont déroulées dans l'année qui a suivi sa création, le 3 novembre 1948. La Commission a ouvert sa première session l'année suivante, le 12 avril 1949.

³ Dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de prendre les dispositions voulues pour marquer le cinquantième anniversaire de la création de la Commission du droit international par la tenue d'un colloque sur le développement progressif et la codification du droit international durant l'examen à la Sixième Commission du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session (voir le paragraphe 18 du dispositif de la résolution).

matières auxquelles ils se rapportaient. En second lieu, certains de ces projets d'articles ont pris, par l'intermédiaire des conventions auxquelles ils avaient servi de base, une valeur structurante ou fondatrice dans les domaines qu'ils concernaient. Certains d'entre eux sont même devenus fondamentaux, s'agissant de la conduite même des relations entre les Etats. En troisième lieu, la Commission est parvenue à s'intégrer au processus de formation de la coutume et notamment, ce qui est le plus frappant, au processus aboutissant à la création de règles nouvelles de droit international coutumier. On examinera tour à tour les grandes réalisations de la Commission à ces trois points de vue.

I.

L'article premier du statut dispose : « La Commission du droit international a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification »⁴. Conformément à cet objectif⁵, la Commission a jusqu'ici préparé plus de vingt projets d'articles qui ont posé des règles de droit international dans nombre de matières essentielles. En fait il n'y a plus aujourd'hui que peu de domaines du droit international au développement desquels elle n'ait pas contribué⁶. Sous cet angle, l'œuvre accomplie par la Commission mérite certainement le qualificatif de considérable.

L'œuvre de la Commission est d'autant plus importante que nombre des projets d'articles préparés par elle ont servi de base aux grandes conventions de portée mondiale qui marquent des étapes juridiques décisives dans les domaines qu'elles concernent. Que la Commission doive jouer un rôle dans le processus normatif est explicitement envisagé dans son statut⁷. Celui-ci lui donnait essentiellement pour rôle de préparer des projets pouvant être utilisés comme base de

⁴ Le statut de la Commission est annexé à la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale en date du 21 novembre 1947.

⁵ Malgré la portée générale de l'article premier, paragraphe 1, les articles 16, 17, paragraphes 1 et 2, et 18, paragraphes 2 et 3, montrent bien que la tâche de la Commission est essentiellement de nature sélective : il s'agit de développer et de codifier progressivement le droit international dans les matières où une telle entreprise est considérée comme « nécessaire », « souhaitable » ou « appropriée ». Il n'incombe donc pas à la Commission de s'attaquer au développement progressif et à la codification de tous les domaines du droit international. Il lui incombe moins encore de transformer le droit international en une sorte de « code » écrit exhaustif. Voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)* (ci-après cité sous la forme : Rapport... quarante-huitième session), p. 232, par. 168.

⁶ Voir la conclusion à laquelle la Commission a abouti lorsqu'elle a examiné les travaux de ses 25 premières sessions : *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 232, document A/9010/Rev.1, par. 156.

⁷ Voir les articles 15 et 23, paragraphe 1, alinéas c et d.

travail par les représentants d'Etats réunis pour élaborer et adopter des conventions. Ce rôle n'était pas sans précédent⁸, mais aussi bien la structure et l'organisation de la Commission que les procédures et les modalités selon lesquelles elle devait s'acquitter de cette tâche étaient des nouveautés sans équivalent exact dans la pratique internationale. Il est tout à l'honneur de la Commission que, sans pouvoir se guider sur des précédents directement applicables, elle se soit rapidement adaptée à un rôle fondamentalement original et inédit et qu'elle ait mis au point des pratiques lui permettant de réaliser ses potentialités. L'examen de l'action de la Commission, sous l'angle des projets d'articles qu'elle a élaborés, en est l'éloquent témoignage⁹.

A. Dans le domaine des sources du droit international, la Commission a préparé trois projets d'articles dont deux ont servi de base aux travaux de conférences internationales et ont permis l'adoption de conventions multilatérales sur les sujets auxquels ils se rapportaient. En 1966, la Commission a adopté un projet de 75 articles sur le droit des traités¹⁰ qui a constitué plus tard la base de la Convention sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969¹¹. Ultérieurement, en 1982, la Commission a adopté un projet de 81 articles sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, accompagné d'une annexe¹². Ce projet est à l'origine de la Convention sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, signée à Vienne le 21 mars 1986¹³. Le troisième projet d'articles que la Commission a adopté dans ce domaine concerne la clause de la nation la plus favorisée¹⁴; il a été porté à l'attention des Etats Membres et des organisations intergouvernementales intéressées par l'Assemblée générale dans sa décision 46/416 du 9 décembre 1991.

Indépendamment de l'élaboration de projets d'articles, la Commission a donné des avis à l'Assemblée générale sur trois questions dans le domaine des sources du droit international: les moyens de

⁸ Sur l'organisation et le fonctionnement du Comité de juristes pour le développement progressif du droit international et de la Commission préparatoire à la Conférence de codification, deux organismes créés par la Société des Nations, voir le document A/AC.10/5, pp. 54-76.

⁹ Pour un résumé détaillé du fonctionnement et des activités de la Commission, pour le texte des projets d'articles et des conventions élaborées sur la base de ces projets, voir Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 4^e ed., n° de vente F.88.V.1.

¹⁰ *Annuaire...* 1966, vol. II, pp. 193-203, document A/6309/Rev.1.

¹¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

¹² *Annuaire...* 1982, vol. II (deuxième partie), pp. 17-80.

¹³ Document A/CONF.129/15.

¹⁴ *Annuaire...* 1978, vol. II (deuxième partie), pp. 19-83.

rendre plus facilement accessible la documentation relative au droit international¹⁵; l'élargissement de la participation aux traités multilatéraux généraux conclus sous les auspices de la Société des Nations¹⁶; et les réserves aux conventions multilatérales¹⁷. La Commission revient sur cette dernière question, dans le cadre de son programme de travail actuel, afin de réaliser un guide de la pratique¹⁸.

B. Dans le domaine des relations internationales, la Commission a adopté cinq projets d'articles. Quatre d'entre eux ont servi de base à des conventions multilatérales¹⁹, à savoir la Convention sur les relations diplomatiques, conclue à Vienne le 18 avril 1961²⁰; la Convention sur les relations consulaires, conclue à Vienne le 24 avril 1963²¹; la Convention sur les missions spéciales, adoptée par l'Assemblée générale le 8 décembre 1969²²; et la Convention sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, conclue à Vienne le 14 mars 1975²³. Le cinquième projet préparé par la Commission dans ce domaine — le projet d'articles et les projets de protocoles facultatifs I et II relatifs au statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique²⁴ — a été porté à l'attention des Etats Membres des Nations Unies par l'Assemblée générale dans sa décision 50/416 du 11 décembre 1995.

¹⁵ *Yearbook... 1950*, vol. II, pp. 367-374, document A/1316. L'article 24 du statut de la Commission dispose que la Commission doit faire une étude et un rapport en la matière.

¹⁶ *Annuaire... 1963*, vol. II, pp. 227-234, document A/5509.

¹⁷ *Yearbook... 1951*, vol. II, pp. 125-131, document A/1858.

¹⁸ Pour le plan de travail proposé à cet égard, voir Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10)* (ci-après cité sous la forme: Rapport... quarante-septième session), p. 277, par. 491. Les deux rapports présentés jusqu'ici par le Rapporteur spécial chargé de la question figurent dans le document A/CN.4/470 et Corr.1 et le document A/CN.4/477 et Add.1.

¹⁹ *Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques et commentaire Annuaire... 1958*, vol. II, pp. 89-101, document A/3859; projet d'articles relatifs aux relations consulaires et commentaire, *Annuaire... 1961*, vol. II, pp. 95-133, document A/4843; projet d'articles sur les missions spéciales et commentaire, *Annuaire... 1967*, vol. II, pp. 384-405, document A/6709/Rev.1 et Rev.1/Corr.1; projet d'articles relatifs à la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel avec commentaire et annexe, *Annuaire... 1971*, vol. II (première partie), pp. 301-358, document A/8410/Rev.1.

²⁰ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

²¹ *Ibid.*, vol. 596, p. 261.

²² *Ibid.*, vol. 1400, p. 231.

²³ Document A/CONF.67/16.

²⁴ *Annuaire... 1989*, vol. II (deuxième partie), pp. 16-54.

C. On peut aussi considérer que les projets d'articles qui sont à la base de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel d'une part, et de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales d'autre part²⁵, constituent un apport au droit des organisations internationales.

D. En ce qui concerne la juridiction et les immunités, la Commission a adopté un certain nombre de projets d'articles. Pour ce qui est des privilèges et immunités, en plus des cinq projets mentionnés plus haut à la section B²⁶, elle a adopté le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens²⁷ que l'Assemblée générale a décidé, par sa résolution 49/61 du 9 décembre 1994, de soumettre pour examen à une conférence de plénipotentiaires. La Commission a également élaboré un projet d'articles sur la question de l'exercice de la juridiction²⁸. Ce projet a servi de base à la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1973²⁹.

E. Dans le domaine connexe du droit pénal international, la Commission a élaboré trois importants projets d'articles : les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal³⁰; un projet de statut d'une cour criminelle internationale³¹; et un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³². S'agissant du projet de statut, l'Assemblée générale a décidé, par sa résolution 51/207 du 17 décembre 1996, qu'une conférence de plénipotentiaires se réunirait en 1998 pour conclure une convention en la matière. Quant au projet

²⁵ Voir *supra* le texte à la note 12.

²⁶ Voir *supra* le texte aux notes 19 à 24.

²⁷ *Annuaire... 1991*, vol. II (deuxième partie), pp. 13-64.

²⁸ Projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire... 1972*, vol. II, pp. 339-351, document A/8710/Rev.1.

²⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167.

³⁰ *Yearbook... 1950*, vol. II, pp. 374-378, document A/1316.

³¹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/49/10)* (ci-après cité sous la forme : Rapport... quarante-sixième session), pp. 47-160.

³² Rapport... quarante-huitième session, pp. 25-143.

de code des crimes, il fait actuellement l'objet d'un examen de la part de l'Assemblée générale³³.

F. En ce qui concerne la place de l'individu en droit international, la Commission a, indépendamment de ses réalisations dans le domaine du droit pénal international, adopté deux textes, à savoir un projet de convention sur la réduction des cas d'apatridie et un projet de convention sur l'élimination de l'apatridie³⁴. Le premier a servi de base à la Convention portant le même titre qui a été conclue à New York le 30 août 1961³⁵. En outre, la question des conséquences de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques et morales figure au programme de travail actuel de la Commission³⁶.

G. Deux projets d'articles ont été adoptés par la Commission dans le domaine du droit des espaces internationaux. Le premier a servi de base à quatre grandes conventions multilatérales³⁷: la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë³⁸, la Convention sur la haute mer³⁹, la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer⁴⁰ et la Convention sur le plateau continental⁴¹, toutes conventions faites à Genève le 28 avril 1958. Par sa résolution 49/52 du 9 décembre 1994, l'Assemblée générale a décidé que le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation⁴² constituerait la base d'une convention-cadre actuellement élaborée par la Sixième Commission réunie en groupe de travail plénier⁴³.

H. En ce qui concerne le droit et la pratique du règlement pacifique des différends, la Commission a adopté, outre le Modèle de

³³ Au paragraphe 2 de sa résolution 51/160 en date du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a appelé l'attention des Etats qui participaient au Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale sur l'intérêt que présentait le projet de code pour leurs travaux.

³⁴ *Yearbook... 1954*, vol. II, pp. 143-147, document A/2693.

³⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

³⁶ Pour le plan de travail proposé par la Commission sur cette question, voir *Rapport... quarante-huitième session*, p. 201, par. 88. Pour les deux rapports présentés jusqu'ici par le Rapporteur spécial, voir le document A/CN.4/467 et le document A/3519.

³⁷ Projet d'articles relatifs au droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, pp. 256-264, document A/3519.

³⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, p. 205.

³⁹ *Ibid.*, vol. 450, p. 11.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. 559, p. 285.

⁴¹ *Ibid.*, vol. 499, p. 311.

⁴² *Rapport... quarante-sixième session*, pp. 217-353.

⁴³ Le groupe de travail n'a pas achevé son examen en 1996 et une deuxième session est prévue en 1997 (voir la résolution 51/206 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996).

règles sur la procédure arbitrale⁴⁴ — que l'Assemblée générale a porté à l'attention des Etats Membres dans sa résolution 1262 (XIII) du 14 novembre 1958 —, des projets de dispositions définissant les procédures applicables à la solution des litiges que pourrait soulever l'interprétation ou l'application de certains des projets d'articles élaborés par elle sur quelques-unes des questions mentionnées dans la présente partie⁴⁵.

I. Dans le domaine de la succession d'Etats, la Commission a adopté deux projets⁴⁶ qui ont servi de base à des conventions multilatérales⁴⁷: la Convention sur la succession d'Etats en matière de traités, conclue à Vienne le 23 août 1978⁴⁸ et la Convention sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat, conclue à Vienne le 8 avril 1983⁴⁹.

J. La Commission a également adopté un projet d'articles dans le domaine des droits et devoirs fondamentaux des Etats: le projet de déclaration sur les droits et les devoirs des Etats⁵⁰. Par sa résolution 375 (V) du 6 décembre 1949, l'Assemblée générale a recommandé ce texte à l'attention des Etats Membres et des juristes de toutes les nations.

⁴⁴ *Annuaire... 1958*, vol. II, pp. 86-89, document A/3859.

⁴⁵ Voir: projet d'article 73 du projet d'articles relatifs au droit de la mer (voir plus haut note 37); projet d'article 45 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques (voir note 19); projet d'article 62 du projet d'articles sur le droit des traités (voir note 10); projet d'article 82 du projet d'articles relatifs à la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (voir note 19); projet d'article 12 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale (voir note 28); projets d'articles 65 et 66 et projet d'annexe du projet d'articles sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (voir note 12); et projet d'article 33 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (voir note 42). A noter aussi les projets d'articles 54 à 60 et les projets d'annexes I et II du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, tels qu'ils ont été adoptés provisoirement par la Commission en première lecture (voir *infra* note 51).

⁴⁶ Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités et commentaire, *Annuaire... 1974*, vol. II (première partie), pp. 178-280, document A/9610/Rev.1; projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat, *Annuaire... 1981*, vol. II (deuxième partie), pp. 19-114.

⁴⁷ La Commission travaille en ce moment à la question de la succession d'Etats et nationalité des personnes physiques et morales (voir *supra* le texte à la note 36).

⁴⁸ Document A/CONF.80/31.

⁴⁹ Document A/CONF.117/14.

⁵⁰ *Yearbook... 1949*, pp. 287-288, document A/CN.4/13 et Corr.1-3.

K. La Commission est actuellement en train d'élaborer des projets d'articles dans deux autres domaines du droit international, tous deux d'une extrême importance pour le fonctionnement de l'ordre juridique international. Le premier projet concerne la responsabilité des Etats, sujet sur lequel la Commission a récemment adopté en première lecture un ensemble de 60 projets d'articles et deux annexes⁵¹. L'autre projet porte sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international⁵².

Ce bref aperçu fait ressortir le remarquable bilan de la Commission et témoigne de l'importance de sa contribution dans presque tous les domaines majeurs du droit international.

II.

Un autre aspect de l'œuvre de la Commission mérite d'être relevé, à savoir l'incidence considérable que ses travaux ont eue sur la structure même du droit international dans un certain nombre de ses domaines constitutifs.

Tout d'abord plusieurs des grandes conventions multilatérales qui ont été conclues avec, pour base, les projets d'articles de la Commission sont devenues des éléments fondamentaux dans la conduite des relations internationales contemporaines.

Aucun instrument ne mérite davantage cette qualification que la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires. Ces deux conventions figurent parmi les traités en vigueur qui ont recueilli la plus large participation — 178 Etats parties pour la première et 157 pour la seconde. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, ces deux instruments « sont d'une importance capitale pour le maintien de bonnes relations entre Etats dans le monde interdépendant d'aujourd'hui »⁵³. La diplomatie, a fait observer la Cour⁵⁴, est « un instrument essentiel de coopération efficace dans la communauté internationale, qui permet aux Etats... de parvenir à la compréhension mutuelle et de résoudre

⁵¹ Projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Rapport... quarante-huitième session, pp. 144-174.

⁵² Pour un aperçu de l'état d'avancement des travaux de la Commission sur cette question, voir Rapport... quarante-huitième session, pp. 202-206. Pour le projet d'articles préparé par un groupe de travail de la Commission, voir *ibid.*, pp. 264-364.

⁵³ *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, par. 91. Voir également *ibid.*, par. 45 et 92.

⁵⁴ *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979*, p. 7.

dre leurs divergences par des moyens pacifiques »⁵⁵ et « le déroulement sans entrave des relations consulaires... n'est pas moins important dans le contexte du droit international contemporain, en ce qu'il favorise le développement des relations amicales entre les nations »⁵⁶. La Cour a estimé que « les obligations impératives » que ces deux institutions comportent « sont maintenant codifiées dans les conventions de Vienne de 1961 et 1963 »⁵⁷.

La Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités touche elle aussi de façon cruciale à l'ordre juridique international⁵⁸. Comme l'atteste le contenu des quelque 1500 volumes du *Recueil des Traités* publiés jusqu'à ce jour par l'Organisation des Nations Unies, les traités jouent un « rôle fondamental dans... [les] relations internationales » et ont une « importance de plus en plus grande... en tant que source du droit international et en tant que moyen de développer la coopération pacifique entre les nations »⁵⁹. La Convention de 1969 énonce les règles qui doivent régir ces instruments fondamentaux des relations internationales. A maintes reprises, des règles posées dans nombre de dispositions de la Convention ont été considérées comme des normes de droit international (général) coutumier par la Cour internationale de Justice⁶⁰, par des tribunaux régionaux et des com-

⁵⁵ *Ibid.*, par. 39.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 40.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 41. Voir aussi *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt* (voir *supra* note 53) par. 45 : « Les conventions de Vienne, qui codifient le droit des relations diplomatiques et consulaires, énoncent les principes et règles indispensables au maintien de relations pacifiques entre Etats et acceptés dans le monde entier par des nations de toutes croyances, cultures et appartenances politiques ».

⁵⁸ A l'heure actuelle 81 Etats sont parties à cette convention et 21 autres Etats l'ont signée.

⁵⁹ Voir les premier et deuxième alinéas du préambule de la Convention de 1969. Le septième alinéa du préambule affirme en outre que « la codification et le développement progressif du droit des traités réalisés dans la présente Convention serviront les buts des Nations Unies énoncés dans la Charte, qui sont de maintenir la paix et la sécurité internationales, de développer entre les nations des relations amicales et de réaliser la coopération internationale ».

⁶⁰ La Cour internationale de Justice a estimé que certaines dispositions de la Convention de Vienne énonçaient des règles de droit international général dans les affaires suivantes : *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*, C.I.J. Recueil 1971, p. 46, par. 94; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt*, C.I.J. Recueil 1972, p. 67, par. 38; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande) compétence de la Cour, arrêt*, C.I.J. Recueil 1973, pp. 14 et 18, par. 24 et 36; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1980, p. 94, par. 47; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1986, p. 95, par. 178 (voir aussi p. 100, par. 190); *Différend frontalier, arrêt*, C.I.J. Recueil 1986, p. 563, par. 17; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil

missions régionales⁶¹, par divers tribunaux arbitraux⁶² ainsi que par des organes créés par traité dans le cadre des Nations Unies⁶³.

Par le truchement des conventions qu'ils ont inspirées, certains des projets d'articles élaborés par la Commission ont donc joué un rôle direct et fondamental dans la mise en place des instruments de base qui régissent les relations internationales. Il est également remarquable que les conventions en question aient été conclues et, dans le cas du droit des traités, que le projet d'articles ait été préparé à un

1988, p. 84, par. 35; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991*, p. 69, par. 48; *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, pp. 582, 583 et 586, par. 373, 375 et 380; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 3, par. 13; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 21, par. 41; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 120, par. 23; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 18, par. 33.

⁶¹ Voir par exemple : affaire *Golder*, Cour européenne des droits de l'homme, série A, n° 18, arrêt du 21 février 1975, par. 29; *Temeltasch c. Suisse*, Commission européenne des droits de l'homme, requête n° 9116/80 du 5 mai 1982, *Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme*, vol. 31, p. 120, par. 68 et 69; *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif n° OC-2/82, 24 septembre 1982, série A, n° 2, par. 19; *Restrictions à la peine de mort*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif n° OC-3/83, 8 septembre 1983, série A, n° 3, par. 48; *Interprétation de la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme dans le cadre de l'article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif n° OC-10/89, 14 juillet 1989, série A, n° 9, par. 31-33.

⁶² Voir par exemple : *Arbitrage entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française sur la délimitation du plateau continental*, décision du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, par. 38, 55 et 61; *Royaume de Belgique, République française, Confédération suisse, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique c. République fédérale d'Allemagne*, décision du Tribunal arbitral pour un accord sur les dettes extérieures allemandes en date du 16 mai 1980, *RGDIP*, 1980, t. 84, p. 1158, par. 16; *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du « Rainbow Warrior »*, sentence du 30 avril 1990, *RSA*, vol. XX, p. 215, par. 75, 100 et 106.

⁶³ Voir en particulier : *Observation générale sur les questions relatives aux réserves émises lors de la ratification du Pacte ou des protocoles additionnels y relatifs, ou lors de l'adhésion à ces instruments, ou au sujet des déclarations faites en vertu de l'article 41 du Pacte, Observation générale adoptée par le Comité des droits de l'homme au titre de l'article 40, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, additif, Observation générale n° 24 (52)*, document CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, note 2 et par 6, 16 et 17. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a fait aussi observer que la convention « représente dans une large mesure une codification de la coutume internationale ». Voir le paragraphe 10 de la note verbale adressée au représentant permanent d'un Etat Membre, reproduite dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1975*, p. 203.

moment où la communauté internationale connaissait une transformation sociétale profonde à la suite de l'accession d'un grand nombre de nouveaux Etats à l'indépendance. En instituant et en consolidant des règles indispensables au fonctionnement du système international, les instruments en question ont contribué, à un moment crucial, à maintenir la confiance dans le droit international et à assurer la stabilité de la société internationale elle-même.

Si certains des projets d'articles de la Commission sont devenus des éléments fondamentaux dans la conduite même des relations internationales, certains autres ont joué un rôle crucial par rapport à tout un pan du droit international, car ils ont énoncé des principes et des règles qui ont défini la trame du droit dans le domaine en cause et constitué un cadre propice à l'analyse des problèmes et à l'exercice de la pensée juridique⁶⁴. Tel est certainement le cas du projet d'articles relatifs au droit de la mer, adopté par la Commission en 1956. Les quatre conventions de Genève de 1958, élaborées à partir de ce projet d'articles, ont énoncé un corps de règles qui a constitué en grande partie et pendant un certain nombre d'années au moins le droit de la mer en vigueur, comme le montrent maintes décisions émanant de cours et de tribunaux internationaux⁶⁵. Bien que l'évolution ultérieure ait entraîné des modifications considérables dans la structure de ce droit, les conventions de 1958 ont continué à concrétiser bon nombre de ses éléments. Elles ont en outre servi plus tard de modèles pour certaines parties importantes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982⁶⁶, en particulier les passages relatifs aux régimes de la mer territoriale, de la zone contiguë, du plateau continental et de la haute mer⁶⁷. Les conventions de 1958, en définissant et en précisant la structure du droit de la mer, font donc encore aujourd'hui sentir leurs effets.

⁶⁴ Rapport... quarante-huitième session, p. 232, par. 168. La Commission note que « C'est là un progrès indiscutable dans les relations entre Etats », *ibid.*

⁶⁵ La Cour internationale de Justice a considéré qu'un certain nombre de dispositions des conventions de Genève de 1958 relevaient du droit coutumier. Voir : *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/ Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, pp. 22 et 38, par. 19 et 63; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande) fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, pp. 22 et 29, par. 50 et 67; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 45, par. 41 et 42; *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))* (voir *supra* note 60), p. 586, par. 383. Voir également la décision du tribunal arbitral dans l'*Arbitrage entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française sur la délimitation du plateau continental* (voir *supra* note 62), par. 13, 65, 68-70, 75, 84 et 97.

⁶⁶ Document A/CONF.62/122 et Corr.1 à 11. A l'heure actuelle, 113 Etats ont donné leur consentement à être liés par la Convention de 1982 et 56 autres en sont signataires. Entre les Etats parties, la Convention de 1982 l'emporte sur les conventions de Genève de 1958 (voir l'article 311, paragraphe 1).

⁶⁷ Rapport... quarante-huitième session, p. 232, note 311.

On pourrait penser au premier abord que certains des projets d'articles mis au point par la Commission ne sont pas encore parvenus, comme ils en avaient la vocation, à jouer un rôle structurant dans les domaines du droit international auxquels ils se rapportaient. A y regarder de plus près, cependant, on constate qu'en fait un certain nombre d'entre eux constituent œuvre considérable.

Tel est le cas pour les deux projets d'articles relatifs à la question de la succession d'Etats. Quelques Etats seulement sont parties aux conventions qui ont été élaborées sur la base de ces projets : la Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat et la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités⁶⁸. Néanmoins il y a lieu de penser que cette dernière convention au moins occupe une place importante dans le domaine de la succession d'Etats auquel elle se rattache. En particulier, dans un certain nombre de situations mettant en jeu une succession d'Etats, on a considéré que la Convention de 1978 et le projet d'articles de la Commission sur lequel elle se fonde consacraient les principes du droit international coutumier en vigueur⁶⁹. Selon diverses indications, certains aspects de la Convention de 1983 sont également considérés comme ayant le statut de droit international coutumier⁷⁰.

⁶⁸ La première n'a recueilli que quatre des 15 instruments de ratification ou d'adhésion nécessaires à son entrée en vigueur et la seconde n'est parvenue à ce chiffre qu'en 1996.

⁶⁹ Voir par exemple : lettre du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies adressée au chef du Service juridique de l'Organisation mondiale de la santé, reproduite dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1972*, p. 204; lettre du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies adressée au Secrétaire du Conseil des Nations Unies pour la Namibie, reproduite dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1984*, p. 194, par. 3 ii); *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (voir *supra* note 65), par. 84; et Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, Commission d'arbitrage, avis n° 1, *RGDIP*, 1992, t. 96, p. 265, par. 1 e et avis n° 9, *ibid.*, 1993, t. 97, p. 592, par. 2 et 4. Voir également Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, Commission d'arbitrage, avis n° 3, *ibid.*, 1992, t. 96, p. 268, par. 2.

Il est intéressant de noter qu'une chambre de la Cour internationale de Justice a dit que cette convention, tout comme la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, était une convention « de codification », *Différend frontalier* (voir *supra* note 60), par. 17.

Aux termes d'un certain nombre de déclarations émanant de fonctionnaires d'Etat, diverses dispositions de la convention traduiraient le droit international coutumier. Voir, par exemple, le mémorandum du conseiller juridique du Département d'Etat des Etats-Unis, reproduit dans *Digest of United States Practice in International Law, 1980*, pp. 1026 et 1035 et note 43; la lettre de la République de Kinabati au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, reproduite dans *BYIL*, 1981, vol. 52, p. 385.

⁷⁰ Voir la lettre adressée par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies au directeur exécutif de l'Organisation internationale du cacao, reproduite dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1991*, p. 315. Voir également Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, Commission d'arbitrage, avis n° 1 (voir note précédente), par. 1 e) et avis n° 9 (voir note précédente), par. 2 et 4.

De même il convient de ne pas sous-estimer l'importance des projets d'articles que la Commission a rédigés dans le domaine du droit des organisations internationales. Certes la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel n'est pas encore entrée en vigueur, plus de 20 ans après sa conclusion⁷¹. Néanmoins le fait est que cette convention est souvent citée par les Etats et les organisations internationales dans le cours de leur activité⁷² et il est admis qu'un certain nombre de ses dispositions ou bien font partie du droit coutumier ou bien reflètent la pratique dominante⁷³.

Un autre exemple est fourni par la Convention de Vienne de 1986, élaborée sur la base du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui n'a recueilli que 23 des 35 ratifications ou adhésions qu'exige son entrée en vigueur⁷⁴. Il ne fait cependant guère de doute que, comme la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités sur laquelle elle se fonde, elle occupe une place fondamentale dans le domaine du droit des traités qu'elle concerne. Les tribunaux internationaux, en particulier, ont déjà mentionné que certaines de ses dispositions traduisaient le droit en vigueur⁷⁵ et les organisations du système des Nations Unies utilisent couramment la

⁷¹ A l'heure actuelle 30 Etats seulement acceptent d'être liés par la convention alors que 35 acceptations sont nécessaires pour son entrée en vigueur. Sept autres Etats l'ont signée.

⁷² Voir la déclaration faite par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies à la 71^e séance du Comité des relations avec le pays hôte, reproduite dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1978*, pp. 237-240.

⁷³ Voir, par exemple, le paragraphe 10 de la note verbale adressée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au représentant permanent d'un Etat Membre (voir *supra* note 63); le paragraphe 4 du mémorandum adressé par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies au chef adjoint du protocole, reproduit dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1977*, p. 208; la déclaration faite par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies à la 71^e séance du Comité des relations avec le pays hôte (voir la note précédente); les paragraphes 4 et 5 de la déclaration faite par le conseiller juridique à la 115^e séance du Comité des relations avec le pays hôte, reproduits dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1986*, p. 368; et le paragraphe 4 du mémorandum adressé par le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies au juriste principal, bureau du Directeur général, Office des Nations Unies à Genève, reproduit dans *Annuaire juridique des Nations Unies 1991*, p. 320.

⁷⁴ Seize autres Etats et dix organisations internationales ont signé la Convention.

⁷⁵ Tant la Cour de Justice des Communautés européennes que ses avocats généraux ont indiqué que certaines dispositions de la convention reflétaient le droit international coutumier. Voir *République française c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-327/91, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de justice*, 1994-8, partie I, conclusions de l'avocat général, p. 3649, par. 12 et arrêt de la Cour, p. 3674, par. 25. Voir aussi *infra* le texte à la note 79.

convention comme un guide pour l'élaboration, l'interprétation et l'application de leurs traités.

III.

L'action de la Commission du droit international est remarquable à un autre point de vue : elle s'est taillée une place importante dans le processus de formation de la coutume.

Que les travaux de la Commission et ses réalisations puissent jouer un rôle dans le processus même de formation de la coutume n'était pas clairement prévu par le statut. Pourtant, comme l'étude sommaire de l'œuvre de la Commission suffit à le montrer, celle-ci s'est totalement impliquée dans le processus qui consiste à identifier, consolider, maintenir, adapter et même former des règles de droit international coutumier ou général. En particulier on a considéré à maintes reprises que les conventions adoptées sur la base de projets d'articles préparés par la Commission fournissaient une preuve autorisée de l'état du droit coutumier, parfois avant même qu'elles ne soient entrées en vigueur⁷⁶. De façon plus spectaculaire encore et qui illustre bien l'action de la Commission à cet égard, des projets d'articles de la Commission ont été eux-mêmes considérés comme apportant la preuve de la situation prévalant en droit coutumier⁷⁷, parfois même avant qu'ils ne soient définitivement adoptés⁷⁸. Ainsi, par exemple, avant même que la Commission ait achevé son travail sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, la Cour internationale de Justice a cité l'une des dispositions de ce projet comme représentative du droit coutumier⁷⁹. L'œuvre de la Commission dans le domaine de la responsabilité des Etats mérite spécialement de retenir l'attention à cet égard. Avant même que la Commis-

⁷⁶ Voir spécialement les positions relatives à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, cités *supra* notes 60 à 63, et dont beaucoup sont antérieures à l'entrée en vigueur de la convention.

⁷⁷ Voir par exemple la décision du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *X c. Ministère public de la Confédération*, *Annuaire suisse de droit international*, 1980, vol. 36, p. 205, qui, bien que postérieure à l'adoption de la Convention de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités, mentionne uniquement le projet d'articles de la Commission qui a servi de base à la convention.

⁷⁸ Voir par exemple la lettre adressée par le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies au chef du Service juridique de l'Organisation mondiale de la santé, *op. cit.* (*supra* note 69).

Les délibérations de la Commission sur un sujet donné ont souvent été considérées plus tard comme traduisant l'état du droit, à l'époque, sur la question considérée : voir *Plateau continental de la mer du Nord* (voir note 65), par. 49-55, 62 et 85; *Arbitrage entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française sur la délimitation du plateau continental* (voir *supra* note 62), par. 37.

⁷⁹ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte* (voir *supra* note 60), par. 47.

sion ait achevé la première lecture du projet d'articles relatifs à cette question, les rapports des rapporteurs spéciaux et les projets d'articles jusque là adoptés par la Commission étaient déjà fréquemment invoqués à titre de preuves du droit international général. Les tribunaux internationaux en particulier se réfèrent depuis un certain temps aux travaux de la Commission quand ils traitent de problèmes soulevés en la matière⁸⁰. Qui plus est, un tribunal arbitral a jugé, il y a dix ans, que la première partie du projet d'articles était « l'exposé le plus récent et le plus autorisé du droit international actuel dans ce domaine »⁸¹.

Il se peut qu'au moment où la Commission aborde l'étude d'un sujet, le droit coutumier en la matière ou bien ne soit pas fixé ou bien soit à un stade de formation. Grâce au travail de la Commission des règles nouvelles peuvent commencer à émerger et à prendre progressivement forme dans le droit international coutumier. En particulier l'analyse de la pratique existante des Etats à laquelle la Commission procède et ses recommandations quant à l'orientation future du droit peuvent déclencher des réactions favorables de la part des Etats, influencer l'orientation de la pratique et de l'*opinio juris* dans le sens suggéré par la Commission et aboutir finalement à ce que son projet d'articles soit reconnu, lors d'une conférence de plénipotentiaires, comme reflétant la pratique qui s'est dégagée et l'opinion dans son ensemble. De cette manière la Commission peut jouer un rôle éminent dans la formation même des règles du droit international coutumier.

⁸⁰ Voir par exemple les sentences suivantes du Tribunal des différends irano-américains : *International Technical Products Corporation and ITP Export Corporation v. the Government of the Islamic Republic of Iran et al.*, sentence n° 196-302-3 (24 octobre 1985), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9, 1985, p. 206, note 35; *Alfred L. W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, sentence n° 312-11135-2 (14 juillet 1987), *ibid.*, vol. 16, 1987, p. 76, par. 28 et 33; *Kenneth p. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, sentence n° 324-10199-1 (2 novembre 1987), *ibid.*, vol. 17, 1987, p. 92, par. 33, 42 et 65; *Jack Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, sentence n° 326-10913-2 (3 novembre 1987), *ibid.*, p. 135, par. 18, 25 et 30 c et e; et *Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran, The National Iranian Oil Company*, sentence n° 425-39-2 (29 juin 1989), *ibid.*, vol. 21, 1989, p. 79, note 26. Voir aussi les sentences arbitrales suivantes : *Affaire concernant l'accord aérien du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, sentence du 9 décembre 1978, *RSA*, vol. XVIII, p. 417, par. 31; *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France...* (voir *supra* note 62, par. 72, 77, 78, 101 et 105 (et la note relative aux par. 113 et 122); *AMCO-Asia Corporation and others v. The Republic of Indonesia*, sentence sur le fond, 31 mai 1990, *ILR*, vol. 89, p. 405, par. 172; *Libyan Arab Foreign Investment Company v. The Republic of Burundi*, sentence du 4 mars 1991, *ILR*, vol. 96, p. 282, par. 61 (et note relative aux par. 55, 56 et 66).

⁸¹ *Jack Rankin v. The Islamic Republic of Iran* (voir la note précédente), par. 18. Une autre sentence arbitrale a dit que ce domaine était en voie de codification par la Commission du droit international : *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France...* (voir *supra* note 62), par. 72.

Ainsi, lorsque la Commission a ~~achevé son travail sur le droit de~~ la mer au début des années 1950, le plateau continental n'était pas encore doté d'un statut positif au regard de la coutume, la pratique des Etats en la matière étant toute récente, encore incomplète et discordante⁸². Pourtant, comme la Cour internationale de Justice l'a noté à deux reprises⁸³, au moment où la première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer s'est attachée en 1958 à élaborer une convention sur la base du projet d'articles préparé par la Commission sur le plateau continental, les Etats en étaient venus à considérer que les règles fondamentales de cette institution étaient établies ou sur le point de l'être et qu'elles étaient en outre traduites dans les dispositions pertinentes du projet de la Commission⁸⁴. On a estimé aussi qu'un processus largement similaire de développement juridique avait eu lieu dans le cas du droit des traités, pour ce qui est des règles applicables aux réserves⁸⁵.

Comme la Cour l'a également affirmé⁸⁶, un tel processus juridique peut ne pas prendre fin avec l'élaboration et l'adoption d'une convention fondée sur le projet d'articles de la Commission. Ce n'est que si les Etats en viennent ultérieurement à accepter⁸⁷ une telle convention ou à y adapter leur pratique⁸⁸ que de nouvelles règles de droit coutumier peuvent finalement voir le jour, modelées sur celles qu'énonce l'instrument en question⁸⁹. Dans un tel cas, c'est le travail

⁸² *In the matter of an Arbitration between Petroleum Development (Trucial Cost) Ltd and the Sheikh of Abu Dhabi*, sentence de septembre 1951, *ILR*, vol. 18, p. 144, par. 5 e.

⁸³ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 65), par. 63; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (voir *supra* note 65), par. 41-42.

⁸⁴ Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 65), la Cour internationale de Justice a estimé que l'examen par la Commission de la question sur laquelle porte l'article 6 de la Convention sur le plateau continental avait contribué au développement du droit coutumier sur ce point : *loc. cit.* (*supra* note 78).

⁸⁵ C'est ainsi qu'au moment où la Commission commençait son travail sur le droit des traités, les règles applicables aux réserves, longtemps considérées comme bien établies, étaient devenues, à la suite d'une évolution récente, très instables et très incertaines. Les travaux de la Commission ont été au cœur du développement de l'*opinio juris* des Etats en la matière et ont abouti à la cristallisation d'un nouveau régime juridique avec l'adoption à Vienne en 1969 de la Convention sur le droit des traités dont les dispositions relatives aux réserves se fondaient sur le projet d'articles adopté par la Commission en 1966. Voir *Arbitrage entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française* (voir *supra* note 62), par. 38.

⁸⁶ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 65), par. 71.

⁸⁷ *Ibid.*, par. 73.

⁸⁸ *Ibid.*, par. 74 et 75.

⁸⁹ Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 65), la Cour a procédé à une étude détaillée du point de savoir si un tel processus s'était produit en ce qui concernait les règles énoncées à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental et a conclu que tel n'était pas le cas (*ibid.*, par. 81).

de la Commission qui constitue l'agent, direct ou indirect, de la cristallisation du nouveau droit, en ce qu'il aiguillonne et stimule la formation de l'*opinio juris* des Etats et en ce qu'il précise et coordonne ses éléments.

Le fait que la Commission ait réussi à susciter et à maintenir un dialogue utile avec les Etats explique qu'elle soit partie prenante au processus de formation de la coutume sous tous ses aspects. Ce dialogue, que la Commission poursuit par l'intermédiaire de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, grâce aux questionnaires qu'elle adresse individuellement à chaque Etat et grâce aux demandes d'observations sur ses projets⁹⁰ qu'elle leur envoie, mérite d'être porté à l'actif de la Commission⁹¹.

IV.

La contribution que la Commission a ainsi apportée au développement progressif et à la codification du droit international a été qualifiée de diverses manières : « unique et incomparable », « guère moins que prodigieuse », « distinguée et durable », « remarquable », « d'une importance exceptionnelle », « essentielle », « considérable », « appréciable », « positive ». On a affirmé que, si certaines des conventions de portée mondiale élaborées sur la base de projets d'articles de la Commission n'existaient pas, la conduite des relations internationales serait « inimaginable ». On a reconnu aussi la contribution remarquable et durable de la Commission à une meilleure connaissance du droit international et l'on a dit que ses rapports et documents constituaient une source d'inspiration d'une valeur inappréciable pour l'ensemble de la doctrine.

Compliments mis à part, la Commission a continué à s'efforcer de perfectionner ses procédures et méthodes de travail sous tous leurs aspects. A cette fin, elle a pris un certain nombre de mesures, finissant par adopter récemment un rapport important qui contient beaucoup de recommandations spécifiques visant à améliorer son utilité et son efficacité⁹². Elle a mis au point une procédure plus rigoureuse pour mieux

⁹⁰ Voir Rapport... quarante-huitième session, p. 234, par. 171 et p. 237, par. 181. Pour avoir un aperçu de ce dialogue, se reporter à *La Commission du droit international et son œuvre*, op. cit. (voir supra note 9), pp. 21-24.

⁹¹ Ces dernières années, la Commission s'est efforcée d'intensifier encore ce dialogue. Voir en particulier le récent rapport de la Commission sur ses procédures et méthodes de travail qui contient un certain nombre de recommandations spécifiques à cet effet, Rapport... quarante-huitième session, p. 223, par. 149 c à e et p. 238, par. 182. Noter aussi p. 237, par. 180 et p. 239, par. 185. L'Assemblée générale s'est intéressée également au renforcement du dialogue : voir *infra* le texte à la note 95.

⁹² Rapport... quarante-huitième session, pp. 221-260. L'Assemblée générale a pris note avec satisfaction de ce rapport dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996 (par. 9).

choisir les nouveaux sujets à inscrire à son programme de travail⁹³. Elle s'est montrée aussi plus ouverte à la diversité des formes que pourrait prendre son travail final, dans le cadre de son apport au processus juridique international, qu'il s'agisse de modèles de règles, de déclarations, de guides de la pratique, de commentaires, d'avis, etc.⁹⁴. L'Assemblée générale pour sa part a prêté une grande attention aux modalités selon lesquelles elle examine le rapport de la Commission et a pris des mesures pour les améliorer en vue de fournir à cette dernière des directives plus efficaces⁹⁵.

Un effort concerté est donc fait actuellement en vue d'améliorer le fonctionnement de la Commission pour lui permettre de contribuer davantage encore au développement progressif et à la codification du droit international⁹⁶. Cet effort procède de la conviction, partagée tant par les Etats que par la Commission, qu'« un processus ordonné de codification et de développement progressif continue de présenter un intérêt important »⁹⁷ et que la Commission pourra continuer à jouer un rôle considérable dans ce processus. Il y a donc tout lieu de supposer que la Commission du droit international restera ce qu'elle a été ces 50 dernières années : le principal organe établi par l'Assemblée générale dans le domaine du développement progressif et de la codification du droit international.

⁹³ Pour un bref aperçu de cette procédure, voir Rapport... quarante-huitième session, pp. 231-232, par. 165 et 166.

⁹⁴ Ainsi, sur la question des réserves aux traités, voir par exemple : Rapport... quarante-cinquième session, p. 245, par. 430; Rapport... quarante-septième session, pp. 262-264, par. 435 à 437 et 439; p. 273, par. 471 à 474 et pp. 276-277, par. 486 à 488 et par. 491 *b* et *c*; Rapport... quarante-huitième session, pp. 209-210, par. 113. De même sur la question des conséquences de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques et morales, voir par exemple : Rapport... quarante-cinquième session, p. 261, par. 437 et 439; Rapport... quarante-septième session, p. 82, par. 169-170 et pp. 87-88, par. 193; et Rapport... quarante-huitième session, p. 198, par. 81 et p. 201, par. 88 *b*. Plus généralement, voir *ibid.*, p. 236, par. 178 *in fine*. Comparer avec la manière dont la Commission abordait la question par le passé, *Annuaire... 1988*, vol. II (deuxième partie), p. 116, par. 561.

⁹⁵ Voir en particulier les résolutions suivantes de l'Assemblée générale : résolution 41/81 du 3 décembre 1986, troisième alinéa du préambule et paragraphe 5 *b* du dispositif; résolution 42/156 du 7 décembre 1987, cinquième alinéa du préambule et paragraphes 5 *b* et 6 du dispositif; résolution 43/169 du 9 décembre 1988, paragraphes 7 et 8 du dispositif; résolution 44/35 du 4 décembre 1989, paragraphe 5 du dispositif; et résolution 50/45 du 11 décembre 1995, septième alinéa du préambule et paragraphe 10 du dispositif.

⁹⁶ Voir en ce sens la résolution 50/45 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1995, paragraphe 9 *a* du dispositif et Rapport... quarante-huitième session, p. 226, par. 154.

⁹⁷ Rapport... quarante-huitième session, p. 222, par. 148 *b*. Voir aussi p. 232, par. 168 et p. 234, par. 171.

INTERNATIONAL LAW AS THE CONSTITUTION OF MANKIND

Christian Tomuschat

I. The Concept of "Constitution"

The concept of "constitution" has no precise meaning fixed once and for all. Generally, constitution is a term employed with regard to national legal systems only,¹ while international mechanisms within which States cooperate have rarely been identified by that word. In its recent jurisprudence, the Court of Justice of the European Communities has furthermore used the label of constitution in characterizing the basic treaties on which those Communities and the European Union overarching them are founded.² Notwithstanding its proximity to the State or to entities developing para-statal characteristics, however, the concept of constitution has or can be given a much broader meaning, in accordance with current linguistic usages. It may be taken to designate the basic legal framework of a given human community, its essential structures and the ties which hold it together. To be sure, as long as the relevant rules have not been formally defined as such, one may have different views as to what belongs to that hard core. Yet reflection permits to specify at least *grosso modo* the different components which, in their combination, make up a constitution.

It is a truism to state that the main task of any constitution is to enable human beings to live peacefully together in such a way that both the existence of the community concerned as well as the lives of its members are protected. Constitutions serve to establish a viable

¹ In the words of Dicey, constitutional law includes "all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the State". A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London, Macmillan, 1959), p. 23. For a more modern definition, see K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 2nd ed. (Chicago, University of Chicago Press, 1965), p. 127.

² Opinion 1/91, *European Economic Area*, Reports 1991, I-6099 (6102): "the constitutional charter of a community based on the rule of law". For the first time, this statement can be found in a judgment of 23 April 1986, *Les Verts*, Reports 1986, 1357 (1365).

order under which the threat of *bellum omnium contra omnes*³ can be overcome. This presupposes that there exist ground rules determining and allocating the main functions which must be discharged in order to keep a political system on good course. These functions are, with slight variations, the same for every human community. In the first place, human beings need common rules which reconcile the freedom of everyone with everyone else's freedom. In balancing these mutual claims, the art consists in keeping necessary sacrifices to a minimum. Freedom for all under conditions of equality must not degenerate into freedom for nobody. Be that as it may, it is not the detailed outcome of such regulatory processes which forms part of a constitution but rather the rule that confers on a specific body the power to enact provisions binding on everyone.⁴ Second, it stands to reason that any rules enacted require to be enforced by some executive agency. Lastly, if peace is to be kept within a given group, there must be mechanisms that permit the members of the group to settle their disputes in an orderly and peaceful manner. Again, the rules identifying the institutions entrusted with law enforcement or settlement of legal disputes have a logical priority over others that may arise from carrying out the different activities. They can certainly be counted among the central components of a constitution. The question of who is entitled to exercise the relevant powers is the key issue in any system of governance.

Naturally, a constitution deserves its name only if its rules are being effectively observed and enforced. If it is reduced to a purely rhetorical claim without any correspondence in life, it may at most be called a nominal constitution.⁵ Under such circumstances, however, the term loses its value as an analytical tool suitable to better understand political realities. A constitution, in order truly to deserve its name, must be an effective constitution.⁶ Its words must be a true reflection of the prevailing way and manner in which public powers are exercised within a given society.

II. The Need for an International Constitution

1. The question may be asked whether mankind does indeed need a constitution in the sense just described. Robinson, having become the

³ T. Hobbes, *Elementa Philosophica de Cive* (Amsterdam, 1647), *Praefatio ad lectores*.

⁴ In the words of H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford, 1994), p. 94 *et seq.*, these are rules of recognition.

⁵ According to H. Kelsen, *General Theory of State and Law* (New York, 1961), p. 118 *et seq.*, a general requirement for any legal order to be juridically in force is its effectiveness.

⁶ Loewenstein, *op. cit.* (footnote 1 above), p. 148.

sole inhabitant of a remote island, could lead an autonomous, self-sufficient existence. Still today, there may be some indigenous groups living in the middle of the jungle without any contact with the outside world. Generally, however, the situation has changed dramatically since international law in the modern sense came into being in the middle of the seventeenth century. At that time—and even before—Europe was a continent torn by rivalries and wars not only between close neighbours, but pitting the most diverse coalitions against each other. In other continents, similar developments took place. But the different theatres of events were in most instances well separated from one another. Occurrences in Asia or Africa did not have immediate repercussions on other continents, the main connecting element being the fight for supremacy between the colonial powers of Europe. Even as late as the second half of the nineteenth century, the world had not really become a universal whole. Large stretches in Africa and Asia had not yet joined the mainstream of intercourse among nations, but continued their disconnected existence outside the rapidly developing world of modern technology and communication.

Since the creation of the United Nations in 1945, for the first time in the history of mankind a worldwide network of interaction has gradually come into being. While in earlier centuries the different communities had relatively few mutual contacts, except with their immediate neighbours, today a vast array of factors can be indicated that *de facto* tie all the nations of the globe together. Any major development in one country will therefore cause repercussions somewhere else, and not only just across the next border. A classical link is constituted by international trade, and yet the mutual interrelated nature of the world economy has advanced at such a fast pace and reached such dimensions that today any crisis in one of the leading economies of the world affects all other economies within days or weeks only. But the most dramatic changes have occurred with regard to the factors determining not only the natural habitat of man, but nature as a whole. Air and water cannot be imprisoned behind national boundary pillars; they move freely from land to sea or around the globe and take with them on their course any contamination they may have suffered by human activity. As a result of all the deleterious effects produced by modern industrialized societies, even the climate of this globe has come under serious threat of profound—and unwelcome—changes; similarly, the progressive destruction of the ozone layer is the result of activities undertaken in all parts of the world. Lastly, the phenomenon of human migration should be referred to. Invariably, policies of repression by dictatorial power wielders, ethnic wars or patterns of poverty and famine trigger flows of human beings, only some of them being refugees in a formal sense, who seek safe havens in other countries, frequently far away from their countries of origin. Thus, even in

a region like Western Europe that has enjoyed peace for more than five decades and may continue to do so under a commonly established system of close cooperation, there is no reason for boundless optimism since many of the factors mentioned may affect the future in an unforeseen manner. Goethe's comment that every bourgeois leans comfortably back when being apprised of battles between peoples "far away in Turkey"⁷ has definitely been overtaken by events. Today, any news about social tension and armed conflict somewhere in the world, irrespective of their location, must ring an alarm bell precisely in nations living under conditions of peace because, more than any other nations, they are vitally dependent on the continuance of that favourable state of affairs.

2. It may seem a Herculean task to see all this—and many more problems—tackled by the international community. And yet to face up to the tasks transcending national boundaries is inevitable. Mankind does need a stable framework for action that at least seeks to deal with the existing and any newly emerging problems in a fair and equitable manner. For that purpose, clear-cut premises are needed. Mankind should be prepared to face up to the challenges confronting it in a spirit of rationality by peaceful means, respecting the rights of all of its members. Of course, one could also embrace a more cynical approach, referring to the famous dictum that "war is the father of all things" (Heraclit). But if war is left to shape the destiny of mankind, this amounts to opening the gates of anarchy and death. What is needed is a reliable foundation for the life of future generations. *Après nous le déluge* has never been the motto of a political constitution supported by a people as a whole. It may be the leitmotif of a group in a society that realizes that its time has run out. If ever an attempt is made to pave the way into the future in a responsible way, the principles of peace and justice must indicate the general direction.

3. It is clear that a universal framework for action, a constitution of mankind, cannot be directly related to the individual human being. No system seeking to regulate the interaction among more than 5 billion persons would be viable. Rather, the existing power centres have to be relied upon by necessity. States do exist as entities which peoples generally view as the legitimate expression of their political aspirations and within which they are able to develop a true sense of solidarity—something which at the universal level is also proclaimed, but remains a somewhat artificial construction. They are able to bundle and focus all the energies and forces of their citizens, and therefore they constitute indispensable building blocks when it comes to estab-

⁷ J. W. von Goethe, *Faust*, Part I (1808), line 862: "Wenn hinten, weit in der Türkei, die Völker aufeinander schlagen," quoted from *Werke*, 15th ed., vol. 3 (München, Hamburger Ausgabe, 1993).

lishing any kind of legal framework at a higher level. This does not detract from the fact that the human being remains the final beneficiary of the entire system of international law. But the individual cannot be given a decisive role within the mechanisms of a world constitution. The sheer weight of numbers makes it necessary to rely on representative institutions. In this sense, every State and every Government play the role of a representative of its people.

III. The Features of the Constitution of Mankind under Positive International Law—General Observations

1. It is easy to make the preceding observations and the existing rules of positive international law meet. The Charter of the United Nations has laid down the guiding principles of the present-day world order which has emerged from the ruins of the Second World War. These principles, as elaborated upon in General Assembly resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970, the so-called Friendly Relations Declaration, are sovereign equality, self-determination and non-use of force, additionally strengthened by the—somewhat fluid—prohibition of intervention. All these principles reinforce and support one another. Self-determination, although it came into being as a generally acknowledged rule of international law only in the 1960s, may be called the primary rule of origin. It permits any people to decide on its own fate. Once, in exercise of the right of self-determination, a State has been established, that State is recognized as the legitimate governmental structure with regard to the people concerned and the territory inhabited by it. The principles of non-use of force and non-interference have an auxiliary function to play in that they protect the substantive results of the process of self-determination against threats from outside. Lastly, the principle of cooperation marks a transition to a different world order, based more on solidarity than sovereign independence.

This configuration, apart from the emphasis placed on self-determination, has many traditional features. Sovereign equality is nothing new under the sun. And yet, if it is viewed as anchored in the principle of self-determination, it acquires a new value and an increased dignity which is more than a simple reflection of a situation existing as a fact of life shaped by power and might. As long as sovereign equality amounted to no more than such a *de facto* position, there was no particular justification for providing it with a cloak of protection. If, however, it is recognized as the expression of self-determination by a people, this reason alone militates decisively for affording it with additional guarantees such as, in particular, a ban on the use of force and intervention as now enshrined in Article 2 of the Charter of the United Nations.

The triad of self-determination, sovereign equality and prohibition of the use of force in its rigid combination boils down to a fairly

static legal framework of international relations. It means essentially that the territorial configuration of the world, i.e., its division into States with fixed boundary lines, should remain as it is. The Charter of the United Nations does not know of any legal mechanisms designed to bring about adjustments in an orderly way. Likewise, the right of self-determination is not recognized as comprehending a right of secession in favour of ethnic groups wishing to sever the ties with the majority population of the country in which they live. Only in a somewhat hidden fashion has the Friendly Relations Declaration stated that a right of secession might be susceptible of being claimed by a people if it is not permitted to participate on a footing of parity in the conduct of public affairs of its country.⁸ Peaceful change, a concept carefully, albeit very cautiously, developed by the Covenant of the League of Nations,⁹ has not been granted right of abode in the Charter of the United Nations. It therefore denotes a purely political process which requires consent by all parties concerned.

Notwithstanding the rigidity of this scheme, its recognition as the legal foundation of the international community is fully warranted inasmuch as it guarantees the existence of its members. No human group would be prepared to abandon itself or to cede parts of its territory without resisting, if necessary by force, any outside threat to that effect. Peace and cooperation can only be obtained if peoples are referred to what is in their possession. Every nation is called upon to make the best use of its own resources, to develop its territory and its human capital. Thus, self-determination means at the same time self-responsibility and self-reliance.

To live in States they have shaped according to their own wishes is not only an entitlement of peoples, but also an element of the current world order concept. Overall responsibility for all events occurring within the territory of a State lies with its governmental institutions. The international community has up to now refrained from claiming for itself supreme authority. It trusts that the main functions of governance will be effectively discharged by States. In particular, to keep law and order constitutes the core task without whose fulfilment no human community can peacefully exist.

⁸ See D. Murswick, "The Issue of a Right of Secession—Reconsidered", in Ch. Tomuschat, ed., *Modern Law of Self-Determination* (Dordrecht, Kluwer, 1993), pp. 21 *et seq.* For an enlightening background discussion, see M. Koskeniemi, "National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice", *ICLQ*, vol. 43 (1994), p. 241 *et seq.*

⁹ See Article 19: "The Assembly may from time to time advise the reconsideration by Members of the League of treaties which have become inapplicable and the consideration of international conditions whose continuance might endanger the peace of the world".

The phenomenon of the “failed State” wreaks havoc in that artful edifice of international governance. If a State falls into anarchy, with different factions fighting for supremacy, it loses its quality as a reliable actor on the international stage. Treaties concluded with it will be deprived of any practical significance because there is no one to respect and implement them. Nobody can speak in international forums on behalf of the country concerned with any degree of authority. Even the notion of international responsibility presupposes a well-organized machinery. If instead of just one government several rival groups contend for power, the factual conditions for making the country concerned accountable are simply lacking.¹⁰ International law cannot be effective under such circumstances. In order to be complied with, it presupposes stable institutions responsive to the claims and expectations of the international community.

2. It is an insight gained through the bitter experiences of the Second World War that a system exclusively based on the juxtaposition of sovereign entities will not prove workable in the long run. The addition of individual egotisms does not make up an international community. Some overarching or supporting structure is necessary to bind the different elements together. Indeed, there are today two types of factors that provide the kind of cohesive glue without which the fragmentation of the world could not be overcome.

On the one hand, the international community has sought to identify a number of basic values that are shared by mankind as a whole. Already in the Charter of the United Nations, human rights are proclaimed as one of the primary goals to be pursued by the world Organization. Set forth in detail for the first time in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, human rights were translated into binding legal form mainly through the two International Covenants of 1966. Notwithstanding some divergencies particularly on the political aspects of human rights, the essential consensus has been maintained. Indeed, the Vienna Declaration of 1993 states unambiguously that “[t]he universal nature of these rights and freedoms is beyond question”.¹¹ Thus, the dignity of the human person constitutes a value shared—at least on paper—by all Governments of this globe. As many wars show, however, this credo is easily forgotten where historical traumas entangle people’s minds.

Apart from a substantive support structure of common values, the international community requires an organizational structure provided with institutions that are able to discharge those functions

¹⁰ Suffice it to refer to the deplorable conditions prevailing in Somalia.

¹¹ Vienna Declaration and Programme of Action, United Nations document A/CONF.157/24, part I, para. 1.

which transcend the capacities of an individual nation acting alone. The principle of international cooperation becomes operative only through such institutions, which nowadays exist in a rich variety, not least embodied in the specialized agencies.

It is much more doubtful whether one can, additionally, speak of a principle of international solidarity, operative in inter-State relationships as a collective reflection of the welfare State principle nowadays current in domestic legal systems. It is significant, in this regard, that the right to development, notwithstanding its universal approval by the Vienna World Conference on Human Rights in June 1993,¹² has not yet been defined in clear and precise terms.¹³ Although development assistance has become a routine component of the foreign policy of all the wealthier nations, its legal position remains far from being consolidated. Recently, severe cuts in the budgets of some Western nations have marked a principled turnaround in the general evaluation of strategies directed at providing monies for development purposes. Notwithstanding the general realization that a world characterized by a deep divide between rich and poor countries runs extreme risks of falling prey to unrest and violence, to date there exists no clear text of hard and fast law that unequivocally sets forth the principle of solidarity as a basic principle of international law on the same footing as sovereign equality.

IV. The Main Functions of Governance

At the regional level, the European Union constitutes today the best developed model of an association of States having joined to pursue certain common goals. The European Union has developed far-reaching and sophisticated procedures of law-making, law enforcement and adjudication. Although primarily geared to ensure economic goals, it has at the same time been able to ensure peace among its members.

However important the European experiment may be, what matters in the last analysis is world peace among all of the nations of this globe. Yet at the universal level, institutions are still much less developed. The Charter of the United Nations was a great step forward in 1945. But it could not bring about a full-scale revolution of the legal ground rules determining the relationships between the members of the international community.

1. Law-making is certainly the most important function in any system of governance. In that respect, 1945 ushered in little change. The drafters of the Charter of the United Nations may not even have been

¹² *Ibid.*, part I, para. 10.

¹³ The Declaration on the Right to Development, adopted by General Assembly resolution 41/128 of 4 December 1986, hardly provides any firm ground.

aware of the fact that, by almost literally reproducing Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice in Article 38 of the Statute of the new International Court of Justice, they opted for immobilism. Indeed, by putting international treaties in the first place of the list of sources to be applied by the International Court of Justice, they re-affirmed the principle of sovereign decision power with regard to international law-making. Since treaties are instruments of self-commitment, and since treaty-making is the only process of conscious law-making afforded by general international law, the practical result is that new law can only be created by consent, in particular the consent of those most affected by newly envisaged obligations.

It is not that a system characterized by a predominance of treaties does not have its positive sides. When a State formally accepts a treaty, it normally knows what it does. Ratification expresses a deliberate will to live up to the rules established by the instrument. Rarely are treaties concluded with the hidden mental reservation not to comply with them, the question whether the good intentions of the beginning will last forever being another matter.

On the other hand, to make collective law-making dependent on the will of every single member of the international community is a strategy that has its natural limitations. The international community cannot tolerate major disturbances caused through the exercise of sovereign power that refuses to submit to a treaty regime designed for major new challenges confronting mankind.¹⁴ To some extent, gaps may be closed by deriving specific legal obligations from the general principles underlying the international legal order. Thus, in particular, sovereign equality can be resorted to as a source for many more specific obligations, in particular in the field of environmental protection. If every State is sovereign and equal to every other State, this means in particular that territorial integrity must be respected.¹⁵ On the other hand, purely substantive obligations fall short of the essential procedural mechanisms which nowadays complement all major treaties. More and more, such procedural devices have become an integral element of treaty regimes. With regard to customary obligations, a sophisticated system of State responsibility might fulfil a similar pur-

¹⁴ The denunciation of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons by the Democratic People's Republic of Korea in 1993 became a major issue of concern for the international community, prompting action by the Security Council; for a brief account of developments, see *Yearbook of the United Nations 1993*, pp. 356-359.

¹⁵ Reference may be made in this connection to the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment of 16 June 1972, United Nations document A/CONF.48/14/Rev.1, Principle 21, and the Rio Declaration on Environment and Development of 14 June 1992, United Nations document A/CONF.151/5/Rev.1, Principle 2.

pose. Hitherto, however, the work done by the International Law Commission is essentially confined to codifying the traditional law.

2. Likewise, the executive function is only poorly developed in international law. Generally, every State is for itself the guardian of its interests. If a treaty obligation owed to it is not complied with, it has no institution to turn to in order to trigger an enforcement mechanism. Rather, it is left to its own imagination to devise appropriate strategies to vindicate its rights. The legal order puts at its disposal for that purpose the two remedies of retorsion and countermeasures, which both operate within a bilateral context. In some multilateral forums, however, procedures have been set up to monitor and ensure compliance through collective institutions. Again, the European Community (EC) should be referred to in the first place in this connection. Under Article 169 of the EC Treaty, the European Commission has been formally entrusted with seeing to it that community law in its entirety be faithfully observed. States are thus relieved of the burden to fight for their legal entitlements, all the more so since the individual has been granted legal standing as well to invoke to his or her benefit all the treaty stipulations that are sufficiently precise to permit direct application by judicial bodies.

It is the great stride forward achieved by the Charter of the United Nations that the traditional model of self-reliance has been departed from in instances where to follow it would be tantamount to pronouncing a death sentence upon a State that has become the target of armed force. In order to maintain international peace and security, the Security Council was created. Its primary mandate is to ensure full respect for the principle of non-use of force against attempts to infringe on the territorial integrity or political independence of States. In every human community, the task of ensuring law and order constitutes indeed the basic function of governance. By entrusting a collective institution with safeguarding peace among nations, the States Members of the United Nations have indeed taken a decisive step towards the establishment of a true constitution of the international community. Chapter VII of the Charter of the United Nations is the key element of that constitution.

It need not be stressed here that the permanent members of the Security Council occupy a pivotal position in the carefully constructed arrangement for the exercise of the powers provided for by Chapter VII. Although by acting alone they are unable to tilt the balance for the positive adoption of a resolution, their veto power enables them to block any decision. Thus, if at all the non-permanent members wish to see the power of the Security Council actually activated, they are compelled to accommodate the wishes of the permanent members. In fact, the "Big Five" are well aware of their key role.

Convening in inner circles behind closed doors, they generally attempt to agree on a desired course of action long before the Security Council is officially seized of a draft project.

From a constitutional viewpoint, it is abundantly clear that the permanent seats held by the "Big Five" have not been granted to them as individual entitlements in recognition of their factual position of power, but as a competence to be exercised in the interest of the international community. Juridically speaking, permanent seats do not have the quality of private assets; rather, they are a public trust, to be handled responsibly in accordance with the general philosophy permeating the Charter of the United Nations. The whole system of collective security may therefore suffer serious harm if any of the Governments holding permanent seats publicly declares that it will use its Security Council position for the furtherance of its national policies only.¹⁶ There is no denying the fact that the permanent members cannot simply disregard their own interests. More often than not, as a second step, they will additionally be requested to substantially back up actions decided by the Security Council. But if national interest is their only parameter of orientation, other nations will find it hard to recognize resolutions of the Security Council as the legitimate exercise of a world order institution established by the international community.

3. Regarding the judicial function, the constitution of the international community, as embodied in the Charter of the United Nations and also crystallized as customary law, has not been able as yet to go beyond the important—but at the same time little effective—proposition in Article 2, paragraph 3, of the Charter of the United Nations that all States are under an obligation to settle their international disputes by peaceful means. As such, the rule does not add much to the principle of non-use of force inasmuch as the qualifier of "free choice of means" remains applicable and no State is required to accept third-party settlement of any controversies regarding its juridical status under international law.¹⁷ Again, the European Community might serve as a countermodel. Here, every member submits to the compulsory jurisdiction of the Court of Justice of the European Communities simply by adhering to the relevant treaties. At the world-

¹⁶ The statement that the United States will participate in United Nations peace-keeping operations only if such participation "advances US interests" (see statement by Assistant Secretary of Defense for Strategy and Requirements Edward L. Warner before a United States Senate Subcommittee, 13 April 1994, *ILM*, vol. XXXIII (1994), p. 816) would have to be severely criticized if it were understood in a narrow sense.

¹⁷ Ch. Tomuschat, Commentary on Article 2 (3) of the Charter of the United Nations, marginal notes 12 and 13, in B. Simma, ed., *The Charter of the United Nations—A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 1994).

wide level, by contrast, the jurisdiction of the International Court of Justice requires specific acceptance by the parties concerned. It is an open question to what extent suggestions made by the International Law Commission to introduce a general system of dispute settlement in the field of State responsibility—which means that international law in all its widest possible scope will be encompassed¹⁸—may win support by the international community. Currently, under the circumstances of 1996, chances for such a breakthrough would appear to be rather dim.

In one specific sector, however, international adjudication has made considerable headway precisely during the United Nations Decade of International Law. In order to permit the trial of persons responsible for grave crimes against basic tenets of the international community, the Security Council established, first, the Yugoslavia Tribunal in 1993¹⁹ and, second, the Rwanda Tribunal in 1994.²⁰ Both jurisdictions are not international tribunals in the traditional sense, i.e., judicial bodies entrusted with adjudicating disputes between States. Rather, they follow the example of Nürnberg and Tokyo where the main war criminals among the German and the Japanese leadership were tried. It is no exaggeration to state that a system for the prosecution of individuals committing grave violations of the fundamental rules of the international legal order belongs also to the core elements of a constitution of the international community. Obviously, much remains to be done. Instead of continuing the piece-meal approach started with the creation of the Yugoslavia and the Rwanda Tribunals, the international community should seriously consider adopting the statute of a permanent international criminal court, submitted to the General Assembly of the United Nations by the International Law Commission in 1994.²¹

V. Need for Action

As the preceding observations have shown, there is ample room for improvement in all the areas that come within the scope of the international community. To be sure, it would not be wise to make proposals directed at building utopian constructions. The sovereign State is still

¹⁸ Draft articles on State responsibility adopted by the International Law Commission on first reading, Part Three: Settlement of disputes, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, p. 147.

¹⁹ Resolution 827 (1993) of 25 May 1993.

²⁰ Resolution 855 (1994) of 8 November 1994.

²¹ For the text, see the Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, para. 91.

the main building block of the present-day international order. But even powerful States are today dependent on international networks of cooperation. It should not be forgotten that, after the horrors of the Second World War, it was in particular the United States that took the initiative to establish a world organization to succeed the abortive League of Nations. At that time, the United States Government was fully aware of the necessity to ensure international peace through collective institutions.²² Instead of viewing the future organization as an evil, it considered it as a desirable and indispensable institution.

Simply speaking, the primary goal must be to restore faith in the United Nations. Through their ill-considered policies in Bosnia-Herzegovina, national Governments and United Nations institutions alike have steered the world Organization close to the brink of collapse. A world organization that remains passive when genocide is committed, women are raped, children shot by snipers and prisoners of war murdered in cold blood deprives itself of its *raison d'être*. The loss of credibility can be made good only by deeds which make clear that everyone is to benefit from the existence of a legal framework whose substantive as well as procedural elements embody the current constitution of the international community. If, however, the "Big Five", in particular, continue to shrug off their responsibilities lightly, treating them as a matter exclusively of their own national interest, the United Nations as a whole may lose the foundation of legitimacy on which it rests. Those whose interests are not taken care of will then almost necessarily be led to challenge its authority. Obviously, this would not change the prevailing configuration of power in the world. But the Security Council might be reduced to a pure club of the mighty few, divested of the recognition of all the other nations. It would then experience great difficulties in reasserting its authority in instances where it needs the assistance of all States, big or small.

As one of more concrete steps, one may recommend the strengthening of international law-making. Nobody will believe that one day a general treaty to that effect may come into being. Yet there are two other ways that should be explored and pursued. First of all, in elaborating new international treaties in specialized fields regard should be had to the possibility of authorizing processes of secondary law-making, following the model of the European Community. On the other hand, there is no real obstacle to interpreting Chapter VII of the Charter of the United Nations in a broad sense as permitting the Security Council to make general determinations on activities deemed by it directly to threaten international peace and security. Thus, the

²² An informative description has been given by R. B. Russell and J. E. Muther, *A History of the United Nations Charter* (Washington, D.C., Brookings Institution, 1958), *passim*.

Security Council would be perfectly entitled to ban all atmospheric testing of nuclear devices—and perhaps one day also underground testing.²³ Unfortunately, a caveat cannot be eschewed in this connection. Determinations by the Security Council that eventually are not enforced are likely to produce more harm than any positive results that can be expected of such an exercise of regulatory power. Thus, extreme caution is required in enacting general rules for the maintenance of international peace and security. The catastrophic results of declaring “protected zones” in Bosnia-Herzegovina²⁴ without taking effective steps to make that promise a reality are still fresh in everyone’s mind.

An international constitution needs the general approval of all those to whom it is addressed. If the Charter of the United Nations were ever appraised by a large majority of States as an instrument solely used to keep smaller nations under the authority of the big powers holding permanent seats on the Security Council, while those powers did not live up to their reciprocal commitments, the United Nations would be doomed. The first attempt to provide the international community with a somewhat tighter legal framework deserving to be characterized as a constitution would then have visibly failed. International law as such, without any effective institutions for the protection of international peace and security, is too weak to be placed on the conceptual pedestal of a constitution. It is by no means excluded that at the universal level mankind may lose again the fairly high degree of integration it has reached. But a growing realization that a strategy of pursuing national interest in a going-it-alone fashion may also prompt a return to the enlightened days when the United Nations was founded by men and women clearly aware of the fact that their nations could only prosper within a universal framework of peace and justice.

²³ For a more ample demonstration, see Ch. Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, *Recueil des cours...* 1993-IV, vol. 241, pp. 344-346.

²⁴ Security Council resolutions 819 (1993) of 16 April 1993; 824 (1993) of 6 May 1993; and 836 (1993) of 4 June 1993.

THE LAW OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY

Igor Ivanovich Lukashuk

Mankind is approaching a historic turning-point: the beginning of the third millennium of the common era. Today there is an especially keen desire to look into the future and try to see what it holds. It is therefore quite natural that more and more new works on the subject of the future, including the future of international law, are being published.¹

On the eve of the twenty-first century, highly significant events are taking place in the field of international law. The United Nations has celebrated its first half-century. The International Law Commission is now approaching its fiftieth anniversary. These dates fall during the United Nations Decade of International Law, which closes the twentieth century. These events are not as fortuitous as they may seem. They point to the fact that the coming century will be one of an international community truly based on law, a century of universal rule of law. International law will become the law of the international community.

In recent years, the expression "international community" has become firmly established not only in political instruments but also in legal instruments. It is also finding its way into the domestic law of individual States. Thus, there is a provision in the Preamble of the Constitution of the Russian Federation in accordance with which the People adopted the Constitution "recognizing [itself] as a part of the world community".² This is a reflection of a new, contemporary relation to the surrounding world based on the notion of an organic link to the world community. Russia, as any other country, cannot pursue

¹ There are quite a few publications of this kind, such as R. J. Dupuy, ed., *The Future of International Law in a Multicultural World* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1984); T. O. Elias, *New Horizons in International Law*, 2nd ed. (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992); J. Delbruck, ed., *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios—New Law* (Berlin, Durcker and Humblot, 1993); I. Lukashuk, *Otnosheniya mirnogo soshchestvovaniya i mezhdunarodnoje pravo [Relations of Peaceful Coexistence and International Law]* (Kiev, 1976), ch. IV, pp. 147-190 (in Russian).

² The expression "world community" is usually used to denote two concepts. In one instance it means the same thing as "international community"; in another, it may be defined as the "community of peoples" or "mankind".

its national interests in isolation but only in cooperation with other countries as a member of the international community.

Contemporary international law, often called post-confrontational, constitutes a revival of the law of the Charter of the United Nations. This historic document reflected the hopes and dreams of mankind, which had endured untold suffering during the Second World War. At the time, even conservative statesmen could not ignore such aspirations. To a large extent, the Cold War halted the process of restructuring international law and international relations on the basis of the purposes and principles of the Charter.

However, one cannot fail to observe that, notwithstanding the icy armour of the Cold War, international law continued to develop. This bears witness to the vitality of the process of the progressive development of international law. We must emphasize the role that the International Law Commission played in this process.

While the purposes and principles of the Charter were to a considerable extent only formally recognized during the Cold War, they are now becoming part of the daily practice of international relations and serve as the basis for restructuring international law. Post-confrontational international law is creating the preconditions for the transition to the law of the international community.

Since the adoption of the Charter of the United Nations, the world has changed significantly, attaining a new degree of unity as a result of strengthened ties between States and their greater interdependence. Today, new ways must be found to solve the fundamental foreign policy problem faced by States, namely, the problem of striking a balance between national and international interests. Achieving such optimal balance depends to a great extent on international law. Indeed, that is one of its most important functions especially in the present-day world.

Today, international law should be based on the concept of an international community. This approach should be followed by all nations so as to further the goals of promoting peace, security and global economic, scientific and technological development and of establishing a modern method of regulation of the world system, as well as to make effective use of international law. It is only if mankind manages to develop a united community that it will be able to fight successfully for its own survival.³

³ See the following statement by V. Petrovsky: "The recognition of the unity of the world and its interdependence is the main focal point in the process of transition of the international community to the new world system of peace, cooperation and security based on the United Nations Charter". V. Petrovsky, "Disarmament and National Security in an Interdependent World", *Disarmament Topical Papers 16* (United Nations publication, Sales No. E.94.IX.3), p. 19.

One of the reasons for the difficulties currently experienced by the international community is that great and small Powers alike do not recognize their collective and individual responsibilities to buttress the world order.⁴ Russia's position on this issue was stated by President Yeltsin in the following manner:

"Any country, whether large or small, should be aware of its responsibilities for maintenance of order based on law and morality... only a profound understanding on the part of each participant in international cooperation, of his or her individual responsibility can engender a common sense of responsibility for the world situation."⁵

The new world order and corresponding law should have a firm moral basis and should promote social justice. It will be the order and law of the international community.

1. Concept of an International Community

We have already mentioned that the expression "international community" has achieved general recognition in both international practice and doctrine. Efforts are currently being made to define the content of this notion and to determine its legal aspects.⁶

The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, which established the term "international community" in international law, defined it as a community of States (article 53). What is meant here is not merely the sum total of States, but a specific system that has certain attributes, including legal attributes, that are not to be found in the individual States that constitute it. It is not by chance that international legal instruments refer to the international community of States as a whole, that is, a unified entity. Acting as such, the international community has the right to adopt and amend the peremptory rules of international law (*jus cogens*). As an independent social and political system, a community has—and cannot fail to have—its own interests, which are not confined to the coinciding individual interests

⁴ See R. P. Anand, *Confrontation or Cooperation? International Law and the Developing Countries* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987).

⁵ Address by President Boris Yeltsin, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, 5th meeting, 26 September 1994, document A/49/PV.5, p. 4.*

⁶ Works on this subject include: Ch. Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *Recueil des cours... 1993-IV*, vol. 241, pp. 195-374; "Die internationale Gemeinschaft", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 33 (1995), pp. 1-20; and H. Mosler, *The International Society as a Legal Community* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980).

of States.⁷ Thus, one of the international community's principal tasks is to protect its own interests.

The foregoing is also reflected in the practice of the International Court of Justice. In its decision in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, the Court referred to interests "vital for the security and well-being of the complex international community of the present day".⁸

The concept of an international community with its own interests and needs has influenced the process of codification and progressive development of international law. Reference can be made, in this connection, to the work of the International Law Commission. In its consideration of the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, the Commission stressed that it would examine and adopt the articles proposed for this topic, "in accordance with its usual practice, on the basis of... [their] utility for the contemporary and future needs of the international community".⁹

This position taken by the International Law Commission deserves attention. The law of the international community differs from classical international law largely in that the interests and needs of the international community as a whole will occupy a central position in the hierarchy of interests protected. We believe that, if the Commission consistently follows its "usual practice" and continues to be guided by the interests of the international community, this will contribute significantly to the success of its work.

One indication that the International Law Commission is pursuing this approach was its adoption of the concept of "international crimes", based on the idea of the "protection of fundamental interests of the international community".¹⁰

⁷ From a sociological point of view, as well as on the basis of the general theory of systems, it is difficult to agree with the author of a very solid work, Claudia Annacker, who believes that "[o]n the international level, community interest is tantamount to the sum of coinciding individual interests. State practice shows that the assumption of a pre-existing community interest differing in its nature from the sum of individual interests... remains fictitious". C. Annacker, "The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46 (1994), pp. 136-137.

⁸ *I.C.J. Reports 1980*, p. 43.

⁹ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, p. 369 (emphasis added).

¹⁰ Article 19, paragraph 2, of the draft articles on State responsibility reads as follows:

"An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental

The members of the international community are States, that are subjects of international law. They are entities possessing supreme political power without which the international community could not be organized. Although they are also subjects of international law, international organizations are not considered to be members of the international community. Indeed, the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations has retained the wording of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which the international community is a community of States.

At the same time, the role of international organizations in protecting the interests of the international community and regulating relations within such community is self-evident. This can be explained as follows. Like other social systems, the international community consists of two subsystems: one that is governed and another that governs. The first is the sum total of peoples, i.e., the populations of States. The second is composed of States that, as repositories of supreme power, interact with one another. The latter subsystem has the responsibility of serving the interests of the former.

Professor Tomuschat considers the international community to be such a governing subsystem: "The international community is conceived of as a kind of authority that closely follows world events and bears responsibility for maintaining an orderly and peaceful international environment and for ensuring decent conditions of existence to every human being".¹¹

But let us return to international organizations. There is no doubt that they are part of the governing subsystem of the international community as instruments of States. Without them, such governance would, perhaps, be impossible today. However, unlike States, organizations are in no way part of the subsystem that is governed, since they lack the corresponding social substratum.

International legal instruments often refer to such notions as "mankind". Many provisions even deal with the rights of mankind. Let us recall the concept of "common heritage of mankind", which applies to the seabed and the subsoil thereof, to the resources of the Area, to the moon, as well as to many other areas.

interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime." *Yearbook... 1980*, vol. II (Part Two), p. 32.

¹¹ Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *op. cit.* (footnote 6 above), p. 222. With very few exceptions, our views regarding the international community are similar to those of our distinguished colleague. His work in this area has enabled us to elucidate further aspects of the interrelationship between the international community and international law.

In its preamble, the 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, refers to the “common interest of all mankind”. Article I, paragraph 1, of the Treaty states that “[t]he exploration and use of outer space... shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries... and shall be the province of all mankind”.

Although many provisions pertaining to mankind have been formulated in legal terms, some believe that such provisions are of a political and moral nature only.

At this juncture, we should once again quote Professor Tomuschat, according to whom “mankind as a term is reserved for those instances where the ultimate beneficiary or victim of some action is to be identified, while the international community designates the actors who are able and empowered to voice and articulate the concerns of mankind—which, without an organizational structure, is just an amorphous mass”.¹²

We believe this is not quite the case. As we have seen, “mankind” is not only a social but also a legal notion. An analogy can be drawn to some extent with the relationship between a State and its people. However, the matter is more complex: “mankind” is the most general concept which describes the subsystem that is governed. A concern for mankind will gradually become the determining factor for the governing subsystem of the international community, which comprises States and international organizations.

In the light of the foregoing, it becomes clear that international law bestows increasingly important functions on the international community. In order to exercise these functions, the community should be provided with the appropriate resources, including legal resources. During the discussion of the reports of the International Law Commission in the Sixth Committee of the General Assembly, representatives from a number of countries have advocated the recognition of a specific legal status to the international community. A similar opinion has been voiced by legal scholars.¹³

¹² *Ibid.*, pp. 225-226.

¹³ The opinion of Annacker on this question is as follows:

“Since legal capacity is indispensable for every kind of legal relationship, a community of States can become a party of a legal relationship only if it is a subject of international law. Legal personality on the international level does not depend upon the assignment of legal status. On the contrary, one can deduce the legal personality from the attribution of rights and/or duties to an entity by States.”

Annacker, *op. cit.* (footnote 7 above), pp. 138-139.

In the course of debate in the International Law Commission on the draft articles on State responsibility, it was observed that, in the case of an international crime, the injured party was "the community of States as a distinct legal entity and that the concept of international crime helped to promote the international community to the status of, as it were, a quasi-public legal authority".¹⁴

Be that as it may, the fact remains that the concept of an international community occupies an increasingly important place in the international legal system and exerts an influence on many areas of international law.

The community is the holder of certain rights, according to international law. Consequently, it also has the capacity to exercise such rights. And it is precisely this capacity that is in question. Individual States or a highly representative organization such as the United Nations speak on behalf of the community. In certain areas of international relations, the community may be represented by specialized agencies; an analogous position exists with regard to the rights of mankind. Let us recall article 137, paragraph 2, of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea: "All rights in the resources of the Area are vested in mankind as a whole on whose behalf the Authority shall act".

Many members of the International Law Commission tend to support this conclusion. In their view, the power to react to international crimes should lie essentially with the international community as embodied, needless to say, in the United Nations.¹⁵

2. Organization of the International Community

In any society, one of the central organizational problems is the nature of the relationship between its members and the society as a whole. The attainment of independence from the Pope and the Emperor by European States and their acquisition of sovereignty were important steps towards the development of an international system. Admittedly, in this instance, the issue had less to do with the correlation of interests between the whole and its parts than with the liberation of States from foreign rule.

The acquisition of sovereignty by States played a major role in their national and international development. There ensued the idea of international law as law regulating the mutual relations between sovereign States. Gradually, the "excessive" independence of States began to

¹⁴ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, para. 246.

¹⁵ *Ibid.*, para. 282.

conflict ever more sharply with their common interests, as it affected both their national and their international interests. Suffice it to recall the endless wars, including two World Wars, that have been fought.

Mankind has paid a high price for its realization of the need to respect common interests and the responsibility that membership in the international community places on every State. The idea that the importance of common interests, especially the interests of peace and security, should be recognized formed the basis of the Charter of the United Nations and modern international law as a whole, which is the law of the Charter of the United Nations.

Now as never before, we face the task of finding the best possible way of reconciling the individual interests of States with the interests of the international community as a whole. Unless this problem is solved, it will be impossible for the community and its members to function properly. The purpose of the law of the international community is precisely to solve this problem.

There is a widely held view that State sovereignty is to blame for all the woes of the international community. However, this is not quite the case. Sovereignty is an attribute of the State that enables it to carry out its internal and external functions. It should be recalled that international law is in fact created and implemented through the sovereign authority of States. It is precisely this authority that imparts the necessary power to the mechanism of international legal regulation. We may consider challenges to State sovereignty to be about as well-grounded as demands to limit individual liberties. Both the former and the latter should be implemented within the scope of the law, while respecting the rights and legitimate interests of other subjects and of society as a whole.

We must recognize the existence of the following interdependency: a failure to safeguard the interests of society means that the interests of its members, who are increasingly dependent on it, suffer. On the other hand, the interests of society require the fullest possible satisfaction of the interests of its members since this determines the health of a society, and therein lies its *raison d'être*.

At the same time, both at the international level and in individual States, the growing role of the interests of society as a whole and the importance of ensuring the effective enjoyment of human rights will bring the task of safeguarding common interests to the fore. We will also witness changes as regards the best way of combining the interests of the society with those of the individual. In time, the interests of the international community will come to occupy the highest level in the common system of social values.

Needless to say, an entity as complex as the international community cannot exist without a corresponding organizational and legal

foundation or some sort of constitution. Such a constitution does in fact exist in the form of the Charter of the United Nations and the peremptory norms associated with it. The Charter was the first instrument to define the basic purposes and principles of the international community, with which all branches and norms of international law must be consistent. The Charter provided the basis for the establishment and operation of the highest representative, executive and judicial bodies. Moreover, the system of specialized agencies was established under the Charter and functions in accordance with it.

In the system of international law, a central position is held by two sets of norms. The first embraces the fundamental principles of international law, whose purpose is to define the fundamental rights and obligations of States, that is, the legal status of the principal subjects of international law. As a result, these principles determine the distinctive features of the modern system of international relations and international law. In view of their role, they have been given the highest, peremptory, force.

The second set embraces universally recognized principles and norms in the field of human rights. These define the fundamental rights and freedoms of the individual and also possess the highest, peremptory, force. Both sets of norms form the basis of the international public order.

These are completely new concepts that were unknown to the international law of the past. They demonstrate the progress that has been made in this field over the past 50 years.

The law of the international community will necessitate substantial changes in the relationship between international norms and national law. The primacy of international law will gradually become an established fact. The effectiveness of both domestic and international law depends on their mutual interaction. Together with the internationalization of national law, we witness the process of internalization or domestication of international law. More and more, international norms are destined for final execution within the sphere of national jurisdiction. International law increasingly depends on national law for implementation of its norms.

It is of particular importance that the constitutional law of States reflects both above-mentioned fundamental sets of norms. We shall attempt to illustrate this through the example of the new Constitution of the Russian Federation. In accordance with article 15.4, "[g]enerally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation are a constituent part of its legal system. If an international treaty of the Russian Federation establishes rules other than those stipulated by the law, the rules of the international treaty apply".

The above provision does not establish the primacy of the norms of international law; it merely incorporates them into the country's legal system and makes them directly applicable. As far as treaties are concerned, their provisions are accorded the status of *lex specialis* in relation to the norms of national law. The latter are not abrogated by the treaty; they simply do not apply in the specific instance covered by the treaty. This may be termed the primacy of application.

Unlike the previous Constitution of the Russian Federation, the new Constitution contains no article recognizing the fundamental principles of international law as the principles of Russian foreign policy. None the less, we may assume that since these universally recognized principles have become a constituent part of the law of the land, they would also be used to guide foreign policy.

However, the primacy of the second set of norms in Russian law is defined in quite unambiguous language: in the Russian Federation, rights and freedoms of persons and citizens "shall be recognized and guaranteed in accordance with universally accepted principles and norms of international law and in accordance with this Constitution" (article 17.1). Such formulation implies that generally recognized principles and norms of international law concerning human rights possess a status not lower than the status of constitutional norms. This is further supported by article 55.1 which states that "[t]he enumeration in the Constitution of the Russian Federation of fundamental rights and freedoms shall not be interpreted as a denial or limitation of other *generally recognized* human rights and freedoms" (emphasis added).

The latter provision provides a basis for the argument that the Constitution may not limit generally recognized rights and freedoms, a main source of which is general international law. It follows, then, that an expansion of the *generally accepted* rights and freedoms of international law would effect corresponding expansions in Russian law without requiring any further normative acts. This phenomenon illustrates a new level of interaction between international and constitutional law. International law determines the content of the most important part of the Constitution, that which deals with human rights. Indeed, as is well-known, human rights in their totality determine the nature of the social and political structure of a society. The above development is among the most notable characteristics of the emerging law of the international community.

One of the fundamental principles of this law is the principle of democracy.¹⁶ All civilized societies are based on democratic princi-

¹⁶ See G. Dmitrijeva and I. Lukashuk, "Mezhdunarodnyi princip demokrati" ["The International Principle of Democracy"], *Mezhdunarodnaja zhizn*, No. 11-12 (1992), pp. 14-22 (in Russian).

ples. However, in world politics and, accordingly, in international law, the issue of democracy has remained on the periphery. The reason for this state of affairs is clear enough: world politics were not democratic. Nevertheless, elements of international democracy can be found in some norms and procedures, as in the principle of sovereign equality and the rule of "one State-one vote".

Problems associated with democracy in the international community still need to be addressed. A situation in which a State with a population of 1 billion and a State with a population of 100,000 each have a single vote can hardly be called democratic. Moreover, the international community should increasingly take account of the "will of mankind", however theoretical this concept may seem. But, at present, the main issue may lie elsewhere. The strengthening of international peace and security and the development of the international community depends to a considerable extent on establishing democracy within States. International law has an important role to play in this respect. Let us remember how international law contributed to entrenching human rights in the political and legal systems of States.

The democratic principle will be developed further in the law of the international community. The principal trend will be the recognition of a democratic system based on respect for human rights and free elections as the sole legitimate political system. The first signs of such a development may be found in international political instruments. The 1990 Charter of Paris for a New Europe requires States "to build, consolidate, and strengthen democracy as the only system of government".¹⁷ It would appear that, in the nearest future, only a democratic State may be a full-fledged member of the international community. Such promotion of democracy will be one of the main functions of the law of the international community. The Charter of Paris further urges States "to cooperate and support each other with the aim of making democratic gains irreversible".¹⁸ The international community of the twenty-first century will be a democratic community of democratic States.

3. Mechanism for the Operation of the Law of the International Community

One of the main reasons for a substantial improvement in the entire mechanism for the governance of the international system is the greatly increased need for regulation. Insufficient regulation could bring mankind to the brink of catastrophe. As Tomuschat has stated,

¹⁷ Charter of Paris for a New Europe, adopted by the Conference on Security and Cooperation in Europe on 21 November 1990, *ILM*, vol. 30 (1991), p. 193.

¹⁸ *Ibid.*, p. 195.

“[n]ever before in history have the regulatory needs of the international community been as acute as today”.¹⁹

States are only slowly becoming aware of the urgent need to improve the mechanism for the operation of international law. This is demonstrated, for instance, in the programme of activities for the United Nations Decade of International Law, which does not include any substantial measures for improving such mechanism.

Only the provisions of the programme relating to the dissemination of information on international law are significant in this respect. The knowledge of international law among the various strata of society, parliamentarians and members of Governments leaves much to be desired. Yet, without sufficient awareness of international law, no organizational mechanism will make such law as effective as it needs to be.

It is therefore extremely important to provide the population with information about the world, about relations between States and peoples and about the rules of conduct in the international community. Unfortunately, the mass media do not pay attention to these matters. Many of the most important international legal instruments are not publicized. The same can be said of major General Assembly and Security Council resolutions, not to mention decisions of the International Court of Justice. The latter, along with the documents of the International Law Commission, are of enormous significance for jurists, who more and more frequently have to resolve questions relating to the application of the norms of international law at the domestic level.

Despite the reservations of States, changes in the mechanism for the operation of international law are nevertheless taking place under pressure from the needs of the present-day world. Such changes concern both law-making and the application of the law.²⁰

In the area of law-making, a mechanism for the relatively rapid adoption of norms by a majority of States became necessary and has thus come into existence. Today, even the most important norms of general international law, the norms of *jus cogens*, are being adopted by “the international community of States as a whole”. Both the International Law Commission and the Vienna Conference on the Law of Treaties determined that this formula does not mean universal agreement but agreement of a sufficiently representative majority of States.

¹⁹ Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, *op. cit.* (footnote 6 above), p. 212.

²⁰ See D. P. Verma, “Rethinking About New International Law-Making Process”, *Indian Journal of International Law*, vol. 29 (1989), p. 38 *et seq.*

Strictly speaking, a new phenomenon has arisen, namely the collective *opinio juris* of the international community, which derives from a representative majority of its members and has legal force for all States. Another new means of law-making is the development of general international law on the basis of universal conventions. As is well-known, even the International Court of Justice regards the conventions adopted by United Nations conferences as manifestations of international law, sometimes even before their entry into force.²¹

General Assembly resolutions have become another important source of law-making. After their adoption as recommendations, the rules embodied in such resolutions are recognized by States as norms of general international law (*opinio juris*). The most significant in this respect is the Universal Declaration of Human Rights, the provisions of which laid the foundation for a new branch of international law—the international law of human rights. Moreover, these provisions have been embodied in the Constitutions of many States, including that of the Russian Federation.

Lastly, the practice of so-called “instant law”, when a general norm arises as a result of the recognition of a single precedent or a single act, is well-known. One example of this is the tacit recognition of the legality of the flight of an artificial earth satellite.

We would also like to note the significance for the mechanism for the operation of international law, and indeed for the governance of the international community as a whole, of “soft law”, which comprises norms with binding moral and political force. The most striking example is the extensive code that was formulated in the course of the development of the Helsinki process.

Although “soft law” has a “soft mechanism of action” and entails “soft responsibility”,²² it is serving as an increasingly important instrument for the regulation of international relations, and is often just as effective as law. Such “soft law” can supplement international law in

²¹ See the case concerning the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *I.C.J. Reports 1985*, p. 30.

²² Analyzing the difference between legal and political obligations, the State Department of the United States of America came to the following conclusion regarding the mechanism for the operation of the latter:

“A ‘political’ undertaking is not governed by international law and there are no applicable rules pertaining to compliance, modification, or withdrawal. Until and unless a Party extricates itself from its ‘political’ undertaking, which it may do without legal penalty, it has given a promise to honour that commitment, and the other Party has every reason to be concerned about compliance with such undertakings. If a Party contravenes a political commitment, it will be subject to an appropriate political response.”

M. Nash (Leich), “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: International Acts Not Constituting Agreements”, *AJIL*, vol. 88 (1994), p. 518.

areas covered by the latter and may also regulate relations in fields outside the purview of international law. The corresponding instruments serve as an authoritative interpretation of the norms of international law and promote its development.

There are also quite a few changes in the mechanism for the application of international law. Faced with the existence of the international community, the International Court of Justice is taking account of the legal consequences arising therefrom. In particular, it has made a distinction between the ordinary international obligations of States and their obligations towards the international community as a whole, such as the obligations deriving from the norms on the prohibition of aggression and genocide, as well as from human rights norms. The obligations towards the international community are the concern of all States, they are *erga omnes* obligations.²³

In codifying the law on State responsibility, the International Law Commission categorized particularly serious offences as "international crimes". These crimes are characterized by the special type of responsibility they engender, that is an *erga omnes* responsibility, a responsibility towards the international community as a whole. Such responsibility is bound to introduce new elements as to its consequences.²⁴ An international institution similar to an *actio popularis* is in the making.

Another new development is the recognition of the criminal responsibility of the individual under international law, regardless of the position he or she holds in the State, for the perpetration of crimes against the peace and security of mankind. International Criminal Tribunals have been established for the former Yugoslavia and for Rwanda, and the International Law Commission has submitted to the General Assembly a draft statute for a permanent international criminal court as well as a draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Up to now, it was the people of an entire nation who paid the price for the criminal acts of its rulers. The criminal responsibility of individuals for international crimes is a distinctive feature of the law of international community.

In order to appreciate the revolutionary nature of such changes, one need only recall that, to this day, the norms on State responsibility are extremely primitive. In practice, the law on international responsibility does not exist as a branch of international law.

²³ Case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 32.

²⁴ Having studied this question, Annacker has stated: "The community interest protected by an *erga omnes* obligation determines the way it is performed". Annacker, *op. cit.* (footnote 7 above), p. 149.

The substantial growth in the role of international organs and organizations in ensuring the application of the norms of international law must be emphasized. Most significant in this respect is the work of such organs as the General Assembly and the Security Council, which are interpreting their powers under the Charter more and more broadly.

Meeting at the level of heads of State and Government, the Security Council declared that "non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields" constitute a threat to peace and security.²⁵ This broad interpretation is based on the notion that the Security Council is the guarantor of peace and security for the entire international community.

The Security Council has adopted certain resolutions relating to Somalia and Rwanda on the basis of Chapter VII of the Charter.²⁶ However, in these cases, there was neither an international conflict nor were there any acts of aggression. The conflicts were internal, although they undoubtedly were contrary to the interests of the international community. The Security Council took action under Chapter VII on the basis of a very broad interpretation of its powers under Article 39 of the Charter to "determine the existence of any threat to the peace" or "breach of the peace".²⁷

There are reasons to believe that the existing norms on the use of force by the international community, above all the norms on the powers of the Security Council, no longer correspond fully to the international community's level of development. One must assume that the law of the international community will eliminate this discrepancy.

The solution of this problem is of vital importance for international legality. It must be borne in mind that, in the current circumstances, the Security Council exercises not only executive but also legislative and judicial power.²⁸ This is demonstrated by the Council's adoption of the Statutes of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda.²⁹ Few would argue that the

²⁵ Document S/23500, p. 3.

²⁶ See, e.g., Security Council resolutions 794 (1992) of 3 December 1992 and 929 (1994) of 22 June 1994.

²⁷ Some jurists are doubtful that these cases involved a breach of the peace or a threat of such a breach. See M. J. Glennon, "Sovereignty and Community after Haiti: Rethinking the Collective Use of Force", *AJIL*, vol. 89 (1995), p. 72.

²⁸ See K. Harper, "Does the United Nations Security Council Have the Competence to Act as Court and Legislature?", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 27 (1994), pp. 103-157.

²⁹ See resolutions 827 (1993) of 25 May 1993 and 955 (1994) of 8 November 1994.

adoption of such constituent instruments of international judicial bodies does not constitute international law-making. Moreover, it would hardly be possible to regard international criminal tribunals as subsidiary organs of the Security Council established under Article 29 of the Charter.

The most convincing argument from the entire arsenal of reasons put forward by the Secretary-General with regard to the establishment by the Security Council of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia is that such a course was chosen out of necessity and in the absence of an alternative.³⁰ This, once again, confirms the need for a more precise definition of the functions that the Security Council performs in the interests of the international community as a whole.

Thus, we are faced with the reality of a substantial expansion of the functions performed by the Security Council. Naturally, the question arises as to the legal grounds for this process. The attempt by the Secretariat of the United Nations to find sufficiently convincing justification for this has not been successful. This may be seen as yet another demonstration that it is difficult to explain many new phenomena in international law from a traditional standpoint. On the other hand, the concept of the law of the international community provides sufficiently convincing answers to questions that are being raised. The powers of the Security Council are being expanded with the consent of the international community as a whole.

At first glance, this may seem a unique development. However, analogous cases exist in national law. Professor Henkin commented on the powers of the President of the United States in foreign affairs as follows: "Presidents act, sometimes to applause, sometimes to grudging acquiescence, sometimes to bitter condemnation and challenge, and action and reaction are also the stuff of constitutional law".³¹

In order to be in a position to perform the functions entrusted to it under the law of the international community, the United Nations will have to undergo changes that go beyond the Security Council. An important innovation in this respect is the forthcoming establishment of a permanent international criminal court which, although not formally part of the United Nations, will be linked with it. The estab-

³⁰ "This approach would have the advantage of being expeditious and of being immediately effective as all States would be under a binding obligation to take whatever action is required to carry out a decision taken as an enforcement measure under Chapter VII". *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993)*, document S/25704, para. 23.

³¹ L. Henkin, "Foreign Affairs and the Constitution", *Foreign Affairs*, vol. 66 (1987-1988), p. 284.

lishment of this court will herald the emergence of a new function of the international community: the application of criminal law in connection with the maintenance of international peace and security.

It may be assumed that in the not-too-distant future a human rights tribunal will also be established on the basis of the experience of the Court operating within the Council of Europe.

We believe that the General Assembly, as the most representative organ of the international community, will also be strengthened. However, the most important change will very likely be the establishment of a parliamentary assembly of the international community.

The existing international organizations, including the United Nations, are organs of the executive power of States. Their potential is therefore limited by the constitutional powers of Governments. Meanwhile, the dimensions of the international problems that must be solved require the involvement of legislative power. It is true that the establishment of a parliamentary assembly and the expansion of its powers beyond the limits of purely advisory powers will call for considerable efforts in training its members for such work.

Finally, we come to the International Law Commission. The facts testify to the Commission's growing contribution to the progressive development of international law. However, it is not difficult to see that more is needed, that the pace of the Commission's work must be accelerated. Thus, once again, the question will arise of increasing the length of its sessions in order to allow more time for the work of the Drafting Committee.

We believe that there are grounds for making innovations in the working methods of the International Law Commission. In particular, in view of the Commission's prestige and the high quality of its drafts, consideration could be given to the creation of a "soft law" of the Commission. Its reports and drafts, once generally known, could play a significant role in the solution of specific legal issues, serve as a means of interpreting international norms and promote the progressive development of international law.

We are under no illusion of having succeeded in presenting a sufficiently comprehensive picture of the distinctive features of international law in the twenty-first century and of how the transition to such law can be brought about. Our objective was more modest: we sought to define the most likely general trend in the development of international law. To this end, we analyzed the practice and made reference to valuable doctrinal contributions, paying particular attention to the work of the International Law Commission.

Our research has led us to conclude that major changes are occurring in the nature of inter-State relations. The predominantly

bilateral character of such relations is being replaced by a universal interrelationship of States and peoples. The "socialization" of international life and international law is under way. The international community is being consolidated.

Reflecting these processes, international law is also changing. It too is gradually losing its predominantly bilateral character;³² the significance of universal legal relations, of *erga omnes* legal relations, is growing; the function of protecting the interests of the international community as a whole is coming to the fore. Accordingly, changes are taking place in the mechanism for both law-making and the application of the law.³³ The development of the law of the international community is proceeding apace.

³² For another opinion, see M. Koskenniemi, "Vrkhovenstvoto na pravoto v mezhdunarodnite otnosheniya" ["Supremacy of law in international relations"], *Pravna misl*, No. 3 (1994), p. 97 (in Bulgarian).

³³ See I. Lukashuk, *Funkzionirovanije mezhdunarodnoho prava* [Functioning of International Law] (Moscow, 1992) (in Russian).

THE ROLE OF INTERNATIONAL LAW IN THE WORLD TODAY AND TOMORROW

Andreas Jacovides

The title of this essay—"The Role of International Law in the World Today and Tomorrow"—is perhaps a little too ambitious. More accurately put, it would be some reflections on the role of international law in the world by someone who, for more than three decades, practised both bilateral and multilateral diplomacy in the service of his country (Cyprus) and who, because of training, experience and inclination, is strongly convinced that international law has a very important role to play in diplomacy and international affairs.

This is the half-way point of the United Nations Decade of International Law, proclaimed by the General Assembly in 1989,¹ the purpose of which is to enhance and solidify respect for international law, as well as to popularize it. It also happens that the year of writing of this essay coincides with the fiftieth anniversary of the founding of the United Nations when much thinking and soul-searching is going on in various forums, national and international, as to where the United Nations stands and where it is going after 50 years of its existence. This is particularly relevant since the United Nations and its Charter have, respectively, provided the forum and the basis of much of the activity in codifying and progressively developing international law during the past half century.

There have been times, particularly in the aftermath of the Second World War and, more recently, in the wake of crises such as that of the Falklands/Malvinas and the Gulf War, when high-sounding declarations have been made by world leaders proclaiming the value and relevance of international law in world affairs. It was hoped at the time, and it still should be hoped, that these declarations would be of lasting value, intended to govern relations among States in a "new world order" and to be applied universally and objectively. Yet, time and again, these hopes were dashed and these declarations in many instances proved to be no more than convenient slogans applied selectively and according to temporary expediencies in a "new world disorder". In too many cases, double standards have been applied and aggressors have been able to defy with impunity the application of the

¹ Resolution 44/23 of 17 November 1989.

relevant rules of international law and the collective will of the international community, as expressed in unanimous resolutions of the General Assembly and the Security Council of the United Nations. Bad precedents, when tolerated and condoned, tend to be repeated.

There are several themes upon which this essay is premised. These are that international law does indeed play an important role in diplomacy and international affairs; that the rules of international law must keep pace with the evolving conditions of international life; that these rules must be based on international morality and must be applied universally, not selectively; that the present world situation is conducive to enhancing the role of international law and its effectiveness; that attention should focus on the areas of law affecting present needs and that these should be defined and progressively developed; that the role of newly independent States is instrumental and has been constructive in developing such rules; that the role of the Legal Advisers to Foreign Ministries is essential and their opinion in any given situation should be sought and be given decisive weight by policy-makers before taking any policy decision on matters involving international law; and that the role of the International Law Commission and that of other expert bodies, on the universal and regional level, as well as that of major law-making conferences, are also very important.

Increased activity in the international legal field certainly provides a focal point for the Non-Aligned Movement in the changed circumstances of the world situation within the broad framework of the principles which dictated its creation. Likewise, the Commonwealth, which constitutes a principal legal system based on the common law, can play more of a role than heretofore in the international legal field.

It can be fairly stated that, by and large, States abide by their treaty obligations, despite the lack of an international legislature with binding powers or a standing international peace force or even a compulsory third-party adjudication system. Ultimately, the viability of any system of law depends upon the will of the community it seeks to regulate. The vast majority of States ordinarily observe their obligations under international law, even if motivated only by enlightened self-interest. Even when they do not observe such obligations, they tend to attempt to justify their actions or omissions by invoking legal arguments, however contrived, rather than admit that such actions or omissions violate the relevant rules of international law.

In any given situation, there may indeed be room for *bona fide* argument, different interpretations and lack of clarity, and certainly so—perhaps even more so—in international law as indeed in the other fields of law. But, if the rule of law is to have real meaning in international relations, as indeed in domestic situations, such rules as are

clearly discernible and objectively valid need to be observed in practice in all situations. Before a decision is taken on policy regarding any given situation which is covered by rules of international law, the considered view of the legal aspect needs to be sought, formulated, communicated and be given due—indeed determining—weight by the policy-makers before deciding on the policy in that situation. This is true everywhere and particularly true in countries which proudly proclaim that they are nations of laws and not of people. The rule of law in international affairs means that narrow national interests are subordinated to international law, particularly where the relevant rules of international law are clear and unambiguous. National interests should be pursued in a way consistent with international law.

Looking back to my own experience of three and a half decades of diplomatic life, the principles and rules of international law—whether in major issues of national survival or in mundane topics of everyday diplomatic life such as consular and diplomatic law, e.g., immunities and tax exemptions²—were frequently relied on and provided the framework in which diplomatic negotiations, arguments and positions were formulated and used.

While the role of international law in international diplomacy is often limited, it is not insignificant. In certain cases where law coincides with power, law is determining—as we have witnessed in the recent case of the Gulf War. In other cases, where law does not coincide with power, international law at least serves as a restraint on power by placing some constraints on its abuse by the strong and mighty and by providing the weak with arguments to buttress their position as well as international standards for third parties, not directly involved, to support these positions. Contemporary international law, as developed in the era of the United Nations with the participation of all members of the international community, and particularly of the newly independent States which brought some new perspectives to bear on the law-making process, has increasingly tended to sustain those who have justice on their side, particularly in such areas as decolonization, the protection of human rights, the law of treaties and the law of the sea.

The role of international law in practice varies, of course, according to the field which it is supposed to regulate. While limited in the field of international peace and security, it is considerable in regulating international relations, exchanges and behaviour in fields such as commerce, trade, finance, science, energy, art, etc.

² As acting Dean in Washington or as Chairman of the Committee on Relations with the Host Country in New York or as Permanent Secretary at the Ministry of Foreign Affairs in Nicosia.

How much a role international law is allowed to play varies from State to State and often depends on the attitudes of the individuals making the decisions. No general rule necessarily applies but, on the whole, it is small and weaker States which have more reason to rely on the law rather than on power in defending their sovereignty, independence, territorial integrity and other fundamental interests, and, more generally, in projecting their policies. Even though all States are supposed to be equal, some States are more "international law-minded" than others.³

Within the United Nations system, much work is being carried out in codifying and progressively developing international law. The highest judicial organ of the United Nations, the International Court of Justice, has of course made a great contribution to this end, both through its contentious and its advisory jurisdiction, in all areas of the law it has had the occasion to address. Its recently increased jurisdiction is undoubtedly a reflection of the confidence that the Court has been enjoying in recent years and is certainly to be encouraged to continue along the same lines. The Sixth (Legal) Committee of the General Assembly, a universal body of Government representatives from all Member States of the United Nations, also plays a major role through its three-month annual session, in itself and through several Committees and Working Groups, whether of the whole or with restricted membership, which examine and develop individual topics and report to the Sixth Committee, which in its turn considers these reports and recommends relevant resolutions for adoption by the General Assembly. Besides these bodies, much work in international law is carried out daily through the Security Council and other United Nations bodies and through the Office of Legal Affairs of the Secretariat—whether at Headquarters or in the specialized agencies. Major topics, such as the law of treaties or the law of the sea, to mention two of many examples, after appropriate preparatory work by expert or other preparatory bodies and relevant comments by Governments, are referred to major law-making conferences under United Nations auspices and result in landmark treaties which enter into force after the requisite number of ratifications by States are obtained.

Evidently, in an essay such as the present one, there is no possibility to examine even cursorily the substance of this enormous amount of international law-making within the United Nations system, let alone that carried out bilaterally and through other bodies or

³ It is my conviction that if the rules of international law had been applied, the Cyprus problem would not have arisen. And, if these rules were to be applied today, I believe the problem can be solved in conformity with the relevant United Nations resolutions, and in a manner that is fair for all parties concerned and in the interest of international peace in the volatile Eastern Mediterranean region.

groupings of States—other essays in this volume deal with several of these issues. What I intend to do is to illustrate my thinking on the topic of this essay by touching on some of the aspects of the work of the International Law Commission in the light of the main themes I indicated earlier.

Since its creation by the General Assembly in 1947, the International Law Commission has made an enormous contribution to the codification and progressive development of international law.⁴ On the basis of the Commission's present agenda, one can point to solid work having been accomplished on such subjects of "lawyers' law" as "Jurisdictional immunities of States and their property" and "International watercourses", which have reached fruition, and, hopefully soon, the relevant respective conventions will be adopted. Much progress has been made on the challenging item on "International liability for injurious consequences arising from acts not prohibited by international law". To my mind, particularly relevant and significant for the role of international law in the world today are the topics of "State responsibility" and of the "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", which includes the establishment of an international criminal court.

"State responsibility" is a very broad subject which has been on the agenda of the International Law Commission for too long (and this because of reasons largely beyond the Commission's control) and should be finalized at the earliest possible time. It is important to observe that it has gone through considerable progressive development. Gone are the days when "State responsibility" primarily meant remedying injury to aliens and, in effect, catered to the needs and requirements of a small number of powerful developed States, often at the expense of weaker and less developed States.

With the coming into effect of the Charter of the United Nations, encompassing rules prevailing over the provisions of other treaties conflicting with such rules and with the acceptance in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties of the principle of peremptory norms of international law which cannot be departed from by States by agreement between themselves (*jus cogens*), the topic of "State responsibility" has been placed on a much broader foundation. It is now recognized, also by the International Court of Justice, that there exist obligations *erga omnes* and that the interest of the international community as a whole needs to be duly taken into account. "State responsibility" has thus been transformed as a proper expression of the application of progressive development.

⁴ This is reflected in many books, including the handy United Nations publication *The Work of the International Law Commission* in its successive editions, the latest being the fifth, published in 1996 (Sales No. E.95.V.6).

On this topic, and in general, the Commission must ensure that the expectations of the international community and in particular of the newly independent States, which came into existence after the classical rules of international law were formulated, are not ignored. The Commission must keep pace with contemporary notions of international law such as international crimes. It must keep pace with the current developments in the international scene and not be slow in recognizing and capitalizing on the opportunities provided in recent shifts of attitude by major powers, particularly as these might facilitate acceptance of the principle of third-party settlement of disputes. The effective and expeditious third-party dispute settlement procedure, which unavoidably eluded the international community in past major projects such as the Convention on the Law of Treaties and less so in the United Nations Convention on the Law of the Sea, should be included as a matter of principle in all future multilateral law-making treaties. Every effort should be made to include such a system in the future convention on State responsibility, especially considering the need for authoritative judicial adjudication on the new notions on which it is based (*jus cogens*, international crimes, obligations *erga omnes*, among others).

The "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", a topic which acquired additional importance and topicality in the light of recent and current developments on the world scene, deserves its rightful place in the corpus of present-day international law and can serve the important purpose of deterrence and punishment against present and future violators of its provisions. The International Law Commission's adoption of the Draft Code on first reading in 1991 was an important step forward and its adoption on second reading in 1996, appropriately slimmed down and concentrated on legally definable grave crimes, thus conforming to political realities, will hopefully lead to the final fruition of this major topic.

Closely connected with the Code, though not necessarily dependent on it, are recent developments regarding an international criminal judiciary. The creation of a permanent international criminal court is an institution long overdue. While a case could be made for a less minimalist approach and for broader jurisdiction of such a court, it is indisputable that the International Law Commission did an outstanding job in producing, in record time in response to the General Assembly's request, a draft statute for such a court. It now remains for the international community to exhibit the necessary political will—the momentum already exists—in order to overcome the remaining obstacles and to adopt at the earliest possible time the draft statute and establish such a permanent international court which would, in several respects, be preferable to ad hoc tribunals tailored for particular situations. Such an institution would be a major contri-

tribution by the international community to the United Nations Decade of International Law.

Once the topics on the present agenda of the International Law Commission are brought to a satisfactory conclusion, it is important for the Commission and the Sixth Committee of the General Assembly to choose wisely which topics should be dealt with by the former in the years ahead. No doubt many factors apply in making such choice. To my mind the primary criterion is what is in the mainstream of the concerns of the international community and my preferred—albeit subjective—choice would include topics such as the implementation of United Nations resolutions, the binding nature of Security Council resolutions, the legal aspects of United Nations peacekeeping, a more comprehensive and binding system of peaceful settlement of disputes;⁵ issues of environment and economic relations and defining the legal content of *jus cogens*.

With regard to the latter topic, I would like to note briefly a few basic points. Since the notion of *jus cogens* (peremptory norms of international law from which no State may derogate by agreement or otherwise) was incorporated into international law in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, it has been referred to in debates at the United Nations, including the Security Council, has been the subject of in-depth studies by scholars, has been raised in the proceedings of learned societies, has been alluded to by the International Court of Justice and is often referred to in debates and documents of the International Law Commission (particularly regarding the Draft Code of Crimes and State responsibility items). Yet, there exists no authoritative statement on what the peremptory norms are or where they may be found. It is frequently said—in my view correctly—that the principle of the prohibition of the use of force in international relations, contained in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations, is *jus cogens*. Undoubtedly other principles and rules of international law exist for which the same status may be claimed. Evidently there is need to define the exact parameters of what comes under the rubric of *jus cogens* since the situation as it now stands is not conducive to the objectivity, transparency and predictability which should characterize a legal principle, especially one which has

⁵ Perhaps on the lines proposed by Professor L. Sohn on the adaptation of the relevant Hague Conventions to the needs of the twenty-first century. See L. B. Sohn, "Preparation of a New Treaty for the Settlement of International Disputes", in M. Brus, S. Muller and S. Wiemers, eds., *The United Nations Decade of International Law: Reflections on International Dispute Settlement* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), pp. 51-57. See also "Draft General Treaty on the Peaceful Settlement of International Disputes: A Proposal and Report", *The International Lawyer*, vol. 20 (1986), pp. 261-291 (prepared by Professor Sohn for the American Bar Association Standing Committee on World Order Under Law).

been solemnly incorporated in such a landmark treaty as the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and also in the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations. At it stands, *jus cogens* can mean a great deal to some and very little to others. Without going into greater depth now, in my opinion it is important that this concept be considered by the International Law Commission, as a highly qualified authoritative body of experts which codified it in the first place in the 1960s, with a view to establishing which rules of international law are indeed peremptory.⁶ I hope that a way will be found to do this during the United Nations Decade of International Law as an important contribution to the Decade, whether by the International Law Commission or otherwise.

We are living in interesting and challenging times, times full of opportunities but also of pitfalls in terms of politics, economics, and the development and the role of international law. We are witnessing developments of historic importance all over the world, with the end of the Cold War and the newly found unanimity among the permanent members of the Security Council. Several regional problems have been solved, especially those which had their origin in the competition between the two super-Powers, but others have been created in the wake of the disappearance of communism as a world ideology and the unleashing of ethnic and religious tensions and conflicts, notably in parts of the former Soviet Union and the former Yugoslavia. Germany has been peacefully reunified, apartheid has been peacefully dismantled in South Africa, the Middle East is hopefully on the way to a more peaceful and prosperous future and so is Northern Ireland, to cite some of the most obvious cases, but other international and regional problems continue to fester.⁷ Global interdependence and the need to protect the environment, promote sustainable development, provide equality for women are some of the themes of the day. In the wake of the disappearance of the nuclear confrontation, economic groupings have gained prominence in various parts of the world; since Maastricht the European Union has embarked on a different, more advanced, form of integration and the Organization for Security and Cooperation in Europe has taken on additional functions. The United Nations, despite its financial and administrative problems, has been revitalized and has taken on additional responsibilities under its Charter, which has stood well the test of time. Hopefully, the Organization can look to the future with confidence.

With the recently found (though by no means assured to continue) unanimity of the permanent members of the Security Council,

⁶ See United Nations document A/CN.4/454, pp. 16-26 and annex containing a further elaboration.

⁷ Cyprus being one such tragic anachronism.

making possible enforcement action under the original Charter design, care should be taken so that this will not lead to abusive interpretations prejudicial to the rights and legitimate interests of the United Nations membership at large. While the concept of absolute sovereignty is superseded, especially as far as it prevents the protection of human rights, sovereign equality is still a cardinal principle of the Charter of the United Nations. In the distant past there was *Pax Romana*, in more recent times there was *Pax Britannica* and currently there has been talk of *Pax Americana*. I submit that what is called for in the era of the United Nations is neither imperium nor gunboat diplomacy but a peace based on the democratic exercise of the rights and duties of all members of the international community, large or small, within the rules of international law and the principles of the Charter of the United Nations, which might be labelled "*Pax Unitarum Nationum*".

Will the new world order acquire proper legal meaning and lead to international legal order? Will this happen, if it does, not through the arbitrary directorate of the powerful but through equal justice for all? Will the United Nations be supported politically and financially so as to satisfactorily meet the challenge for effective peace-keeping, peacemaking and peace-building, promoting sustainable development, helping to save the environment and achieving its other objectives? Will unity and cooperation, as we have witnessed in Europe with German reunification and the process of integration through the European Union, prevail over disintegration and conflict as we are witnessing in several other parts of the world and indeed in parts of Europe? Will international disputes, which will inevitably continue to arise, be solved peacefully in accordance with the law or shall we witness more instances of the application of the law of the jungle? Will major law-making conventions be widely accepted and will resort to impartial tribunals, such as the International Court of Justice, become the rule rather than the exception?

These and no doubt other relevant—indeed agonizing—questions ought to be very much on the mind of all those who believe that international relations should be based on international legal order and that the dream of a more just and peaceful world is not a utopian dream. They should be very much on the mind of my generation and I hope also on the mind of the younger generation of up and coming international lawyers, the future members of the International Law Commission, of the International Court of Justice, of the International Tribunal for the Law of the Sea as well as of the International Criminal Court, when it hopefully comes into being, and on the mind of those who will be the next generation of decision-makers at the top levels of national Governments and in the international bureaucracy.

The clear objective is international legal order based on the supremacy of international law. If this objective is to be achieved, to my mind, the best formula is idealism tempered with realism. Politics, it has been said, is the art of the possible and the same is nearly as true of international law. We should strive to achieve what is ideal but we must also be prepared to compromise on the basis of what is achievable at any given time since the penalty for insisting on what is ideal may be to achieve no result at all. The prayer of the medieval theologian has relevance to many situations, including the development and application of international law: "Good Lord, give me the courage to change the things that can be changed, the serenity to accept the things that cannot be changed and the wisdom to know the difference between the two".

DROIT INTERNATIONAL ET DIVERSITÉ CULTURELLE

Mohamed Bennouna

*Elle était entourée de sa toilette
comme de l'appareil délicat et spi-
ritualisé d'une civilisation.*

Marcel Proust, *A la recherche
du temps perdu*,
Paris, Gallimard, 1988, t. II.

D'origine européenne, le droit international a dû faire face à des interpellations et à des remises en cause successives qui ont élargi progressivement son champ d'activité sur les plans spatial et matériel; encore que cette évolution s'est faite au travers d'une « dialectique ouverte » où « facteurs de progrès et de récession coexistent cruellement »¹.

1) Avec la fin de la guerre froide, le droit international a été confronté à deux mouvements apparemment contradictoires :

- D'un côté, « la mondialisation », soutenue par la transnationalisation de l'information, de la technologie et des moyens de production et par la proclamation de la part des puissances dominantes d'un « nouvel ordre international » sur le diapason de la démocratie libérale et de l'économie de marché².
- De l'autre côté, une multiplication sans précédent des revendications identitaires et des particularismes culturels qui étaient comme congelés pendant la période de la guerre froide et de l'affrontement idéologique.

Ainsi, face à l'appel à l'ouverture du monde (excepté d'ailleurs pour les personnes humaines) sous la bannière du modèle dominant, on a assisté à des mouvements de repli, de rejet et de fermeture. Qu'on ne voie pas là un simple renouveau du conflit bien connu entre universalisme et culturalisme, tel qu'alimenté par les études d'anthro-

¹ R. J. Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement » *Recueil des cours... 1979-IV*, vol. 165, p. 42.

² Charte de Paris pour une nouvelle Europe, adoptée le 21 novembre 1990 dans le cadre de la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe, *Politique étrangère*, 1991, p. 292 et suiv.

pologie, qui s'est enlisé d'ailleurs dans une véritable impasse. La discussion porte désormais sur la signification et le contenu de l'universalisme, entre ceux qui le confondent avec un monde uniforme, expression d'une Humanité réconciliée avec elle-même, et ceux qui le conçoivent comme le produit de la grande diversité des cultures, coexistant dans une « Humanité plurielle ». Pour les uns, l'universalisme est une donnée absolue à laquelle on ne peut qu'adhérer et pour les autres, il doit être recherché constamment et enrichi au travers du dialogue interculturel.

Il en a résulté un second paradoxe entre une situation qui, objectivement, devrait être marquée par une plus grande sécurité sous l'effet de l'atténuation de la stratégie de dissuasion nucléaire ainsi que des progrès en matière de désarmement, et un sentiment général d'insécurité occasionné par des menaces réelles ou inventées, tels que modèles de croissance saturés, terrorisme ou besoin d'imaginer de nouveaux ennemis pour consolider des structures étatiques en mal de cohésion.

2) Les incertitudes qui planent sur le nouvel état du monde n'ont d'égal que le trouble qui s'est emparé des théoriciens des relations internationales, habitués à raisonner au travers du schéma confortable de la bipolarité. La première réaction, concomitante à l'effondrement de l'Union soviétique, a été le cri de victoire de Francis Fukuyama annonçant, avec la fin de l'Histoire, le triomphe et la généralisation du modèle occidental de démocratie libérale et d'économie de marché³.

Cette prophétie, ayant été assez rapidement démentie par les faits, le cri de victoire s'est transformé en un cri d'alarme sous la plume de Samuel Huntington, qui met en garde contre un « affrontement des civilisations » et en appelle à la solidarité de l'Occident face à ce qu'il dénomme « la connexion confucéenne et islamique »⁴.

Il est vrai que depuis la conclusion hâtive de Fukuyama, la guerre du Golfe a bouleversé le paysage de l'ensemble du monde arabe; des revendications nationalistes, culturelles et/ou ethniques se sont fait jour dans plusieurs régions du monde, embrasant les Balkans, certaines parties de l'ex-Europe soviétique, sans compter le drame que vivent de nombreuses contrées du continent africain, où des Etats se sont complètement délités.

³ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992.

⁴ S. P. Huntington, « The Clash of Civilizations », in A. Clesse, R. Copper, Y. Sakamoto, édit., *The International System After the Collapse of the East-West Order*, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 7-27.

On se demande cependant pour quelles raisons l'article de Samuel Huntington, qui tente de répondre aux préoccupations de l'unique super-puissance avec des projections générales et arbitraires, a eu autant d'échos et a suscité autant d'interrogations et d'inquiétudes de par le monde. C'est probablement, comme le suggère R. Falk, parce qu'il met l'accent sur l'importance grandissante, en cette période historique, de « l'identité civilisationnelle » par opposition à la référence étatique qui a prévalu jusque-là dans le système mondial⁵.

Il est révélateur, d'autre part, que le Secrétaire général des Nations Unies ait publié, le 3 janvier 1995, un Supplément à son *Agenda pour la paix* de juin 1992, attirant l'attention sur l'accroissement très sensible des conflits intra-étatiques et l'écroulement des institutions publiques dans les pays concernés, ainsi que sur la nécessité, en conséquence, d'élaborer de nouveaux concepts pour guider l'activité des Nations Unies. Selon le premier responsable de l'Organisation universelle : « L'époque actuelle appelle une réflexion nouvelle, un effort commun et la mise au point de moyens inédits de régler les crises. En effet, un monde différent est apparu lorsque la guerre froide a pris fin et nous ne le comprenons encore qu'imparfaitement »⁶.

3) Pour tenter de comprendre, il convient d'éviter la confusion des désirs et des réalités et le formalisme de façade. Ainsi, on ne peut se réfugier derrière le constat lénifiant que « cette évolution procède moins de la coercition et de l'abus de leur puissance par ceux qui la détiennent que d'un processus d'occidentalisation de la société internationale lié au succès de la démocratie et de l'économie libérale, qui sont objectivement des produits de la civilisation européenne et nord-américaine ». Ainsi décrite, cette évolution correspond pour H. Thierry au « sens de l'histoire » et il en appelle aux Nations Unies pour se substituer à l'infirmité de nombreux Etats⁷, comme si cette Organisation opérait dans une neutralité totale et sereine par rapport à la réalité du rapport de force et des intérêts en cause. Or, on sait que la scène internationale est dominée par la politique des « deux poids deux mesures » et la fameuse « raison d'Etat ».

On ne peut nier aujourd'hui que les entités, qui s'estiment défavorisées ou négligées dans la nouvelle configuration du monde, se replient sur le particularisme culturel pour s'affirmer et légitimer leurs

⁵ R. Falk, « False Universalism and the Geopolitics of Exclusion: the Case of Islam », Princeton, avril 1996 (non publié).

⁶ Supplément à l'*Agenda pour la paix* : Rapport de situation présenté par le Secrétaire général à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies, document A/50/60, par. 103.

⁷ H. Thierry, « L'Etat et l'organisation de la société internationale », in *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle* (Colloque de la Société française pour le droit international, Nancy, 1993), Paris, Pedone, 1994, p. 210.

actions. La culture serait, dans ce contexte, la poursuite de la politique par d'autres moyens.

La protection des spécificités culturelles nationales et de groupes minoritaires est inscrite dans les agendas de mouvements politiques, au Nord et au Sud de la planète, en position défensive ou offensive et se réclamant de diverses sensibilités idéologiques.

Il est donc nécessaire de cerner de plus près cette nouvelle expression de l'action politique afin d'en déterminer les ressorts et la portée, ainsi que l'impact sur le droit international.

4) La controverse semble se cristalliser autour de la notion de « légitimité démocratique », avancée comme l'un des critères d'appréciation de l'Etat dans la période de l'après-guerre froide. Elle touche aussi bien l'individu, dont les droits seraient érigés en une valeur absolue et exigible en tout lieu et en tout temps, que l'Etat appelé à les mettre en œuvre et à les promouvoir. A l'épreuve de la diversité culturelle, nous nous pencherons donc successivement sur la problématique des droits de l'homme et sur celle de l'Etat.

I. Les droits de l'homme à l'épreuve de la diversité culturelle

Les droits de l'homme sont nés dans le contexte de l'Europe du XVIII^e siècle et sous l'influence de la philosophie dite des Lumières. La problématique de l'Etat souverain westphalien était au centre de cette réflexion, puisqu'il s'agissait de limiter ses prérogatives, en tant que détenteur exclusif de la violence légale (Max Weber), en élargissant le champ des libertés individuelles.

Parallèlement, les droits de l'homme étaient liés à la question de la légitimité, soit la justification du pouvoir politique, au travers de la théorie du contrat social et des prérogatives inhérentes à la personne humaine (droits naturels).

Ces droits impliquent l'existence d'un « Etat de droit » et d'un régime de démocratie libérale. En effet, le citoyen étant appelé à la formation de la volonté générale par l'élection de ses représentants, ces derniers doivent veiller sur le pacte fondamental (source de légitimité) tout en l'adaptant progressivement à l'évolution de la société et à ses besoins. Le contrôle de l'édiction des normes et de leur mise en œuvre est assuré par des institutions judiciaires indépendantes.

Dès le départ, les droits de l'homme, du fait même de la philosophie qui les sous-tend, avaient une prétention à l'universalité. Si on poussait la logique des droits naturels à son terme, elle serait incompatible avec l'existence des frontières et de toutes les discriminations qu'elles entraînent; l'homme devrait avoir le monde pour patrie.

Les droits de l'homme vont donc se heurter au monde des souverainetés (a). Mais dans la mesure où ces droits ont évolué des libertés formelles vers les droits économiques et sociaux et ceux de la troisième génération, prenant en compte l'Humanité dans son ensemble (développement, environnement, etc. ...), ils vont soulever la question des moyens disponibles aussi bien au niveau de l'Etat que de la communauté internationale. Or les sociétés ayant suivi des rythmes de changement différents, les droits de l'homme doivent-ils s'adapter à la relativité du temps historique ? (b) Enfin, nés dans un contexte culturel donné, les droits de l'homme doivent être admis et légitimés ailleurs pour être érigés en valeurs universelles. (c)

a) *Les droits de l'homme dans un monde de souverainetés*

Le phénomène dit de la mondialisation n'a pas empêché les frontières de se fermer de plus en plus à la libre circulation des hommes, surtout entre le Sud et le Nord de la planète. Le discours sur l'universalité des droits de l'homme va de pair avec la volonté des pays prospères de prendre les mesures les plus fermes contre l'immigration clandestine, et de réserver les avantages acquis à leurs propres ressortissants. Il n'est pas question, comme l'a déclaré un homme politique français, « d'assumer toute la misère du monde » (M. Rocard). Il en découle que, pour la population défavorisée du globe, « l'universel » est tout au plus fantasmé au moment où les déterminants au quotidien ramènent aux contraintes du groupe restreint ou de l'Etat. L'homme traîne avec lui ses papiers d'identité, et il sait qu'il sera plus ou moins soutenu, que son destin individuel aura plus ou moins de valeur selon l'Etat d'appartenance, les moyens et la crédibilité dont il dispose. On ne peut donc éviter que cet homme ne s'adresse d'abord à son Etat, et qu'il ne soit sensible aux valeurs de solidarité qui le renforcent et lui laissent espérer ainsi ultérieurement une amélioration de son sort. Autrement dit, tant que la raison d'Etat prime au niveau international, il aura du mal à croire à l'universalité du message sur la liberté de la personne humaine.

Cette universalité a déjà été battue en brèche par le colonialisme et la discrimination raciale institutionnalisée, pratiqués par ceux-là mêmes qui faisaient des droits de l'homme un aspect essentiel de leur système de valeurs. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, reconnu en tant que norme impérative du droit international au cours de la décennie soixante⁸ permettra de bannir tout déni des droits de

⁸ Principe codifié par la déclaration 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 24 octobre 1970, réaffirmé par les avis de la Cour internationale de Justice du 21 juin 1971 et du 16 octobre 1975, sur les affaires de la *Namibie* et du *Sahara occidental* et cité comme exemple de règle impérative par la Commission du droit international, *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 270, document A/6309/Rev.1.

l'homme fondé sur une prétendue « mission sacrée de civilisation », et en conséquence toute hiérarchie entre les cultures.

En vertu de l'autodétermination, les peuples dominés, qui ont accès à leur propre structure étatique en tant qu'acteurs internationaux, « déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».⁹ S'il en est ainsi, c'est que le débat politique doit se dérouler à l'intérieur des frontières sans ingérence extérieure de la part des autres États ni même des Nations Unies (Article 2, paragraphe 7, de la Charte). Mais, on sait aussi que le fameux domaine réservé s'est rétréci parallèlement à l'universalisation progressive des droits fondamentaux de la personne humaine¹⁰. L'Etat ne peut donc les méconnaître en arguant de l'exercice de sa propre souveraineté et du principe de non-ingérence puisqu'il s'agit là d'une obligation *erga omnes*, dont tous les États peuvent demander le respect. Il reste à se demander par quels moyens ?

En d'autres termes, si la violation des droits fondamentaux de la personne humaine est un acte illicite qui engage la responsabilité de son auteur, il faut en déterminer la gravité (délit ou crime), et mettre en œuvre les procédures et normes secondaires appropriées en la matière. Quant aux contre-mesures qui seraient adoptées contre l'auteur de l'acte illicite, elles doivent s'inscrire également dans le cadre du droit de la responsabilité internationale, y compris les limitations et les procédures du règlement des différends, pour éviter que la réaction à un acte prétendument illicite ne soit un prétexte utilisé par les plus puissants (comme dans les pratiques coloniales) pour faire prévaloir leurs intérêts nationaux¹¹. Il ne suffit pas de qualifier un pays de terroriste pour prendre des actes unilatéraux, des sanctions économiques contre tous les investisseurs potentiels dans ce pays (lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy promulguées par le président Clinton respectivement en mars et août 1996, et protestation d'un certain nombre de pays européens notamment)¹².

⁹ Article premier (identique) des deux Pactes relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques sociaux et culturels de 1966.

¹⁰ G. Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé : L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *Recueil des cours... 1990-VI*, vol. 225, pp. 9-484.

¹¹ Voir le chapitre III sur les contre-mesures de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission du droit international en première lecture, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 167 et suiv.

¹² La première loi vise Cuba, et la seconde l'Iran et la Libye. Ces lois ont été contestées parce qu'elles ont une application extra-territoriale et qu'elles font peu de cas des règles de l'Organisation mondiale du commerce.

D'autre part, le droit d'ingérence humanitaire, avancé par certains auteurs, à la suite notamment de Mario Bettati, est porteur d'abus en dépit des motivations généreuses qui le sous-tendent. « L'humanitaire » ne peut justifier la violation des principes de non-recours à la force et de respect de l'intégrité territoriale qui fondent « l'égalité souveraine » des Etats. Le prétendu droit d'ingérence est, par essence, discriminatoire puisqu'il ne peut être actionné que par les Etats les plus puissants.

En réalité, dans un monde où la distinction nationaux-étrangers demeure la règle, et où ces derniers peuvent être discriminés « légalement », expulsés et séparés parfois de leur famille, la protection des droits de tous les humains, quels qu'ils soient, ne peut être assurée qu'au travers de procédures collectives au sein des organisations universelles.

Encore faut-il que toutes les parties prenantes à la société internationale, et pour le moins les principales sensibilités culturelles ou « les grandes formes de civilisation »¹³, puissent faire entendre leurs voix et participer au processus de décision. Or, à l'heure actuelle, le déséquilibre s'est creusé au sein des Nations Unies en faveur d'un organe restreint, le Conseil de sécurité, dont la composition, établie il y a plus de cinquante ans, est loin d'être représentative de la diversité culturelle du monde.

Il en résulte que les mêmes faits, les mêmes violations du droit, donnent lieu à des réactions différentes selon les parties concernées, comme cela a été flagrant dans les contentieux israélo-arabe et dans le conflit qui a ravagé l'ex-Yougoslavie, ou encore dans l'appréciation du comportement des grandes puissances détentrices du droit de veto. Analysant les représailles américaines du 26 juin 1993 contre l'Irak (approuvées implicitement par la majorité des membres du Conseil), qu'il qualifie de comportement illicite par excellence, L. Condorelli en conclut : « Dans une situation de crise profonde, de flottements et de tâtonnements, comme celle que nous vivons actuellement, la doctrine a plus qu'un devoir de critique : je parlerais d'un véritable devoir de résistance face au pouvoir des Etats »¹⁴.

¹³ Article 9 du Statut de la Cour internationale de Justice sur l'élection des juges.

¹⁴ L. Condorelli, « A propos de l'attaque américaine contre l'Irak du 26 juin 1993 : lettre d'un professeur désemparé aux lecteurs du *JEDI* » *Journal européen de droit international*, 1994, vol. 5, p. 143. Les 3 et 4 septembre 1996, les Etats-Unis ont de nouveau lancé des missiles sur Bagdad en réaction à une incursion irakienne dans le Nord du Kurdistan décrétée « zone d'exclusion aérienne » par les alliés. Cette action unilatérale, sans aucun fondement juridique, a fait l'objet de réserves expresses parmi les pays européens et arabes; ce qui n'a pas empêché les Etats-Unis d'étendre d'autorité la zone d'exclusion aérienne jusqu'aux faubourgs de Bagdad.

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que le discours, sur la démocratisation des systèmes politiques, dans le cadre d'un Etat de droit, est affaibli par la brutalité du rapport des forces dans les relations internationales. On ne s'étonnera pas que certains pays prennent prétexte de cette situation et de la menace potentielle qu'elle comporte, pour donner la priorité au renforcement de l'autorité de l'Etat sur les libertés individuelles. Or ce sont les Etats forts qui ont pu amorcer leur modernisation et leur développement et ont réussi à s'imposer sur la scène internationale (pays de l'Asie du Sud-Est, par exemple, qualifiés de nouveaux pays industrialisés)¹⁵. Il en est ainsi parce qu'ils se sont donnés les moyens d'une stratégie de contrôle et d'allocation des ressources. Leurs élites puisent dès lors leurs légitimités dans la satisfaction des revendications socio-économiques de la population et dans l'amélioration de ses conditions d'existence. L'accent est mis en premier, contrairement au schéma occidental, sur les droits économiques et sociaux; la satisfaction des libertés individuelles est repoussée à un avenir meilleur. La tradition de subordination à un groupe homogène est souvent invoquée comme justification du pouvoir des élites et comme le moyen le plus sûr de satisfaire les besoins individuels.

Il est question dès lors de sociétés en transition engagées dans un processus de construction nationale, de développement et de modernisation, suivant une voie adaptée à leurs propres caractéristiques historiques.

b) *Les droits de l'homme et le temps historique*

Il est certain que les sociétés n'ont pas évolué au même rythme et qu'elles vivent des temps historiques différents. Notre propos n'est pas de rouvrir ici la controverse sur la notion de retard historique qui implique nécessairement une dialectique du progrès, avec à la clé une hiérarchie des sociétés selon leurs performances. Nous entendons simplement rappeler que les sociétés humaines ont connu des développements distincts en fonction de leur propre structure sociologique, de leur environnement propre et extérieur, ainsi que des interactions qu'elles ont entretenues avec ce dernier.

Il en découle des disparités considérables, avec la persistance ici et là de mentalités et d'organisations tribales ou patrimoniales, de l'analphabétisme dans des proportions couvrant parfois plus de la moitié de la population, d'une certaine relation à la croyance et à la religion, n'autorisant qu'une faible marge de tolérance; sans compter la faiblesse des infrastructures de base, servant à faire communiquer entre elles les

¹⁵ A. Pollis, « Cultural Relativism Revisited Through A State Prism », *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18, pp. 316-344.

régions d'un même pays, ou le nombre de dispensaires donnant les premiers soins aux malades, etc. ...

Comment, dans ces conditions de déphasage historique, penser que les droits de l'homme, tels que proclamés par les grands textes à vocation universelle, puissent être mis en œuvre et respectés quel que soit le contexte ? A moins de fermer les yeux sur la réalité de nombreuses sociétés où l'adhésion des élites à ces droits, dans les forums diplomatiques ou par la ratification des conventions internationales, s'accompagne de leur ignorance totale ou partielle dans la vie au quotidien et dans l'exercice du pouvoir.

On peut se demander, dès lors si ces droits ne doivent pas être considérés comme des objectifs à atteindre, et s'il n'appartient pas à chaque société d'élaborer des programmes de réalisation sous contrôle international. Ainsi qu'on l'a soutenu pour le droit au développement, il s'agirait de droits finalisés, assortis d'une sorte d'obligation de résultat, programmée dans le temps en fonction de la situation de chacun et de ses moyens. Pour être acceptable, un tel raisonnement ne peut concerner ni les atteintes à la dignité et à l'intégrité physique des êtres humains quels qu'ils soient, ni *a fortiori* les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, tels qu'ils viennent d'être codifiés par la Commission du droit international à sa quarante-huitième session.

Ce serait en effet porter atteinte à des droits fondamentaux ou transcendants, liés à l'existence de la personne humaine et de la société internationale et protégés par des normes de droit impératif auxquelles on ne peut déroger sous aucun prétexte.

Force est de constater que même pour ce « noyau dur, il n'existe pas encore aujourd'hui un droit d'accès direct par le dépôt d'une plainte devant une juridiction universelle compétente pour suppléer la carence des systèmes juridiques nationaux. Le projet de juridiction criminelle internationale élaboré par la Commission du droit international n'a pu contourner la souveraineté, et a soumis la saisine d'une telle cour au consentement des Etats concernés ou à une décision du Conseil de sécurité pour ce qui est du crime d'agression, avec tous les aléas propres au fonctionnement de cet organe¹⁶.

Or on sait que dans de nombreuses sociétés, l'égalité devant la justice est loin d'être garantie, non pas tant au niveau des principes,

¹⁶ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/49/10)*, p. 47 et suiv. L'article 23 du projet de statut d'une Cour criminelle internationale, relatif à l'« Action du Conseil de sécurité » a été fortement critiqué par les délégués des Etats à la réunion du Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 22 (A/50/22)*.

auxquels tous rendent hommage, que dans la pratique judiciaire, manquant le plus souvent d'autonomie, de fiabilité et de crédibilité. Bien plus, certains Etats s'estiment trop faibles pour affronter le crime organisé à large échelle (trafic de drogue, par exemple), brassant parfois des ressources supérieures à celles du budget national et ayant, de ce fait, les moyens de pervertir et de corrompre les institutions représentatives¹⁷.

Le jeu des droits de l'homme et de la démocratie rencontre là aussi des limites, et seule une solidarité internationale concrète fondée sur un programme d'action à moyen terme est susceptible de favoriser des activités de substitution pour contrecarrer le crime organisé (l'Union européenne a engagé une action de ce type avec certains pays de la rive sud de la Méditerranée).

Tout en veillant à consolider progressivement certaines valeurs qui fondent la civilisation de l'universel, le droit international ne peut donc négliger l'Histoire, ses péripéties et les handicaps qui en résultent pour certains pays. D'autre part, certaines libertés qui favorisent l'affirmation des individualités dans l'expression de leurs opinions et de leurs croyances, ainsi que dans leurs relations familiales, doivent faire l'objet d'un processus de légitimation culturelle pour être admises dans d'autres contextes que ceux qui leur ont donné naissance.

c) *Les droits de l'homme et la légitimation culturelle*

Le processus de transposition de concepts juridiques et éthiques d'une culture à une autre est une tâche extrêmement ardue. Pour ce faire, on doit se démarquer d'une part du relativisme culturel strict des anthropologues, consistant à adopter une attitude de neutralité à l'égard des traditions culturelles quelles qu'elles soient et, d'autre part, de la supériorité culturelle de la tradition occidentale des droits de l'homme et en conséquence de la nécessité d'éduquer les autres pour les préparer à l'adopter. Leur légitimation, leur acceptation, leur intériorisation dans les mœurs et dans les comportements, ne peuvent se réaliser qu'au travers d'un dialogue interculturel permanent de manière à confronter les systèmes de valeurs et les traditions, et parvenir ainsi à des consensus sur tel ou tel de leurs aspects. Le droit international devrait normalement fournir les procédures adaptées pour canaliser le

¹⁷ Voir la résolution 44/39 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 4 décembre 1989, intitulée « Responsabilité pénale internationale des particuliers et des entités qui se livrent au trafic illicite transfrontière de stupéfiants et à d'autres activités criminelles internationales : création d'une cour de justice pénale internationale ayant compétence pour connaître de ces délits ». Et notre article sur « la création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats », *AFDI*, 1990, vol. 36, pp. 299-306.

débat et en concrétiser les résultats dans des accords internationaux assortis de mécanismes de contrôle, avec toutes les imperfections inhérentes au monde des souverainetés puisque la pratique des réserves permettra toujours aux uns et aux autres de se singulariser¹⁸.

Quoi qu'il en soit, un tel dialogue devrait mettre à jour ce qui dans les spécificités culturelles, avancées pour se soustraire à tel ou tel principe, relève du simple prétexte ou d'arguties politiciennes d'élites ou de castes décidées à conserver le pouvoir et à l'exercer à leur unique profit. Car qu'on le veuille ou non, il existe aujourd'hui une véritable « culture des droits de l'homme », animée par des associations ou des organisations non gouvernementales nationales et transnationales, culture de contestation des privilèges établis et des abus des détenteurs du pouvoir. Le fameux « droit de résistance à l'oppression » est enraciné dans toutes les traditions culturelles humanistes.

Le principe de réciprocité est le meilleur gage de la diversité des cultures et d'un dialogue réel et égalitaire entre elles. Il est inadmissible, par exemple, que certains pays à religion d'Etat restreignent l'exercice des autres cultes et les droits des personnes concernées, tout en revendiquant pour les adeptes de leur propre religion une liberté sans entraves ailleurs. Comment accepter d'autre part que les systèmes juridiques de ces pays jugent des étrangers en fonction de leur lieu de rattachement religieux, réel ou supposé, et non de leur nationalité et de leur appartenance à un Etat laïque ?

Les situations d'hégémonie, les menaces extérieures et les tentatives d'isolement et de quarantaine dirigées contre un certain nombre de pays (notamment des pays arabes et musulmans) renforcent la traditionalisation des sociétés visées et le repli sur elles-mêmes par réflexe d'auto-défense. C'est tout le sens du débat aujourd'hui entre les Etats-Unis et les Européens au sujet des sanctions économiques édictées par les premiers, et du « dialogue constructif » préconisé par les seconds car, comme le relève très justement A. Laroui, « le seul antidote à la tradition, c'est l'espoir, c'est-à-dire la perspective d'un avenir ouvert »¹⁹. Cette perspective est seule à même de favoriser une interaction positive entre les forces endogènes de changement et l'environnement international. Les domaines les plus sensibles concernent la famille, y compris la relation entre les sexes, la religion, les

¹⁸ A. Pellet (Rapporteur spécial de la Commission du droit international), deuxième rapport sur les réserves aux traités, document A/CN.4/477/Add.1. Au paragraphe 257, l'auteur conclut : « Aucune considération décisive ne paraît imposer l'adoption d'un régime particulier de réserves pour les traités normatifs, ni même pour les traités de droits de l'homme ».

¹⁹ A. Laroui, *La crise des intellectuels arabes : Traditionalisme ou historicisme ?* Paris, Maspero, 1974, p. 57.

libertés d'expression et d'association, et plus généralement les modalités du choix des gouvernants.

Du point de vue de la paix et de la sécurité internationales, objectif consensuel s'il en est, c'est le pluralisme et l'ouverture qu'il faut légitimer et faire progresser, aussi bien au niveau des instances du pouvoir que des sociétés civiles. En revanche, les sociétés monolithiques et fermées sont porteuses de germes de conflits et d'affrontements à l'intérieur et en dehors des frontières.

Encore faut-il que la perception de l'autre ne soit pas faussée par les grands médias qui ont tendance à mettre en exergue les aspects les plus spectaculaires d'une société, et notamment les positions de groupes extrémistes, créant ainsi des amalgames et des généralisations abusives. L'ignorance ou l'image déformée de l'autre peut entraîner des réactions de rejet et d'hostilité. Or les « mass media », et donc la source et l'habillage de l'information, sont dominés aujourd'hui par l'Occident et par une approche culturelle unique. Et toute tentative de rééquilibrage au niveau international, notamment au travers du débat à l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) sur le nouvel ordre de l'information, s'est heurtée à une opposition virulente de tous ceux qui insistent sur la liberté de la presse et le libre jeu des forces du marché en ce domaine (cette attitude a conduit les Etats-Unis et la Grande-Bretagne à quitter l'UNESCO, ce qui a affaibli considérablement cette organisation). Or la liberté ainsi conçue est une liberté à sens unique sans aucune considération pour la diversité des cultures, des sensibilités, des sources de l'information et de son interprétation, sans compter que les Etats ne parviennent plus à la réglementer et en limiter les abus.

II. L'Etat à l'épreuve de la diversité culturelle

Dans « un monde privé de sens », selon l'expression de Zaki Laïdi²⁰, on assiste à une certaine « décomposition de l'Etat », pris en tenailles entre les forces prépondérantes du marché et les poussées nationalistes²¹. Cette « dialectique du clocher et du satellite »²² a fragilisé l'Etat (a), qui est tenu de se recomposer sur de nouvelles bases par une redéfinition de sa structure et de ses fonctions (b).

²⁰ Z. Laïdi, *Un monde privé de sens*, Paris, Fayard, 1994.

²¹ B. Stern, édit., *Marché et nation — regards croisés : Internalisation de l'économie ou retour des nations ?*, Paris, Montchrestien, 1995.

²² R. J. Dupuy, « Le Conseil de sécurité en recherche de paix », in Y. Daudet, édit., *Les Nations Unies et la restauration de l'Etat*, Paris, Pedone, 1995, p. 13.

a) *L'Etat fragilisé*

On peut se demander si ceux qui déplorent la déliquescence de l'Etat en Afrique, allant jusqu'à considérer certains pays comme des « territoires sans maîtres », n'ont pas la mémoire courte ou tout au moins sélective. « N'est-on pas en effet, se demande J. Charpentier, parfois revenu à la situation antérieure à la colonisation, celle qui l'avait juridiquement justifiée en lui refusant les égards dus à des Etats ? »²³ Comme s'il s'agissait de la véritable justification, comme si les Etats bien constitués ont toujours eu « droit à des égards » lorsqu'il ont été occupés et annexés, comme en témoigne l'histoire européenne récente. S'il est incontestable que l'Etat est né et s'est consolidé dans le contexte culturel européen (westphalien) avant d'être exporté sous d'autres cieux, il est vrai aussi que cet enfantement s'est fait dans la douleur sur un fond de violence et de déplacement de populations. C'est toute la problématique de l'Etat-nation, nouvelle divinité du monde moderne, tenté de s'étendre en revendiquant le jus *ad bellum* comme son expression ultime et légitime, avec toutes les aberrations totalitaires et fascistes ayant conduit au plus grand génocide de l'Histoire.

Comment s'étonner dès lors que d'autres civilisations ayant reçu l'Etat en partage ne connaissent aussi des affrontements et des catastrophes humanitaires ? Malheureusement, la constitution d'une communauté politique unique sur un territoire, à la population ethniquement et culturellement diversifiée, s'est rarement réalisée autrement. Qu'on reprenne à ce propos l'histoire de la plupart des pays industrialisés où les guerres civiles ou de sécession ont marqué l'émergence et l'affirmation de l'Etat.

Si on en revient à des différences d'ordre chronologique ou de temps historique, ce n'est pas pour accepter les excès d'où qu'ils viennent, mais simplement pour mettre en garde contre les dérives visant à accabler telle ou telle civilisation des méfaits des nouveaux venus sur la scène étatique, qui prolifèrent effectivement dans une certaine anarchie. La crise de l'Etat est bien sûr différente au Nord et au Sud de la planète, mais elle se nourrit ici et là, et à des degrés divers, des mêmes ingrédients, entre mondialisation et particularismes culturels. Encore que l'inégalité de puissance fait peser le poids des ingérences extérieures sur les plus faibles. Quant aux réseaux transnationaux de l'économie et de la monnaie, ils convergent essentiellement vers les pays industrialisés où se trouvent leurs centres de décision.

²³ J. Charpentier, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines » in *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, op. cit. (*supra* note 7), p. 27.

Il n'en demeure pas moins que la plupart des Etats, en dehors de ceux qui ont une réelle dimension continentale, ne peuvent survivre et planifier raisonnablement leur avenir que dans des regroupements plus larges, soit comme partenaires soit comme clients. Leur marge de manœuvre se réduit inexorablement au fur et à mesure de la concentration du pouvoir à l'échelle mondiale. Quant aux groupes sociaux en leur sein, ils ont de plus en plus affaire à des décideurs éloignés et politiquement irresponsables, bureaucraties appréciant sur dossiers, sur le modèle des instances de la Commission européenne de Bruxelles, ou bien les institutions financières internationales, pour les pays du Sud.

On en vient à se demander si l'Etat n'est pas ramené à un rôle purement sécuritaire puisque les leviers de commande pour faire face aux problèmes sociaux sont en train de lui échapper. Il va se trouver du même coup en porte-à-faux, étant appelé à répondre de situations sans avoir les clés de la décision. De ce fait, les populations sont tentées de se replier sur des solidarités plus rapprochées, plus perceptibles sur les plans culturel et/ou géographique, soit le cadre régional ou sous-régional.

Les entités plus restreintes, en phase avec les réalités humaines ou ce qu'on dénomme la société civile, ambitionnent de nouer des relations par-delà les frontières et de contrebalancer les réseaux financiers transnationaux, que l'Etat est incapable de contenir.

Dans ce débat autour du rôle de l'Etat, on trouve d'un côté ceux qui ont choisi d'accompagner la mondialisation, en tant que phénomène inéluctable, et, de l'autre, ceux qui s'opposent à la dissolution des valeurs culturelles et sociales essentielles dans l'universalisme aseptisé des marchands.

A l'intérieur de ce schéma, on peut entrevoir bien des nuances et des variations, mais en définitive l'Etat souverain est remis en cause à des degrés divers, n'étant plus à même d'assurer stabilité et sécurité, ni en tant que tel ni en tant qu'unité de base des organisations internationales. La réforme de celles-ci ne peut aboutir sans qu'intervienne simultanément une recomposition de l'intérieur du paysage étatique.

b) *L'Etat recomposé*

En réponse à la crise de la féodalité, le concept d'Etat a été inventé en Europe par la « pleine dissociation du système politique face au système culturel et religieux », avec des différences de degré selon la prédominance de l'Eglise romaine ou des Eglises réformées²⁴. L'autonomie et la souveraineté du politique, dans le champ du temporel, a préparé

²⁴ B. Badie et P. Birnbaum, *Sociologie de l'Etat*, Paris, Grasset, 1982, p. 145.

donc le lit de l'Etat. Celui-ci est tenu dorénavant de se recomposer sous l'effet du retour du religieux et des minorités culturelles dont il s'était affranchi à la naissance.

1. Etat et religion

L'essoufflement des grandes idéologies du XIX^e siècle, qui nourrissaient le discours politique, à partir de la philosophie du progrès constant et de la maîtrise de l'innovation scientifique et technique, a remis à l'avant-scène le recours à la religion, au sacré et au transcendant, qui sécurise et donne sens à l'action collective.

La religion sera de plus en plus instrumentalisée par l'action politique, en réaction à l'exclusion de catégories de la population ou de collectivités entières. Elle servira en même temps de vecteur de constatation d'Etats despotiques ou totalitaires et/ou de reconstruction d'identités qui ont perdu, du fait des aléas historiques, leur substance.

Ainsi, l'Eglise a été étroitement associée à la résistance au communisme dans les pays de l'Est, notamment en Pologne; alors que dans la partie asiatique de l'Empire soviétique, c'est autour de l'étendard de l'Islam que des régions entières vont affirmer leur autonomie et revendiquer leur propre Etat. Les références religieuses se radicalisent au sein des populations au fur et à mesure de l'exacerbation des conflits, comme en Tchétchénie ou encore dans l'ex-Yougoslavie. Des réseaux de solidarité transnationaux viennent soutenir les forces endogènes.

Dans la plupart des pays arabo-musulmans, l'échec des élites post-coloniales et de leurs stratégies de développement a entraîné une crise de légitimité de l'Etat perçu comme un « corps étranger à la société »²⁵ et l'essor d'idéologies islamistes de conquête du pouvoir. Cet Etat s'est maintenu lui-même en cultivant l'ambiguïté, jouant simultanément sur le terrain des institutions importées et de la tradition islamique marquée par l'unité du temporel et du spirituel, et incarnée par le chef de l'Etat, au sein d'une communauté (l'Oumma) par essence consensuelle. Il est donc suspendu entre tradition et modernité sans adhérer complètement ni à l'une ni à l'autre. Le politique n'a pas été dissocié du religieux et n'a pas accédé à une réelle autonomie, ce qui aurait pu alors déplacer le débat du terrain populiste, alimenté par l'idéologie islamiste, à celui des faits de société et de réponses, en termes de moyens et d'objectifs, à y rapporter. Il faudrait, pour ce faire, que l'Etat puisse s'engager résolument dans la voie de la sécularisation, soit la distinction entre le champ du politique et du religieux

²⁵ Aziz El Azmeh, « Populisme contre démocratie: Discours démocratisants dans le monde arabe », in Gh. Salamé, éd., *Démocraties sans démocrates*, Paris, Fayard, 1994, pp. 223 et 5.

par une distribution progressive des fonctions. Cette évolution n'est pas incompatible avec l'existence d'une religion d'Etat (comme c'est le cas dans la plupart des pays arabo-musulmans) à condition que ce rôle officiel soit bien délimité aux niveaux financier et juridique, suivant le modèle de l'Europe du Nord. On peut éviter ainsi le débat sans issue sur la compatibilité de l'Islam et de la laïcité, laquelle est issue d'un affrontement de l'Eglise et de l'Etat (en France essentiellement), entraînant leur séparation stricte.

Sur le plan international, la sécularisation demeure l'un des enjeux dans le processus de paix au Moyen-Orient. On ne doit pas perdre de vue qu'Israël, Etat théologique, réserve la pleine citoyenneté à tous les Juifs de par le monde, tout en reléguant les Arabes Israéliens dans un statut de citoyens de seconde zone. Dans ces conditions, les partis religieux se livrent périodiquement à des surenchères avec, en écho, une radicalisation du Hamas islamiste palestinien. On assiste, au bout du compte, à une déstabilisation du difficile compromis signé à Washington en 1993 entre Rabin et Arafat.

Bien plus que l'établissement d'un marché économique moyen-oriental (conférences de Casablanca et d'Amman, automnes 1994 et 1995), la redéfinition des rapports entre l'Etat et la religion peut être considérée comme l'un des facteurs essentiels de la paix au Moyen-Orient.

Il faut reconnaître cependant, dans un autre ordre d'idées, que même dans les pays occidentaux, sécularisés ou laïcisés, certaines catégories de la population, qui se sentent exclues (Black Muslims aux Etats-Unis ou émigrés musulmans en Europe), peuvent être enrôlées au sein de solidarités construites sur des mots d'ordre religieux.

Entre le communautarisme, susceptible d'enfermer ces populations dans une culture de ghetto, et l'intégration, qui fait souvent peu de cas de leur spécificité, le débat est ouvert pour imaginer un espace de coexistence entre l'Etat laïc et républicain et l'Islam minoritaire, qui s'exprime non seulement sur le plan individuel mais aussi collectif.

2. Etat et minorités culturelles

Les minorités sont très diversifiées, « nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques »²⁶. Regroupées ici sous le générique de « culturelles », elles peuvent être qualifiées aussi selon leur caractéristique principale ou les revendications qui les sous-tendent. Le dénominateur commun serait la désignation « des groupes humains qui se trouvent marginalisés ou en position d'infériorité numérique (sauf exception), et en même temps politique, sociale ou économique, voire

²⁶ Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992.

culturelle »²⁷. Si les Etats ont parfois réagi en adoptant des structures fédérales ou en accordant des autonomies régionales, ils sont généralement opposés au phénomène minoritaire, qui les remet en cause dans leur essence unitaire, préférant une politique assimilationniste pure et simple ou, au mieux, la prise en compte de ce phénomène dans le cadre de la philosophie globale des droits de l'homme.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 en traite dans cette optique à l'article 27 :

« Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

Il s'agit en quelque sorte de la consécration d'un droit à la différence qui découle de la déclaration universelle des droits de l'homme et du principe de non-discrimination, tel que rappelé par l'article 26 du Pacte précité.

Cela n'a pas empêché la Commission des droits de l'homme des Nations Unies de pousser plus loin l'analyse de la notion de minorité, sans d'ailleurs la définir, en élaborant une Déclaration à ce sujet²⁸. Ce texte a-t-il franchi le pas en garantissant aux minoritaires non seulement des droits individuels, mais aussi des droits collectifs ? Certes, le principe d'une protection de leur existence et de leur identité est retenu (article premier), mais il revient à chaque Etat, dont tous les attributs doivent être préservés, de prendre les mesures pour y parvenir, à condition toutefois que cette protection soit pleinement compatible avec l'exercice des droits de l'homme universellement reconnus. Ce qui n'exclut pas le recours à une discrimination positive « qui permet ainsi aux minorités d'acquérir l'égalité réelle avec les majorités, mais ne doit évidemment pas avoir pour conséquence de défavoriser les majorités »²⁹. Il s'agit d'un traitement préférentiel accordé temporairement à une catégorie de la population dans des domaines spécifiques en vue de corriger la discrimination dont elle est l'objet de fait³⁰.

²⁷ P. George, *Géopolitique des minorités*, Paris, Presses universitaires de France, 1984, p. 5.

²⁸ Texte élaboré au sein de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Voir I. O. Bokatola, « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques », *RGDIP*, 1993, t. 97, pp. 745-65.

²⁹ *Ibid.*, pp. 755-756.

³⁰ Voir l'Observation générale n° 18 du Comité des droits de l'homme, Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale*.

Il est certain que la protection des minorités en tant que telles dans une société interétatique soulève de nombreuses difficultés d'ordre conceptuel³¹, même si, par ailleurs, «le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et des minorités» a été qualifié de «norme impérative du droit international»³².

Ainsi la France, arguant de l'article 2 de sa Constitution, a estimé que l'article 27 du Pacte n'était pas applicable aussi longtemps que la République était concernée³³. Le Conseil constitutionnel a, pour sa part, rendu une décision le 9 mai 1991 :

« Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République de tous les citoyens, quelle que soit leur origine, dès lors la mention faite par le législateur du peuple corse, composante du peuple français, est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français composé de tous les citoyens français, sans distinction d'origine, de race et de religion »³⁴.

En quelque sorte, là où l'Etat-nation revendique l'exclusivité de la relation avec ses citoyens et la pleine application, pour tous, des droits de l'homme, il n'y a pas place pour des minorités³⁵. Mais, en supposant acquis le principe de protection de la minorité, un certain nombre d'obstacles demeurent, notamment la détermination des membres et des critères de rattachement, ainsi que l'existence de sous-groupes au sein d'un groupe minoritaire ou encore ce qu'on qualifie de « doubles minorités »³⁶.

On en vient finalement à se demander s'il n'est pas vain de vouloir tracer un régime général des minorités, là où il n'y a que des situations particulières à intensité variable, et au sujet desquelles chaque Etat ou groupe d'Etats doit prévoir un cadre juridique approprié. Cette méthode d'approche a été finalement adoptée, au niveau

quarante-cinquième session, Supplément n° 40 (AJ45/40), vol. I, annexe VI, sect. A, par. 10.

³¹ N. S. Rodley, « Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments », *Human Rights Quarterly*, 1995, vol. 17, pp. 48-71.

³² A. Pellet « Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *AFDI*, 1991, vol. 37, pp. 329-348. Voir les avis n° 1 et 2 de la Commission.

³³ Rodley, *op. cit.* (*supra* note 31), p. 51. Voir aussi *Dominique Guesdon c. France, Rapport du Comité des droits de l'homme, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 40 (AJ45/40), vol. II, annexe IX, sect. G, par. 5.6.*

³⁴ Cité par S. Pierré-Caps, « Peut-on parler actuellement d'un droit européen des minorités ? », *AFDI*, 1994, vol. 40, p. 92.

³⁵ *Ibid.*, pp. 92-93.

³⁶ Rodley, *op. cit.* (*supra* note 31), p. 70.

européen, pour répondre à la résurgence de la question des minorités depuis la fin de la guerre froide.

Le Conseil de l'Europe a ouvert à la signature des Etats membres une Convention-cadre, le 1^{er} février 1995, laquelle, partant du constat que « les bouleversements de l'histoire européenne ont montré que la protection des minorités est essentielle à la stabilité, à la sécurité démocratique et à la paix du continent », vise à asseoir cette protection simultanément sur « une coopération entre Etats » et « une coopération transfrontalière entre collectivités locales et régionales »³⁷. Le tout est subordonné, bien entendu, à la fameuse réserve du respect de la Constitution et de l'intégrité territoriale des Etats.

Si cette Convention s'inspire en grande partie de la Déclaration des Nations Unies de 1992 quant aux droits garantis, elle s'en distingue cependant en ce qu'elle consent un régime plus favorable « dans les aires géographiques d'implantation substantielle ou traditionnelle des personnes appartenant à des minorités ». D'autre part, et à partir de ce cadre général peu contraignant, « les parties s'efforc[ent] de conclure, si nécessaire, des accords bilatéraux et multilatéraux avec d'autres Etats, notamment les Etats voisins, pour assurer la protection des personnes appartenant aux minorités nationales concernées » (article 18).

A l'issue de la Conférence de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (Paris, 20-21 mars 1995), une série d'accords bilatéraux liaient certains Etats membres, parallèlement à l'adoption du Pacte sur la stabilité en Europe³⁸. En fonction des caractéristiques propres aux Etats concernés, l'organisation de relations de bon voisinage sera fondée sur une reconnaissance des minorités existantes de chaque côté de la frontière et de leur propension à dialoguer par-delà celle-ci. Ainsi se trouve consolidée la configuration territoriale actuelle des Etats, tout en érigeant leur diversité culturelle en vecteur de coopération accrue. La minorité, en effet, peut servir de facteur d'approfondissement du dialogue avec un Etat étranger dont elle partage la sensibilité culturelle. Les personnes appartenant à la minorité, comme c'est le cas pour une certaine catégorie d'émigrés en Europe, ont vocation de la sorte à jouer le rôle de passeurs culturels. Mais ce ne peut être qu'un processus plus ou moins long, selon le

³⁷ Préambule de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, texte in *RGDIP*, 1995, t. 100, pp. 229-236. Voir P. Tavernier, « A propos de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *ibid.*, pp. 385-402.

³⁸ Picré-Caps, *op. cit.* (*supra* note 34), p. 72. Le Pacte étant un document politique, on laisse aux Etats le soin de tracer leurs obligations réciproques à la carte. Rappelons, pour mémoire, que les traités sur les minorités conclus au lendemain de la première guerre mondiale ont été imposés par les vainqueurs aux vaincus.

poids de la mémoire et du capital de confiance ou de défiance accumulés. Le schéma européen devrait être médité par les pays africains où le partage colonial et l'indépendance des Etats dans les frontières héritées ont fait peu de cas des diversités ethniques et culturelles. Le maintien du principe de l'intangibilité des frontières est au prix d'une recomposition des Etats, dans leur structure interne et dans leurs relations avec leurs voisins.

En conclusion, le droit international se doit de prendre en compte la diversité des cultures et des civilisations qui sont, à l'heure de la mondialisation par le marché, l'expression d'un nouvel humanisme. Les libertés fondamentales sont certes indispensables à la protection de la dignité et de l'intégrité de tout être humain, mais elles se heurtent, dans leur généralité et leur abstraction, au cloisonnement d'Etats et de sociétés, façonnés par une histoire et des codes culturels très différenciés. La démocratie pourrait en fait conduire à un renforcement des particularismes, à l'occasion des élections.

Le défi principal, comme cela a été démontré notamment dans l'affaire du Kurdistan, est de concilier la consolidation nécessaire des Etats et leur regroupement, avec une libre détermination culturelle des entités existantes en leur sein, de manière à contenir les velléités secessionnistes et l'émiettement anarchique de souverainetés incapables, en elles-mêmes, de faire face à des responsabilités internationales.

UNIVERSALISM AND REGIONALISM FROM THE PERSPECTIVE OF THE WORK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

James Crawford

1. Tensions between Universalism and Regionalism¹

The diversity of the world is evident to any observer. That diversity is not just physical—a function of geography, climate and ecosystems

¹ Useful items in the vast literature on universalism and regionalism in modern international law are few, but they include: M. Bos, "L'universalité du droit des gens: postulat et programme", *Netherlands International Law Review*, vol. 6 (1959), p. 62; J. H. F. van Panhuys, "Regional or General International Law? A Misleading Dilemma", *ibid.*, vol. 8 (1961), p. 146; A. D'Amato, "Consent, Estoppel and Reasonableness: Three Challenges to Universal International Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 10 (1969), p. 1; A. Bozeman, *The Future of Law in a Multicultural World* (Princeton, NJ, Princeton University Press, 1971); R. P. Anand, ed., *Asian States and the Development of Universal International Law* (Delhi, Vikas Publications, 1972); W. Wengler, "La crise de l'unité de l'ordre juridique international", in *Mélanges Rousseau* (Paris, Pedone, 1974), p. 329; Société française pour le droit international, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, Colloque de Bordeaux* (Paris, Pedone, 1977); K. Wilk, "International Law and Ideological Realignment: Universality Reexamined", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 10 (1978), p. 463; R. Dolzer, "Universalism and Regionalism" in A. Grahl-Madsen and J. Toman, eds., *The Spirit of Uppsala* (Berlin, de Gruyter, 1984), p. 513; D. Schindler, "Regional International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland, 1984), vol. 7, p. 404; L. C. Green, "Is there a Universal International Law Today?", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 23 (1985), p. 3; V. S. Vereshchetin and G. M. Danilenko, "Cultural and Ideological Pluralism and International Law", *Jahrbuch für Internationales Recht*, vol. 29 (1986), p. 56; "The Challenge of Universality", *The American Society of International Law, Proceedings of the 83rd Annual Meeting* (1989), p. 547; D. A. Westbrook, "Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order", *Virginia Journal of International Law*, vol. 33 (1993), p. 819; and G. Abi-Saab, "International Law and the International Community: The Long Road to Universality", in *Essays in Honour of Wang Tieya* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994), p. 31. There is of course a historical question about the development of international law, and the extent of its continuity with earlier forms of inter-State relations: see, e.g., C. H. Alexandrowicz, "Doctrinal Aspects of the Universality of the Law of Nations", *BYIL*, vol. 37 (1962), p. 506; R. Ago, "Pluralism and the Origins of the International Community", *Italian Yearbook of International Law*, vol. 3 (1977), p. 3; G. M. Badr, "A Historical View of Islamic International Law", *REDI*, vol. 38 (1982), p. 1; and Y. Onuma, "Eurocentrism in the History of International Law", in Y. Onuma, ed., *A Normative Approach to War* (Oxford, Clarendon Press, 1993), p. 371. The issues discussed in the present

—or cultural—arising from a plurality of peoples with their own histories, traditions and beliefs. It is evident also in the domain of law, despite the unifying influences of the major legal traditions.²

At the level of international relations, diversity is perhaps less pronounced. The reasons for this include the limited number of actors (States, public international organizations, even international non-governmental organizations with a significant profile), the tendency for a smaller number of actors still to set the major agendas for debate and the use of a more or less common set of ideas.³ One might add, too, the socializing tendency of intergovernmental diplomacy, and, more fundamentally, the complex, diffuse but undeniable effects of “globalization” which has accentuated the trend towards relative uniformity in recent years.⁴

Nonetheless even at the international level there have always been significant divergences of policy, interest and approach amongst States and groups of States. The historic divisions between nations in the modern period (colonizers and colonized, socialist and non-socialist, first and third world, aligned and non-aligned, developed and developing) have had their effects. Those divisions have been accompanied at various times by such ideological outriders as the distinction between “civilized” and “uncivilized” nations,⁵ the idea of “socialist”

chapter are on the whole independent of the answer one gives to the historical question.

² The effect of those traditions in *entrenching* distinctive underlying attitudes and modes of legal reasoning has also been emphasized. See P. Legrand, “European Legal Systems Are Not Converging”, *ICLQ*, vol. 45 (1996), p. 52.

³ On the common “stock of concepts”, see I. Brownlie, “The Expansion of International Society: The Consequences for the Law of Nations”, in H. Bull and Adam Watson, eds., *The Expansion of International Society* (Oxford, Clarendon Press, 1984), pp. 357-358.

⁴ On the phenomenon of globalization generally, see M. Waters, *Globalization* (London, Routledge, 1995); P. Hirst and G. Thompson, *Globalization in Question* (Cambridge, Polity Press, 1996). For its implications in terms of international structures, see D. Held, *Democracy and Global Order* (Cambridge, Polity Press, 1995).

⁵ The distinction had some currency in the later nineteenth century: see, e.g., J. Hornung, “Civilisés et Barbares”, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 17 (1885), pp. 5-18, 447-470 and 539-560; *ibid.*, vol. 18 (1886), pp. 188-206 and 281-298. It has been argued that in *some* form it is even necessary today. See G. W. Gong, *The Standard of Civilization in International Society* (Oxford, Clarendon Press, 1984). It is echoed, of course, in the reference to “civilized nations” in article 38, paragraph 1 (c), of the Statute of the International Court (itself repeated by the International Law Commission in the 1958 Model Rules on Arbitral Procedure, article 10). In the *Western Sahara* case the Court itself plainly rejected “civilization”, in preference to “social organization”, as a criterion for the capacity of a society to hold rights over territory. *I.C.J. Reports 1975*, p. 12.

international law,⁶ and the claim to a special status for the international law of decolonization and of development.⁷

Alongside struggles at a more or less "global" level by reference to these and other polarities, there has been a continuous development of special, and especially regional, approaches and institutions. This reflects the fact that although the situation of every State or nation may be attributed to its "place in the world", that "place" tends first of all to be seen in terms of its immediate neighbours and its own region. Moreover in many cases the things which Governments and officials spend most time on, and which they can do most to affect, tend to be issues relating to neighbours or to the region. Even when the focus is on matters of apparently universal concern, the approach of many Governments is likely to be profoundly affected by regional postures and implications—and not only in such contexts as minority rights or the non-navigational uses of international watercourses. Thus, in addition to earlier claims to "regional international law" in the Americas,⁸ the period since 1945 has seen the active and often vigorous development of regional approaches to peace and security,⁹ human rights,¹⁰ the marine environment,¹¹ exploitation of marine natural

⁶ See J. N. Hazard, "Socialism and International Public Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 23 (1985), p. 251, and works there cited. See also A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford, Clarendon Press, 1986), pp. 109-115.

⁷ Cassese, *op. cit.*, (footnote 6 above), pp. 115-123; M. Bedjaoui, "Non-alignment et droit international", *Recueil des cours... 1976-III*, vol. 151, p. 337; "Towards a New International Economic Order" (Paris, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 1979); R. Rich, "The Right to Development: A Right of Peoples?", in J. Crawford, ed., *The Rights of Peoples* (Oxford, Clarendon Press, 1988), p. 39; and S. K. Chatterjee, "International Law of Development", *Encyclopedia of Public International Law, op. cit.* (footnote 1 above), vol. 2, p. 1247.

⁸ See, e.g., J. A. Barberis, "International Law, American", *Encyclopedia of Public International Law, op. cit.* (footnote 1 above), vol. 2, p. 1178. See further below, text at notes 70-83.

⁹ See Charter of the United Nations, Chapter VIII, the various regional arrangements and alliances, and the attempts to develop regional security doctrines during the Cold War. See W. Rogers and W. M. Reisman, "The Brezhnev Doctrine and the Reagan Doctrine: Apples and Oranges?", *The American Society of International Law, Proceedings of the 81st Meeting* (1987), p. 561. There has been a significant regional involvement in some "peace-keeping" issues (e.g., Liberia, Haiti), and the European Community asserted priority of concern at various stages of the Yugoslav crisis.

¹⁰ Through the parallel development of regional human rights protection systems in Europe (1950), the Americas (1969) and Africa (1981).

¹¹ As in the "regional seas" conventions. See, e.g., B. Boer, "Environmental Law and the South Pacific: Law of the Sea Issues", in J. Crawford and D. Rothwell, eds., *The Law of the Sea in the Asian Pacific Region* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995), p. 67.

resources,¹² the settlement of disputes,¹³ disarmament (especially in the nuclear field),¹⁴ and of course economic development and free trade.¹⁵

One cannot but stress also the underlying economic differences between countries and regions, the problems of continued underdevelopment, especially in Africa and parts of Asia,¹⁶ of internal armed conflict and associated displacement of persons,¹⁷ and of the influence of different religious beliefs.

The underlying diversity of nations and the tendency to regionalism even in respect of areas, such as human rights, where universal values would appear to be at stake, raises significant tensions for international law and may even call in question its claim to "universality".¹⁸

¹² E.g., the role of regional fisheries agencies under the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks of 4 August 1995, document A/CONF.164/38, articles 9-13, 17.

¹³ E.g., Convention on Conciliation and Arbitration within the Conference on Security and Cooperation in Europe, 15 December 1992, *ILM*, vol. XXXII (1993), p. 551.

¹⁴ E.g., the regional nuclear weapon free zones treaties: Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, Tlatelolco, 14 February 1967, United Nations, *Treaty Series*, vol. 634, p. 281; South Pacific Nuclear Free Zone Treaty, Rarotonga, 6 August 1985, *ILM*, vol. XXIV (1985), p. 1440; Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone, 15 December 1995, *ibid.*, vol. XXXV (1996), p. 635; and African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty, Cairo, 11 April 1996, *ibid.*, p. 698. Note the qualified use made of these treaties by the International Court in the 1996 advisory opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *ibid.*, pp. 825-826, paras. 62-63 (the existence of these treaties gives rise to an *a contrario* argument with respect to deployment and testing of weapons elsewhere).

¹⁵ There is a proliferation of regional economic development and free trade areas: the European Communities, the European Free Trade Association, the North American Free Trade Agreement, the Southern Cone Common Market (MERCOSUR), the Common Market for Eastern and Southern Africa, etc. In the period 1990-1994, 33 new regional economic agreements were notified to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT): see *GATT Activities 1994-1995* (Geneva, World Trade Organization, 1996), p. 99. The number in the whole period 1948-1994 was 106: see GATT, *Guide to GATT Law and Practice*, 6th ed. (Geneva, 1995), vol. 2, pp. 858-870.

¹⁶ See United Nations Development Programme, *Human Development Report 1996* (New York, Oxford University Press, 1996).

¹⁷ G. Loescher, "International Security and Population Movements", in R. Cohen, *The Cambridge Survey of World Migration* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995), p. 557.

¹⁸ In this essay I use the term "regionalism" in a broad and no doubt inexact sense, to include claims to special treatment by reference to (or regulatory systems based on) historical, economic or geographical sub-classifications of States. "Particularism" might be a better term, but for its pejorative implications.

2. Universalist Assumptions and the Work of the International Law Commission

By contrast, the tension between general international law and regional systems and values has found little echo in the work of the International Law Commission, and this notwithstanding the substantial range of areas of international law the Commission has canvassed since 1949. The very first instrument produced by the Commission was the Draft Declaration on Rights and Duties of States. It proclaimed that "the States of the world form a community governed by international law".¹⁹ It set a tone of resolute universalism, which has been followed by the Commission ever since. So much so that the issue of regionalism is mostly not raised in the Commission's texts; it has no purchase as an idea.

This can be seen, for example, from a comparison of the four 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, which were drafted on the basis of the Commission's work, and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, which was not.

The 1958 Conventions are framed almost entirely by reference to general categories: they refer to "all States", to "all nations", to "generally accepted international standards", and so on. They make few concessions to regional particularities. The only important exception occurs in the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, under which, in drawing straight baselines, account may be taken "of economic interests peculiar to the region concerned, the reality and the importance of which are clearly evidenced by a long usage".²⁰ Other concessions to regionalism are very minor. There is recognition of the need for "mutual regional arrangements... with neighbouring States" for search and rescue services in the field of maritime safety.²¹ There is limited recognition that a State may have a special interest in conservation of living resources in an area of the high seas even though its nationals do not fish there;²² otherwise, non-

¹⁹ Draft Declaration, preambular paragraph 1; *Yearbook... 1949*, p. 287. The Draft Declaration was "commended" to States and jurists without further result: see General Assembly resolution 375 (IV) of 6 December 1949; and General Assembly resolution 596 (VI) of 7 December 1951.

²⁰ Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone of 29 April 1958, United Nations, *Treaty Series*, vol. 516, p. 205, article 4, paragraph 4. This is a nearly verbatim quotation from the International Court's endorsement of regional fishing interests in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, *I.C.J. Reports 1951*, p. 133. It is repeated in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, article 7, paragraph 5. For discussion, see *infra*, text to notes 84-87.

²¹ Convention on the High Seas of 29 April 1958, article 12, paragraph 2, United Nations, *Treaty Series*, vol. 450, p. 11.

²² Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas of 29 April 1958, article 8, paragraph 1, *ibid.*, vol. 559, p. 185.

discriminatory conservation measures focus on areas adjacent to the territorial seas of coastal States and to the position of the coastal State with respect to such areas.²³

The reserved approach taken to particularistic claims can also be seen in the language of article 7, paragraph 6, of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, referring to "so-called 'historic' bays", without further specification.²⁴ By the same token there are in the 1958 Conventions few simply arbitrary limitations based on distance or other considerations and introduced to deal with specific claims or positions.

The diplomatic provenance of the 1982 Convention and the overt compromises it sought to make between conflicting economic interests, many of them conceived in local, regional or bloc terms, produced a text of a very different character. There are many special provisions for developing countries.²⁵ There is recognition in specific contexts of a wide range of special interests including, for example: coastal States with deltas or other unstable coastlines;²⁶ straits States where the strait in question is formed by the mainland and one of its islands (as distinct from an island of another State, or two parts of the mainland, or two islands);²⁷ certain archipelagic States (but not non-State archipelagos such as Hawaii);²⁸ land-locked²⁹ and "geographi-

²³ There is a very limited exception to the principle of non-discrimination in article 13, paragraph 1, which relates to long-standing "fisheries conducted by means of equipment embedded in the floor of the sea". Even then, access must be non-discriminatory unless "such fisheries have by long usage been exclusively enjoyed" by the nationals of the coastal State.

²⁴ The term "so-called" was preserved in the 1982 Convention on the Law of the Sea, article 10, paragraph 6. One reason for suspicion of "historic" claims is the feeling that only certain States are in a position to make such claims. See D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea* (Oxford, Clarendon Press, 1982), vol. 1, pp. 424-426.

²⁵ 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, articles 61, paragraph 3; 62, paragraphs 2, 3 and 4 (a); 82, paragraphs 3 and 4; 119, paragraph 1 (a); 140; 143, paragraph 3 (b); 144, paragraphs 1 (b), 2 (a) and 2 (b), and 148. There is also special provision for developing land-locked and geographically disadvantaged States in certain circumstances: articles 69, paragraphs 3 and 4 and 70, paragraphs 4 to 6 (but subject to articles 71, 82, paragraph 4, and 148. The least developed States receive certain additional consideration (article 82, paragraph 4).

²⁶ 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, article 7, paragraph 2.

²⁷ *Ibid.*, article 38, paragraph 1.

²⁸ *Ibid.*, Part IV. On the arbitrary character of the definition of "archipelago" and of permitted "archipelagic baselines" see, e.g., J. Crawford, "Islands as Sovereign States", *ICLQ*, vol. 38 (1989), pp. 296-297.

²⁹ 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Part X. In one sense the right of access to the sea of landlocked States is a "universal" rather than a particular or regional issue in the sense in which these terms are used in this essay. The class of land-locked States possesses no other common feature than not having a coastline, and their access to maritime trade might be thought a problem

cally disadvantaged" States;³⁰ and States with broad continental margins.³¹ Other articles reflect the defeat of particular interests—e.g., of claimants to maritime zones based on sovereignty over "rocks" (as distinct, apparently, from sand eays).³² By contrast the provisions of the 1982 Convention which are based on the 1958 texts are freer of such forms of special interest recognition or non-recognition.

This is not to imply a categorical criticism of the legislative technique adopted by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea and embodied in the 1982 Convention, although some of its specific provisions can only be described as arbitrary.³³ The requirements of the "package deal" and the avowedly economic and strategic character of the main interests at stake were such that no other procedure could have produced general agreement. But it does suggest that there may be an important difference between the role of diplomatic forums and that of the International Law Commission even in the initial *formulation* of texts.

A briefer review of the other work of the Commission reveals the same pattern as that shown in its preparation of the 1958 Conventions.

In only one of its texts—the draft articles on Most-Favoured-Nation Clauses (1978)—did the Commission use the term "developing State" as a category, although without any definition.³⁴ The decision

of general significance. In practice, however, the claim to access may be controverted and governed by "local custom" (see the case concerning *Right of Passage over Indian Territory*, discussed at note 83 below). The impetus for article 3 of the Convention on the High Seas of 29 April 1958—the precursor of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Part X—came not from the Commission but from a special conference of land-locked States (document ACONF.13/C.5/L.1). See L. C. Caflisch, "Land-locked States and their Access to and from the Sea", *BYIL*, vol. 49 (1978), pp. 71, 81. Similarly the Convention on Transit Trade of Land-locked Countries of 8 July 1965, United Nations, *Treaty Series*, vol. 597, p. 3, was sponsored by the United Nations Conference on Trade and Development and did not involve the Commission.

³⁰ 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, article 70.

³¹ *Ibid.*, article 76, paragraphs 4 to 7; but subject to a complex contribution formula in article 82. There is a "Statement of Understanding" which relates to the southern part of the Bay of Bengal.

³² *Ibid.*, article 121, paragraph 3 (the "Rockall" clause).

³³ P. Allott, "*Mare Nostrum: A New International Law of the Sea*", *AJIL*, vol. 86 (1992), p. 776 suggests that with the 1982 Convention the international law of the sea in some respects ceased to be merely "the international aggregate of aggregated national interests". That is true only to a very limited degree; the Convention might equally be regarded as a high point in the cumulative trading of special claims and interests. But see *ibid.*, pp. 784-785, for a more generous view.

³⁴ "Developing States" are referred to as a category in articles 23, 24 and 30. For the text of the draft articles, see United Nations, *The Work of the International Law Commission*, 5th ed., Sales No. E.95.V.6, p. 184. As with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, there is no definition of the term in the definition clause (article 3).

to do so was contested and was reported to the General Assembly in the following terms:

“In discussing the question of the operation of the most-favoured-nation clause in trade relations between States at different levels of economic development, the Commission was aware that it could not enter into fields outside its functions and was not in a position to deal with economic matters and suggest rules for the organization of international trade. Nevertheless, it recognized that the operation of the clause in the sphere of economic relations with particular reference to the developing countries posed serious problems, some of which related to the Commission’s work on the topic...

As a result of its consideration, the Commission found that the operation of the clause in the sphere of economic relations with particular reference to the developing countries is not a matter that lends itself easily to codification of international law in the sense in which this term is used in the Statute of the Commission because the requirements for that process, as described in article 15 of the Statute, namely, extensive State practice, precedents and doctrine, are not easily discernible. The Commission has therefore attempted to enter into the field of progressive development and has adopted articles 23 and 24. It also adopted article 30 in the hope that further development may take place in this field in the future...”³⁵

Actually, articles 23 and 24 are rather anodyne, depending entirely on the consent of the affected States, while article 30 lacks specific content.³⁶ In the event, for various reasons, the draft articles were never submitted to a diplomatic conference but were effectively “shelved” in 1991.³⁷

In its two related texts on State succession, which became the bases for the two Vienna Conventions of 1978³⁸ and 1983,³⁹ the Commission adopted provisions markedly favourable to States emerging

³⁵ *Yearbook... 1978*, vol. II (Part Two), pp. 12-13, paras. 53-54. For the debate, see *Yearbook... 1978*, vol. I, pp. 99-102, 115-117, 170-171 and 241-248.

³⁶ Articles 23 and 24 are concerned with special preferences to developing countries in accordance with generally accepted preferences adopted by competent international organizations (such as GATT or the European Community), or by the States in question. Article 30 leaves open the possibility of “the establishment of new rules of international law in favour of developing countries”.

³⁷ See General Assembly decision 46/416 of 9 December 1991; *The Work of the International Law Commission*, *op. cit.* (footnote 34 above), p. 87.

³⁸ Vienna Convention on State Succession in respect of Treaties, 23 August 1978, United Nations publication, Sales No. F.79.V.10.

³⁹ Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, 8 April 1983, document A/CONF.117/14.

from decolonization—a category referred to as “newly independent State”.⁴⁰ The two Conventions, and especially that of 1983, gave substantial scope to newly independent States to decide on the extent and modalities of succession, as compared with other apparently similar situations including the separation of part of a State.⁴¹ Partly for those reasons the texts were heavily criticized and by 1995 had not yet entered into force.⁴²

In no other text yet adopted by the Commission is there any recognition of special sub-categories of States such as “developing” or “newly independent”. On the other hand, the Commission’s texts take as given the existence of the “international community of States as a whole”. Indeed they sometimes refer to that community in so many words—for example, in the definition of peremptory rules of general international law (*jus cogens*) in article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, as well as in its equivalent provision for treaties of international organizations, article 53 of the 1986 Convention.⁴³ The preamble of the 1994 draft Statute for an International Criminal Court refers to the purpose of the Court as dealing with the “most serious crimes of concern to the international community as a whole”.⁴⁴ Article 19 of the draft articles on State responsibility “defines” the controversial category of international crimes in terms of violations of norms so fundamental that their breach “is recognized as a crime by [the international] community as a whole”.⁴⁵ A similar

⁴⁰ A term “newly independent State” is defined in article 2, paragraph 1 (f), of the 1978 Convention as a State which was previously a “dependent territory for the international relations of which the predecessor State was responsible”. See also 1983 Convention, article 2, paragraph 1 (e). In neither Convention is the term “dependent territory” defined. For the evolution of these texts in the Commission, see J. Crawford, “The Contribution of Professor D. P. O’Connell to the Discipline of International Law”, *BYIL*, vol. 51 (1980), pp. 31–44.

⁴¹ See e.g. 1978 Convention, articles 16–17 (newly independent States), 34 (separation of part of a State); 1983 Convention, articles 15, 28, 38 (newly independent States) as compared with articles 17, 30 and 40 (separation of part of a State).

⁴² As at 31 December 1995, the 1978 Convention had 14 Parties; the 1983 Convention had 4 Parties.

⁴³ Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations of 20 March 1986, document A/CONF.29/13. There is evidently not thought to be an “international community of States and international organizations”.

⁴⁴ See *The Work of the International Law Commission*, *op. cit.* (footnote 34 above), p. 214 (second preambular paragraph). By inference the community is not exclusively composed of States.

⁴⁵ Under article 40, paragraph 3, all States are *ipso facto* injured by a breach of such a norm. Contrast, however, the qualification added by the International Law Commission in 1996 (Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, p. 141, note *) to the effect that alternative phrases such as “exceptionally serious wrongful act” could be used instead of

assumption of universal interest underlies the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, finally adopted in 1996,⁴⁶ although the draft articles and commentary offer very little idea of "the exact contours" of that concept.⁴⁷

These examples of reference to "the international community as a whole" draw disproportionately on the category of "superior norms".⁴⁸ But the basic point would remain valid even if one confined the inquiry to "ordinary" rules of international law embodied in Commission texts. It is true that in a number of instances the diversity of national legal and social systems is expressly referred to.⁴⁹ But these differences are invoked as *reasons* for the adoption of general rules in such fields as diplomatic and consular relations and the law of treaties. And it may be significant that the express references to political and social differentiation are made in those instruments where the principle of reciprocity and the claims of universalism are strongest. In short, the Commission has characteristically dealt in "universals",⁵⁰ in the sense of norms affecting all States, or at least all relevant States having regard to the terms and object of the norm in question (all coastal States, all host States, etc). With only a few exceptions (and those for texts that have not come into force) it has avoided partial and particularistic categories.

"international crime". But on what basis can it be said that all States are necessarily injured by "exceptionally serious wrongful acts"? Apart from anything else this tends to confuse the issue of the status of a norm and the character of its breach.

⁴⁶ *Ibid.*, chap. II.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 15, para. 4.

⁴⁸ See P. Weil, "Toward Relative Normativity in International Law?", *AJIL*, vol. 77 (1984), p. 443.

⁴⁹ The preambles of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations (para. 3) and the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (para. 4) claim that the Conventions will "contribute to the development of friendly relations among nations, irrespective of their differing constitutional and social systems". The preamble to the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (para. 2) refers to treaties as "a means of developing peaceful cooperation among nations, whatever their constitutional and social systems". The point was echoed by the International Court in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *I.C.J. Reports 1980*, p. 24 ("essential for the maintenance of peaceful relations between States and accepted throughout the world by nations of all creeds, cultures and political complexions"). To similar effect Judge Lachs, *ibid.*, p. 48; Judge Morozov (dissenting), *ibid.*, p. 51; and Judge Tarazi (dissenting), *ibid.*, pp. 58-59.

⁵⁰ In some cases at the expense of any *content* of the universal norm in question. See F. Morgenstern, "International Legislation at the Crossroads", *BYIL*, vol. 49 (1978), p. 114 (referring to "superficially uniform provisions devoid of real content"). An extreme example of a "universal" norm effectively void of content is article 2 of the 1996 draft articles on State responsibility: "Every State is subject to the possibility of being held to have committed an internationally wrongful act entailing its international responsibility".

A number of reasons for this may be suggested, more or less obvious. The Commission is a subordinate organ of the United Nations, the prototype of the universal international organization. Under its Statute, the Commission's object is "the promotion of the progressive development of international law and its codification".⁵¹ "International law" is seen here as a global system, and the Commission is to be appropriately constituted to deal with it: "in the Commission as a whole representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured".⁵² It is true that with the Commission's enlargement to 34 members in 1981, the Statute was amended formally to recognize the existence of regional groups.⁵³ But according to a strong internal tradition these have no substantive significance. In the recent practice of the Commission this tradition largely holds true. Overt appeals to particularist or regional constituencies are frowned on, and the idea that the Commission for the purposes of deliberation has no regional groups is emphasized, in particular, by senior Latin American members whose own region is perhaps most associated with the idea of regional international law.

Beyond the terms of the Statute itself and the generality of the Commission's mandate lie other considerations. The Commission's greatest successes have been in areas where the general reciprocity of States is strongest, and the "situational" distinctions between different groups or categories of States are weakest or most variable. Such areas include, in particular, the law of treaties, diplomatic and consular relations, and aspects of the law of the sea (the territorial sea and high seas; to a lesser extent, the continental shelf). Contrast such topics as the most-favoured-nation clause, or fisheries beyond territorial waters, where the divergences of interest are sharper and the Commission's success has been much less.⁵⁴ It may also be significant that the Commission made no attempt to develop another such area in which it had been specifically asked by the General Assembly to do further work—the question of historic waters (including historic bays).⁵⁵

⁵¹ Article 1, paragraph 1.

⁵² Article 8 of the Statute. The Commission's mandate potentially extends to "the whole field of international law" (article 18). In practice there have been a number of "no go" areas (e.g., legal personality and recognition, the relations between international and national law), and these may even be increasing.

⁵³ Article 9 of the Statute, as amended by General Assembly resolution 36/39 of 18 November 1981.

⁵⁴ It is a mark of the different "climate" of international law-making in the 1950s that the third Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas was nonetheless concluded and came into force, although it attracted fewer parties than the other three conventions.

⁵⁵ The Commission was asked to work on "the juridical regime of historic waters, including historic bays" by General Assembly resolution 1453 (XIV) of

Of course "regionalism", however broadly defined, is not the only relevant factor. If the crucial determinant of success in relation to any topic is whether there is a general balance of rights and responsibilities as between States parties or potential parties to the convention in question, it remains the case that such a balance may not exist even in respect of subjects of "universal" concern. The point may be illustrated by the history of the Commission's work on relations between States and international organizations. The first part of its work on that topic led to the adoption of the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character.⁵⁶ As its title indicates, that Convention is limited to international organizations "of a universal character", as distinct from regional or other limited multilateral organizations.⁵⁷ Yet even in the context of such "universal" organizations there is a lack of reciprocity as between different groups of interested States. While all States have an interest in establishing due freedom for international organizations and due protection for their representatives to those organizations, only host States have to strike the balance between these freedoms and considerations of their own public policy—the extent of immunities from jurisdiction, control over immigration and such matters. As one of the critics of the 1975 Convention (and of the Commission's preliminary work) pointed out,

"the basic division of interests had become clear well before the Conference started. On the one side was the small number of significant host States, most of them by coincidence affluent Western countries, and on the other side the overwhelming majority of States which were primarily sending States. Unlike the previous codification conferences on questions of privileges and immunities, at the 1975 Conference there was no substantial reciprocity of interests between sending States and receiving States. Although, as was stated several times during the Conference, every State is potentially a host State, most delegations at Vienna chose to see themselves primarily as sending States and were therefore more disposed towards an expansion of privileges and immunities than a contraction. Well-founded objections from host States that a convention which did not adequately take

7 December 1959; a preliminary study was done (*Yearbook... 1962*, vol. II, pp. 1-26), but the Commission eventually decided not to proceed, on the ground *inter alia* of "political problems" as well as lack of urgency (*Yearbook... 1967*, vol. II, p. 369, para. 45; see also *Yearbook... 1967*, vol. I, p. 249, para. 85).

⁵⁶ Document A/CONF.67/16.

⁵⁷ For the definition of "international organizations of a universal character" see article 1, paragraphs 1 and 2, which, in addition to the United Nations and its specialized agencies and the International Atomic Energy Agency extends to "any similar organization whose membership and responsibilities are on a worldwide scale".

account of their interests was hardly likely to attract the necessary support went largely unheeded".⁵⁸

Such predictions of the failure of the Convention have proved justified by events.⁵⁹

There were other factors at play in the Commission's failure to deal with relations between States and non-universal, especially regional, organizations. The principal reason for not dealing with such organizations in the first stage of the work was said to be the problem of "recognition by and relationship with non-member States, which would require the formulation of particular rules peculiar to these organizations".⁶⁰ This was seen as a particular problem in light of the policy of the Soviet Union and its allies not to recognize the European Communities.⁶¹ To judge from the debates, however, the "diversity" of regional organizations seems to have come down to this particular

⁵⁸ J. G. Fennessy, "The 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character", *AJIL*, vol. 70 (1976), p. 65.

⁵⁹ Or rather, non-events. As at 31 December 1995, the Convention was not yet in force, although 30 of the required 35 ratifications had been deposited. No international organization has yet decided to implement the Convention under article 90, nor has any major host State ratified the Convention. Both steps are required by article 2 for the application of the Convention in any case.

⁶⁰ A. El-Erian, "Scope and order of future work on the subject of relations between States and inter-governmental organizations", *Yearbook... 1963*, vol. II, p. 186, document A/CN.4/L.103, para. 2; see also his comments in *Yearbook... 1963*, vol. I, p. 298, para. 109. El-Erian was clearly opposed to dealing with regional organizations, on the ground *inter alia* "that regional organizations were so diverse that uniform rules applicable to all of them could hardly be formulated". *Yearbook... 1967*, vol. II, p. 139, para. 37; see also *ibid.*, pp. 148-149. Ago had tentatively disagreed, on the basis that "from the practical point of view, relations between States and organizations of a universal character might not differ appreciably from relations between States and smaller, regional organizations". *Yearbook... 1963*, vol. I, p. 303, para. 31.

⁶¹ "Official relations" were established between the European Community and the Council of Mutual Economic Assistance by a Joint Declaration of 25 June 1988, *Official Journal of the European Communities*, 1988, L157/34, accompanied by establishment of permanent missions to the European Community by the Soviet Union and some of its Council of Mutual Economic Assistance partners. See T. Schweisfurth, "The Treaty-Making Capacity of the CMEA in Light of a Framework Agreement between the EEC and the CMEA", *Common Market Law Review*, vol. 22 (1985), p. 615. A. Toth, *The Oxford Encyclopedia of European Community Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), vol. 1, pp. 354-355, interprets these transactions as involving "non-recognition" and later "recognition" of the European Community on the analogy of the law of inter-State recognition. He infers that the concept of objective legal personality of international organizations, introduced by the Court in the case concerning *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 174, is only applicable to "universal" organizations. There is no support for this view in the advisory opinion on the *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between WHO and Egypt*, *I.C.J. Reports 1980*, p. 73, especially pp. 89-90, although that opinion did not involve relations with third parties.

problem. No other very plausible illustration was given of the diversity of practice.⁶² Moreover to focus only on universal organizations tended to ignore the difficulty that it was precisely for such organizations that issues of representation had been resolved in an earlier generation of agreements—in particular the Conventions of 1946 and 1947 concerning the United Nations and its specialized agencies.⁶³ As against the Commission's draft articles which became the 1975 Convention, these earlier agreements would prevail as *lex specialis*.⁶⁴

Thus, the *a priori* exclusion of regional organizations in the first phase risked depriving the Commission's work of much of its utility, and may have contributed to the lack of balance later shown in the consideration of the draft. Many more States are host States of regional than of universal organizations. Paradoxically, to confine the text to "international organizations of a universal character" made the legislative process more divisive than it might have been had the full range of organizations, including regional and limited multilateral organizations, been covered.⁶⁵

Perhaps for such reasons, the Commission in considering the second part of the topic of relations between States and international organizations appeared initially more receptive to the idea of including regional and other organizations of limited membership, although the Special Rapporteur continued to voice his by now standard objections.⁶⁶ In the event, however, no substantial consideration was given to the question of regional organizations in the rather epi-

⁶² The Special Rapporteur frequently referred to the observation that "some regional organizations had their own codification organs and it was undesirable that the Commission should invade the field assigned to them". See e.g., *Yearbook... 1967*, vol. II, p. 139, para. 37. In fact only a small minority of such organizations have legal committees with equivalent functions to the International Law Commission, and none of those committees was working on issues of representation.

⁶³ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1, p. 15, and Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of 21 November 1947, *ibid.*, vol. 33, p. 261.

⁶⁴ See 1975 Convention, articles 3, 4 (a). In effect the Commission was drafting a *lex generalis* for a specified group of organizations each of which had its *lex specialis*. References to the comparative uniformity of organizations within the United Nations system failed to confront this fact.

⁶⁵ Article 2, paragraph 4, of the 1975 Convention envisages that its rules may be made applicable to non-universal organizations by agreement, but this would have been possible in any event.

⁶⁶ See A. El-Erian, second report on the second part of the topic of relations between States and international organizations, *Yearbook... 1978*, vol. II (Part One), pp. 281-282, document A/CN.4/311 and Add.1 ("so diverse that uniform rules applicable to all of them could hardly be formulated... better to leave those regional organizations great latitude to settle their own relations with Governments... some regional organizations had their own codification organs and it was undesirable that the Commission should invade the field assigned to them").

sodic work done by the Commission in the period before 1992,⁶⁷ when the second part of the topic was shelved.⁶⁸

This suggests that to achieve balance in the process of codification and progressive development it is desirable to canvass the full range of cases, and that artificially limiting the scope of work to “universal” issues or institutions may distort the range of relevant considerations. After all, there are few true universals in international law—there is, for example, still no “universal treaty”.⁶⁹

To summarize, the Commission’s record reveals not merely an absence of reference to the issues of regionalism but even a deliberate attempt to eschew any such ideas—what I have described as a resolute universalism. Yet, as we have seen, regionalism has long been an important phenomenon in international relations. If the end of the Cold War marked the end of a phase of competing blocs, regionalism in other areas may have become more significant. But if one could write a history of normative developments at the international level in terms of the tension or dialectic between universalism and regionalism, the point is that a history of the contribution of the Commission to those developments would be one-sided, or even wholly lacking. In conformity with its Statute and mandate, the Commission has worked entirely on the assumption of universalism.

3. The Accommodation of Regional Differences in International Law

It is useful to compare the record of the Commission in this regard with that of the International Court, despite the many differences between the two. In particular, the Court is a judicial body, whose function, especially in contentious cases, is to pronounce on specific issues of international law arising in the context of specific disputes between the States Parties, rather than to develop new rules of international law in a “pre-legislative” mode. Thus, the Court might be expected to be sympathetic to considerations based on the particular interests or affiliations of the Parties, including, where relevant, the regional aspects of their dispute. But—while very sensitive to the attitudes of the individual States concerned, and thus to questions of consent, acquiescence and recognition on their part—the Court has been reluctant to attribute any

⁶⁷ See the differing views expressed in *Yearbook... 1985*, vol. II (Part One), pp. 106-107; *Yearbook... 1987*, vol. I, pp. 193, 195-198, 200-202 and 205. It was concluded that “only international organizations of a universal character should be included. Regional organizations could be dealt with at a later stage.” *Yearbook... 1989*, vol. II (Part One), pp. 154-155.

⁶⁸ The decision to discontinue the topic *sine die* is reported in *Yearbook... 1992*, vol. II (Part Two), p. 53.

⁶⁹ In the sense of a treaty to which all States in the world without exception are parties. The closest is the Statute of the International Court (187 States Parties).

legal significance to regional considerations as such. On the contrary, it has seen particular cases with regional overtones very much through the prism of general international law. General international law has provided the overall (and even overriding) framework within which particular issues of a region have been viewed.

This is certainly true of the one case in the history of the modern Court in which regional international law was expressly relied on as such, the *Asylum* case.⁷⁰ The decision is too well known to require detailed analysis, but the following points may be made.

First, the Court approached the issue against the background that any extension of the right to grant diplomatic asylum was a derogation from the territorial sovereignty of the receiving State, and had to be strictly proved.⁷¹ Other principles of general international law—the principles that a State may not conclusively determine the scope of its international rights or obligations,⁷² that it should respect the laws and institutions of the receiving State,⁷³ and that it should not interfere in the latter's internal affairs⁷⁴—had also to be taken into account before any "exceptional" right of the granting State could be recognized.

These considerations militated against the recognition of the special rights claimed by Colombia, as well as against a broad interpretation of the applicable treaties.⁷⁵ They seem also to have been decisive in the majority's finding that on the facts Haya de la Torre's claim for asylum was not "urgent" anyway.⁷⁶ The Court's approach is usefully compared with that of the six judges who dissented on the latter point, and who stressed the strong regional support for an extended practice of granting asylum among Latin American States.⁷⁷

⁷⁰ *I.C.J. Reports 1950*, p. 266. On the *Asylum* case, see K. Hailbronner, "Haya de la Torre Cases", *Encyclopedia of Public International Law, op. cit.* (footnote 1 above), vol. 2, p. 683.

⁷¹ *I.C.J. Reports 1950*, pp. 274-275; see also p. 284.

⁷² *Ibid.*, p. 274.

⁷³ *Ibid.*, p. 284.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 285. True, the Court referred to non-intervention as "one of the most firmly established traditions of Latin America". But it is also a principle of general international law (see p. 286), whereas the other "Latin American" practices mentioned by the Court seem to have been elaborately characterized as non-legal and were in fact discounted in its decision (e.g., p. 285: "considerations of courtesy, good-neighbourliness and political expediency"; p. 286, "an institution which, to a very great extent, owes its development to extra-legal factors... inspired by mutual feelings of toleration and goodwill"). See also *Haya de la Torre* case, *I.C.J. Reports 1951*, pp. 81 and 83.

⁷⁵ *I.C.J. Reports 1950*, p. 279.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 284.

⁷⁷ See *ibid.*, pp. 291-296 (Judge Alvarez), pp. 309-310 (Judge Badawi Pasha), pp. 321-322 (Judge Read, with whom Judge Zoričić agreed), pp. 333-338 (Judge Azevedo), and pp. 359-360 (Judge *ad hoc* Caicedo Castilla).

Secondly, the Court treated the existence of “an alleged regional or local custom peculiar to Latin American States”⁷⁸ as in effect a *bilateral* issue:

“The Party which relies on a custom of *this kind* must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding *on the other Party*. The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practiced *by the States in question*, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State... [E]ven if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has on the contrary repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerning the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum”.⁷⁹

It seems clear from this passage that, despite its invocation of Article 38, paragraph 1 (*b*), of its Statute,⁸⁰ the Court was imposing a stricter requirement of proof than would have been applied to an alleged rule of general international law.⁸¹ In the latter case it is not necessary that every State should have specifically accepted or adhered to the rule. It may be that persistent opposition can render a general rule not opposable to a given State.⁸² But the objection must be consistent and clear; a State could hardly opt out of a rule by mere abstinence (e.g. as manifested by simple failure to ratify a convention containing the rule). In the *Asylum* case what the Court saw as systematic elements of general international law (sovereignty, non-intervention, the regular enforcement of national law even against political

⁷⁸ See *ibid.*, p. 276.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 276-278 (emphasis added).

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 276-277.

⁸¹ True, the Court is not consistent in its requirements for demonstrating general international law, either: it is as capable of “deconstructing” an alleged rule as it is of constructing one. See, on the one hand, the *North Sea Continental Shelf* cases, *I.C.J. Reports* 1969, p. 3; the case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Second Phase)*, *I.C.J. Reports* 1970, p. 3; and, on the other, the advisory opinion on *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, *I.C.J. Reports* 1949, p. 174; and the case concerning the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits)*, *I.C.J. Reports* 1986, p. 6. But even in such cases it is neither necessary nor sufficient to establish that the State Party contesting the rule has or has not accepted it.

⁸² As in the *Fisheries Jurisdiction* cases, *I.C.J. Reports* 1974, p. 175. See J. I. Charney, “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, *BYIL*, vol. 56 (1985), p. 1.

offenders) overwhelmed considerations of regional custom or practice. And since the body of Latin American practice is by far the most sophisticated and generalized of the systems of regional custom in the modern era, one is inclined to say of the rest of the world—*a fortiori*.⁸³

These lessons were not lost on Norway when it sought to establish a particularistic claim to baselines in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case in the following year.⁸⁴ In that case there was no regional practice on which Norway could rely, although the history of the Norwegian claim was long enough and Norwegian practice consistent enough that a case of historic title could well have been established. But the gist of Norway's position was that under *general* international law its method of maritime delimitation was justified, having regard to the responses of States and the requirements of reasonableness. And this was the basis on which the Court upheld Norway's position.⁸⁵ The Court's well-known invocation of "certain economic interests peculiar to a region, the reality and importance of which are clearly evidenced by a long usage" followed closely upon its rejection of British arguments based on historic title.⁸⁶ These considerations were relevant not to establishing historic title in derogation from international law but to the application of general international law "to the diverse facts in question ... to the special conditions obtaining in different regions", and in particular to the coast of Norway.⁸⁷

⁸³ This is not to imply that regional or local custom can never be relied on; it is simply that it must be proved as between the particular States parties to the dispute. Conceptually it makes no difference whether the "region" consists of 2 States or 22. Compare the case on the *Right of Passage (Merits)*, *I.C.J. Reports 1960*, p. 39, where the Court denied that a local custom could only be established between three or more States. Having held a limited local custom established through long bilateral practice (pp. 40-43), it declined to consider whether a similar result would follow from any rules of general international law (pp. 43-44). The reason was that the particular practice was intended to be "governing" and would thus prevail over any general rule (p. 44).

⁸⁴ *I.C.J. Reports 1951*, p. 116.

⁸⁵ See *ibid.*, p. 131 ("all that the Court can see [in Norway's position] is the application of general international law to a specific case"), p. 133 ("an adaptation rendered necessary by local conditions").

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 130-132.

⁸⁷ See *ibid.*, p. 133. The Court went on to refer, in cumulative fashion, to "general toleration" of the Norwegian system of delimitation under the rubric of "historical consolidation" (p. 138). But it had already held that the Norwegian position was "in conformity with international law" (pp. 134-135). The question of toleration related rather to the enforcement of the Norwegian claims against particular States (e.g. p. 139). Thus it was Norway which occupied the high "general" ground and the United Kingdom and other distant States which were required to show particular grounds of opposition. Further, Norway having established the general validity of its position, the onus was on the United Kingdom to show that its application in particular localities was unjustified (pp. 142-143).

By contrast, the Court when faced with regional practice in other cases has not hesitated to assert the rule in question to be one of *general* international law. It did so, for example, in the advisory opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, basing itself on a Latin American practice of permitting reservations to multilateral treaties, and in despite of a contrary practice adopted by the League of Nations.⁸⁵ As the dissentients predicted, and the majority may have expected, this new approach was then taken up in State practice, and was systematized by the Commission itself in articles 19-23 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.⁸⁹

Another example of the incorporation into general international law of a standard first adopted at a regional level is the principle of *uti possidetis*, endorsed by the Organization of African Unity in 1964 in relation to "the borders of African States" but applied by the Court as a universal rule. Thus in the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)* a Chamber of the Court stressed that:

"the principle of *uti possidetis* seems to have been first invoked and applied in the Spanish America, inasmuch as this was the continent which first witnessed the phenomenon of decolonization involving the formation of a number of sovereign States on territory formerly belonging to a single metropolitan State. Nevertheless the principle is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs...

The fact that the new African States have respected the administrative boundaries and frontiers established by the colonial powers must be seen not as a mere practice contributing to the gradual emergence of a principle of customary international law,

⁸⁵ *I.C.J. Reports 1951*, p. 25 (League of Nations and Organization of American States practice contrasted). See the preference for the League practice in the joint dissenting opinion: pp. 34-36 (Judges Guerrero, McNair, Read, Hsu Mo); at p. 37 they explain the Latin American practice as based on "the prior agreement of the contracting parties" of the Pan-American Union. Judge Alvarez, in other contexts a proponent of Latin American international law, thought the matter covered by the "new international law" which prevailed over "old-fashioned ideas on multilateral conventions" (p. 54).

⁸⁹ More recently the claims of "universalism" in the context of human rights treaties have taken the form of insisting on the severability of certain impermissible reservations, more along the line of Judge Alvarez in the *Reservations* case. See Human Rights Committee, General Comment No. 24 on Reservations to the International Pact on Civil and Political Rights (document CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), in *International Human Rights Reports*, vol. 2 (1995), p. 10. For criticism, see A. Pellet, second report on reservations to treaties, document A/CN.4/477 and Add.1, pp. 71-87.

limited in its impact to the African continent as it had previously been to Spanish America, but as the application in Africa of a rule of general scope...

There is no doubt that the obligation to respect pre-existing international frontiers in the event of a State succession derives from a general rule of international law, whether or not the rule is expressed in the formula *uti possidetis*. Hence the numerous solemn affirmations of the intangibility of the frontiers existing at the time of the independence of African States, whether made by senior African statesmen or by organs of the Organization of African Unity itself, are evidently declaratory rather than constitutive: they recognize and confirm an existing principle, and do not seek to consecrate a new principle or the extension to Africa of a rule previously applied only in another continent".⁹⁰

It may be objected that this passage ignores important differences between the South American *uti possidetis* doctrine and the principle of intangibility of colonial frontiers post-independence as adopted by the Organization of African Unity in 1964. But the influence of the Chamber's dictum has been undeniable, and the principle of *uti possidetis* as so understood has been applied, and even extended to pre-independence situations in some subsequent practice.⁹¹

To summarize, there may be more in common in the approaches of the Court and the Commission to legal issues of a regional or particularist kind than might have been supposed from the very different structures and functions of the two bodies. So far as the Court is concerned, regional claims can be accepted if they can be accommodated within the ordinary framework of consent, acquiescence and recognition; otherwise their importance tends to be contextual only. So far as the Commission is concerned, texts are likely to be acceptable as a basis for subsequent consideration only if they can be formulated in terms of general classes of States and institutions. In any case, the international system of the modern period seems to be intolerant of the idea that there is any third category as between general international law and the legal relations of consenting States, relations conceived as not different in principle from bilateral relations. This is not to deny the fact of regional hegemony at different times and places. But to the extent that such hegemony is not embodied in treaties or

⁹⁰ *I.C.J. Reports 1986*, pp. 565-566. See further J. Crawford, "The General Assembly, the International Court and Self-determination" in *Essays in Honour of R. Y. Jennings* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), pp. 585, 601.

⁹¹ Conference on Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 3, *ILR*, vol. 92 (1992), p. 170.

otherwise clearly agreed to by the affected States,⁹² it will be extra-legal in character.

4. Conclusion: International Legal Agencies in a Highly Differentiated World

As the instances cited in this essay suggest, there is a curious dialectical relationship between universalism and regionalism or particularism so far as the formal structure of international relations is concerned. Thus the International Court in an early and influential opinion was able to infer from "the clearly universal character of the United Nations under whose auspices the [Genocide] Convention was concluded", and the quasi-universal participation in that Convention which its framers expected, the proposition that certain variations were permissible as between some of the Parties to it.⁹³ The ideal of universality could only be achieved on the basis of some allowance for disagreement on particulars.

This relationship between universality and the possibility of variation may seem paradoxical, a spurious sort of "unity in diversity". But it can also be seen as the necessary product of an attempt to conceive of and to organize a global society of States in the persistent absence of any central authority. *Mutatis mutandis*, the Commission and the Court have adopted rather similar responses to this situation. For the Court, dealing frequently with claims as between neighbouring States or States in the same region, the situation is nonetheless approached against the matrix of such general principles as sovereignty, territoriality, consent, etc., which provide a frame of reference for the assessment of particular claims. For the Commission, its texts are likely to be acceptable only if they can be presented in as general terms as possible—hence the preference for *residual* standards and the subtle variations on the residual principle which feature in the various texts.

⁹² Even where regional hegemony is embodied in treaties, universal standards relating to the use of force will prevail, whether on the basis of *jus cogens* or under Chapter VIII of the Charter (under which treaty-based enforcement action nonetheless requires Security Council approval). See B. Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 1994), pp. 679-757.

⁹³ *I.C.J. Reports 1951*, p. 21. Similarly, p. 23 (the Convention was intended to be "definitely universal in scope" therefore certain reservations must be permitted). Conversely the Vienna Convention on the Law of Treaties, article 20, paragraph 2, recognizes that treaties negotiated between a small number of States may be concluded on the basis that they will apply integrally between all the States Parties, so as to preclude reservations by any one Party not accepted by all others. The link between universal participation and the capacity for variation is here made in reverse.

But the longer term implications of this analysis for the two institutions are rather different. The fields of operation of both are confined by other specialist institutions which have proliferated in the modern period and which are tending to appropriate particular areas of "the whole field of international law".⁹⁴ That has positive features: in particular, it allows the development of specialist expertise and it may foster links with the relevant sectors of national Governments. But it also carries risks for the coherence of the international legal system.

On the other hand, in its contentious jurisdiction the Court has the great advantage of being required to work from the particular to the general (and it may be noted that its advisory jurisdiction is an increasingly limited aspect of its caseload⁹⁵). Moreover, at least in cases commenced by special agreement, the Court has the advantage that the decision to refer the matter to it usually entails that its outcome is to govern, to be determinative. The Commission shares neither of these advantages in its "pre-legislative" activity

The analogy should not be pressed too far. But the scope for new international standards of a general and reciprocal character—such as those contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties or proposed in the draft articles on State responsibility—is limited. One of the criticisms that can be levelled at the topic of "International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law" is precisely that it calls for rules at the wrong level of generality. By contrast one of the best known and most successful "moves" in the Commission's history was that, masterminded by Roberto Ago, from "primary" to "secondary" rules in the field of State responsibility.⁹⁶ Whatever view is taken about that distinction, it cannot be replicated, or even approached, in most other areas. The subsequent contrast between the progress made on State responsibility and the lack of progress made on the subject of "International

⁹⁴ See article 18 of the International Law Commission's Statute. In the case of the International Court, such bodies include ad hoc arbitral tribunals, the International Tribunal for the Law of the Sea, International Centre for the Settlement of Investment Disputes Tribunals, etc. See, e.g., S. Oda, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", *ICLQ*, vol. 44 (1995), p. 863; and G. Guillaume, "La Cour internationale de Justice: Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire", *RGDIP*, vol. 102 (W1996), p. 323. For the International Law Commission, they include a range of bodies concerned with codification and progressive development in specialist areas. See Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, paras. 169 and 241.

⁹⁵ See R. Higgins, "A Comment on the Current Health of Advisory Opinions", in V. Lowe and M. Fitzmaurice, eds., *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), p. 567.

⁹⁶ See *Yearbook... 1973*, vol. II, pp. 169-170, para. 40; *Yearbook... 1974*, vol. I, p. 5, para. 2.

liability⁹⁷ carries important and perhaps gloomy implications for the design of the Commission's future agenda. It seems that "international law in 'her infinite variety'"—to borrow Richard Baxter's description⁹⁸—cannot bear very much universality.

⁹⁷ For the current state of the "liability" topic, see Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, chap. V and Annex I.

⁹⁸ R. R. Baxter, "International Law in 'Her Infinite Variety'", *ICLQ*, vol. 29 (1980), p. 549.

THE CONTRIBUTION OF NEW STATES TO THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW WITH A SPECIAL EMPHASIS ON THE LAW OF THE SEA*

Mochtar Kusuma-Atmadja

I.

If we view the term international law in a broad sense, including the law of nations, then the history of international law is a very old one, as there was already a law of nations (*ius gentium*) in Roman times. If on the contrary, we view the term in a narrower sense, meaning the law that governs relations between nation-States, then international law is relatively new as it is only a few hundred years old.

Modern international law, as a system of law that governs the relations between States, was born when the modern society of nations came into existence. The 1647 Treaty of Westphalia is usually taken as the moment of the birth of the modern society of nations.

The Treaty of Westphalia is important in the history of modern international law as it is considered the event that laid the basis, or foundation, for a society of nations consisting of nation-States. In addition to ending the Thirty Year War, the Treaty of Westphalia: (1) confirmed the change in the political map which had occurred because of that war, (2) conclusively ended the efforts to restore the Holy Roman Empire, (3) separated relations between States and the Church and (4) enabled relations to be based on national interests. The Treaty of Westphalia also recognized the independence of the Netherlands, Switzerland, and the small States in Germany. It is for these reasons that the Treaty of Westphalia can be said to have laid the foundation for a new society of nations both in form, as it was based on nation-States, as well as in substance, as the State and Government were separated from the influence of the Church.

The characteristics which distinguished the new society of nations created by the Treaty of Westphalia from the feudal society of Christian nations in Europe which had existed since the Middle Ages, were: (1) the State constituting a territorial unit, as a sovereign terri-

* Based on an article published in the *Santa Clara Law Review*, vol. 32 (1992), pp. 889-910.

torial entity, each nation-State having sovereignty within the boundaries of its territory, (2) relations between one nation-State and another based on independence and equality, (3) the refusal of the society of independent nation-States to recognize a higher authority—such as an emperor in temporal matters, and the Pope as head of the Church, (4) relations between independent States based on law which in many cases borrowed concepts from Roman Civil Law, (5) nation-States recognizing the existence of international law as a law governing their relations with one another, while at the same time emphasizing the important role States play in the observance of this law, (6) the absence of an international court and international police force to enforce international law, and (7) a change in the perception of law from a doctrine which thought of war in terms of a “just war” waged in defense of Religion, to a doctrine that viewed war as a means of resolving conflict and achieving national ends through force, i.e., war as an instrument of national policy.

The principles laid down in the Treaty of Westphalia, enumerated above, were confirmed in the Treaty of Utrecht. The Treaty of Utrecht was considered a very important document since it adopted the concept of a balance of power as a principle of international relations.

The secularization of the authority of the State Government and the decline of the influence of the Church as a spiritual force providing guidance to States in their relations created the need for a new order to regulate the balance of power and the national interests of the respective nation-State members of the new international society. It is for this reason that Hugo Grotius’ concept and system of a law of nations, based on a theory of secularized natural law, came to fill a need that was very much felt at that time.

The success of Hugo Grotius, the author of *De Iure Belli Pacis* (*The Law of War and Peace*) which was published during the Thirty Year War, was not only due to the intrinsic value of the work but also because his teachings were very much in tune with the demands of the time. As is well known, Grotius based his system of international law on the doctrine of natural law. His doctrine was secularized and freed of the influence of religion and the Church. His doctrine was also attractive since it gave an important place to nation-States.

The international community, based on the foundation laid down by the Treaty of Westphalia, gained strength over the years. It proved able to overcome various important political events at the end of the eighteenth century and during the nineteenth century. The international community overcame events such as the French and American revolutions, attempts to reestablish the hegemony of the big kingdoms in Europe and attempts to restore the influence of the Church.

These attempts, ending with the Congress of Vienna in 1815 and followed by the Holy Alliance between the Kings of Austria, Prussia and Russia, seemed to succeed after the failure of Napoleon's adventures. They proved, however, unable to stop the progress of the modern nation-States during the nineteenth century.

On the American continent, the attempt by the European kingdoms, which made up the Holy Alliance, to re-establish their hegemony was answered by the Monroe Doctrine. The nineteenth century was characterized by many wars in Europe, and was considered to be the time when the modern nation-State came to its maturity and reached the pinnacle of its power.

The Hague Peace Conferences were important events in the development of international law. The first Hague Peace Conference of 1899, followed by the second Hague Peace Conference in 1907, produced many international conventions that were of great importance to the development of international law, especially the laws of war. These international Hague Peace Conferences also set up a Permanent Court of Arbitration. The Court re-established an institution for conflict resolution between nations that was an important factor for stability during the Middle Ages. Arbitration as a means of settling international disputes had lost much of its importance during the seventeenth, eighteenth and nineteenth centuries, a period of growth for new nation-States following the Treaty of Westphalia. The decline of arbitration as a means of settling conflict was a direct consequence of the use of armed force or war as an instrument of national policy. It should be no surprise that during this period many wars occurred in Europe and that arbitration as a means of resolving conflict was almost forgotten.

It is for this reason that the establishment of the Permanent Court of Arbitration in 1907 and the later establishment of the Permanent Court of International Justice in 1921 are important events in the history of international law. This was a sign that the process of developing an international society based on nation-States had matured and that the nation-States had come of age.

An inventory of the characteristics of international society after the Hague Conference of 1907 conclusively demonstrates that a great deal of progress has been made since the inception of the system with the Treaty of Westphalia in 1647. Further developments took place after the 1907 Hague Peace Conference that were important for the development of the international community as a legal community. These included the conclusion of the Briand-Kellogg Pact in Paris in 1928, prohibiting the use of war as an instrument of national policy, and the establishment of the League of Nations in 1919 and the United Nations in 1945.

There is no incompatibility between the Briand-Kellog Pact of 1928 and the Covenant of the League of Nations and later the Charter of the United Nations of 1945, which all sought to achieve international cooperation and world peace. All had the same objective of promoting international peace and the happiness and well-being of mankind by outlawing war as a source of human conflict and misery. The approaches used, however, were different. The Briand-Kellog Pact of 1928, which outlawed war as an instrument of national policy, used the classical method of inter-State relations that proved to be ineffective. The Covenant of the League of Nations and the Charter of the United Nations used structurally different approaches. The use of force and the threat of force were handled in a more sophisticated manner. While prohibiting the use of force as an instrument of national policy, its use for the common good of the international community was allowed in certain cases.

The Charter of the United Nations, and before that the Covenant of the League of Nations, introduced international organizations and agencies as subjects of international law. The United Nations Organization and its specialized agencies concerned themselves not only with political matters, but also with economic and social affairs, education and culture, health, labour as well as other topics. The United Nations system covers all aspects of human life, including monetary and banking matters that were established by the Bretton Woods agreements.

Besides the institutional developments which occurred in the late 1940s as a consequence of the establishment of the United Nations and its specialized agencies, another development has taken place since the mid-1800s which is no less significant. The history of international law demonstrated that modern international law as a legal system was a cultural legacy of Western Europe, based mainly on Christian ethics.

This situation came to an end when Turkey was accepted as a member of the Concert of Europe in 1856. The process was accelerated by the recognition of Japan as a world power after her victory over Russia in 1905, which was soon followed by the entrance of China, Afghanistan and Iran into international society on a basis of equality. The acceptance of the Western legal systems and principles in peoples' everyday lives came with their roughly simultaneous adoption by the codification of civil and commercial law in countries outside Europe which were not colonized by the West, such as Turkey, Japan and China.

In other parts of the world, Western legal principles and systems were introduced by other means. The common law system and principles of English law were introduced into the 13 colonies in Northern

America which later developed into a separate American legal system. The Portuguese and Spanish legal systems and principles introduced into Central and South America became the basis for the national legal systems of countries in Latin America. In other parts of the globe such as Asia and Africa, countries such as Portugal, Spain, Britain, France and Holland introduced Western legal systems and principles to their colonies. Although the means of introducing these various legal systems and principles were not the same, the net effect was that the indigenous populations were made familiar with Western legal principles and systems. Through these various means and processes, the legal systems and principles which originated in Western Europe became universal.

II.

The Second World War in Europe and Asia between the Allied and Axis powers in the 1940s brought in its wake great changes that were to alter international society beyond recognition. The single most important change caused by the Second World War was the great number of former colonies that became independent nations, radically changing the political map of the world.

These changes were a direct consequence of the political statements and promises made by leaders and statesmen during the war like, for instance, those contained in the Atlantic Charter. In some cases the process of attaining full nationhood was accompanied by violence or a struggle for independence.

The second factor having a major impact was the great advance in technology made during the war, especially in aviation and telecommunication.

A third factor was the increase in population. The effect of population growth accentuated by the rising expectations caused by independence was most urgently felt in matters relating to the resources of the sea. The greater dependence on the sea as a source of wealth, encompassing both living and non-living resources, gave rise to measures by nation-States to secure those resources for the well-being of their people.

The impact of post-war developments, either of political or technological nature, on international law relating to natural resources was, therefore, most evident in the law of the sea. Therefore, we will now turn our attention to the post-war developments in the international law of the sea. On 28 September 1945, United States President Harry S. Truman issued a proclamation,¹ which initiated a new development in the

¹ Presidential Proclamation No. 2667, reprinted in United Nations Legislative Series, *Laws and Regulations on the Regime of the High Seas* (Sales No. 1951.V.2), vol. I, p. 38.

international law of the sea—the continental shelf concept, originally a geological concept. This measure by the President was intended to reserve the natural resources, especially mineral resources such as oil and gas, contained in the continental shelf and its subsoil off the coasts of the United States, for the benefit of the people of the United States. It would now be possible for the United States to explore and exploit, in an orderly manner, vast stretches of submarine areas adjacent to the United States, especially off the East coast, covered by a water column of up to a hundred fathoms.

The Truman Proclamation on the Continental Shelf was soon followed by similar proclamations by Mexico, which issued a declaration on 29 October 1945, followed by Panama on 1 March 1946, and Argentina on 11 October 1946 which declared its sovereignty over the “epicontinental sea and the adjacent continental shelf”.² The declarations of Chile on 29 June 1947, Peru on 1 August 1947, and Costa Rica on 27 July 1948 followed. These subsequent declarations were more far-reaching since they claimed sovereignty over the continental shelf and the sea adjacent to the coast up to a distance of 200 miles from the coast.³ The United Kingdom issued an Order in Council, dated 26 November 1948, for the alteration of the boundaries of its dependencies in the Caribbean, at the time, the Bahamas and Jamaica.⁴

The continental shelf proclamations also spread to other continents. Saudi Arabia issued a proclamation on policy with respect to the subsoil and seabed of areas in the Persian Gulf contiguous to the coast of the Kingdom of Saudi Arabia. These measures were later followed by similar measures by the Arab Emirates which at that time were English protectorates.⁵

From the Middle East the continental shelf fever spread to Pakistan, which on 9 March 1950, issued a declaration that “the seabed up to a depth of 200 metres pertains to the territory of Pakistan”.⁶ Previously, on 18 June 1949, the Philippines had also extended its jurisdiction over natural resources to include the seabed and subsoil by

² *Ibid.*, pp. 4-5.

³ *Ibid.*, pp. 6-7 and 16-17.

⁴ Order in Council No. 2574, *Statutory Instruments* (1948) (Alteration of the Boundaries of the Bahamas); Order in Council No. 3574, *Statutory Instruments* (1948) (Alteration of the Boundaries of Jamaica).

⁵ These protectorates, and the dates of the measures were: Bahrain (5 June 1949), Qatar (8 June 1949), Abu Dhabi (10 June 1949), Kuwait (12 June 1949), Dubai (14 June 1949), Sharjah (16 June 1949), Ras al Khaimah (17 June 1949), Ajman (20 June 1949) and Umum Al Quiwain (20 June 1949). See *Laws and Regulations on the Regime of the High Seas, op. cit.* (footnote 1 above), pp. 23-29. See also M. M. Whiteman, *Digest of International Law* (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1965), vol. 4, pp. 806 and 808.

⁶ Declaration of the Governor General (9 March 1950).

stating in the Petroleum Act of 1949, that all oil and gas reserves found in the continental shelf or its analogue in an archipelago belong to the State, inalienably and imprescriptibly.⁷

From the above description, it is clear that the continental shelf doctrine first proclaimed in the Truman Proclamation of 1945 quickly spread to the whole world and established a new concept in international law. Some of these later proclamations went far beyond the original Truman Proclamation since they claimed not only jurisdiction, but went further to claim full sovereignty, not just over the continental shelf, but over the superjacent water column as well.

By comparing the various proclamations on the continental shelf subsequent to the Truman Proclamation of 1945, one notices a wide divergence in State practice on the matter. Although all these measures constituted attempts to extend the jurisdiction of the coastal State over adjacent seas to claim the sole right of exploring and exploiting the mineral resources in the seabed and subsoil for the benefit of the coastal State, the proclamations differed widely in scope and extent.

Some proclamations following the Truman Proclamation limited the claim to the right to explore and exploit mineral resources contained in the seabed and subsoil. Other proclamations claimed jurisdiction, and even sovereignty, over the continental shelf itself, including its subsoil, but not including the superjacent waters. A third category extended sovereignty over the continental shelf and the waters above it, and the fourth category extended sovereignty over adjacent seas up to a distance of 200 miles without even making reference to a continental shelf. As the last category cannot be properly included in claims based on the continental shelf concept, it will be treated separately later.

Because of subsequent developments, it cannot be denied that the Truman Proclamation on the Continental Shelf of 1945 had a tremendous impact on the development of the law of the sea, even beyond its original intent: it started a process of encroachment on the long-held principle of the freedom of the sea.

The Truman Proclamation on Fisheries is clear and self-explanatory. Its objectives were much more modest than the Proclamation on the Continental Shelf, as it was limited to the conservation of living resources in the seas adjacent to the coast of the United States. Unlike the Proclamation on the Continental Shelf, the Proclamation on Fisheries was not a radical departure from existing international law. In fact, it was a fairly accurate record of living marine resource conser-

⁷ See *Laws and Regulations on the Regime of the High Seas, op. cit.* (footnote 1 above), p. 19.

vation practice in North America, specifically off the coasts of Canada and the United States.

Measured against the strict application of the absolute freedom of the seas in the classical sense, however, the Truman Proclamation on Fisheries can also be considered a form of encroachment on the classical freedom of the seas concept, which allowed no restriction whatsoever in the freedom of fishing. One of the original freedoms of the seas was the right of people to take fish from the sea as an inexhaustible source of wealth. The right of coastal States to take measures for the conservation of living resources in the seas adjacent to their coast is proof that in modern times, the strict application of the freedom of fishing is no longer possible.

Another interesting development in the international law of the sea after the Second World War were the claims made by some Latin American countries over adjacent seas up to 200 miles from their coast. A declaration by the President of Chile, dated 23 June 1947, and a declaration of the President of Peru, dated 1 August 1947 were the first instances of claims by coastal States over adjacent seas extending to a distance of 200 miles from their shores. Although these claims were made subsequent to the 1945 Truman Proclamation on the Continental Shelf, the declarations of the Presidents of Chile and Peru cannot be properly considered as claims based on the continental shelf theory, as these claims did not use the depth criterion of 200 metres, but instead used the distance criterion of 200 miles.

Unlike the other continental shelf claims, the declarations of the Presidents of Chile and Peru, although referred to as claims on the continental shelf, were based not on the existence of the continental shelf in the geological sense, but on a theory of compensation. According to this theory, the lack of a geological continental shelf adjacent to the coast of the two countries required a compensation.⁸

As can be seen from the opinion of George Scelle during the discussions of the draft articles on the law of the sea adopted by the International Law Commission in 1956, the theory of compensation was not taken lightly by experts of international law. However, the claims of Chile and Peru were later strengthened by arguments based on marine biology—the “bioma” theory.⁹

The principles upon which Chile and Peru based their claims consisted of a combination of both geological and biological arguments. These principles were put forward in the Santiago Declaration

⁸ See footnote 3 above.

⁹ *Yearbook... 1956*, vol. I, p. 170. On the Chile, Ecuador and Peru claim, including the compensation and bioma theories, see M. Kusuma-Atmadja, *Masalah Lebar Laut Jenewa Tahun 1958 Dan 1960*, pp. 142-144 and 151-152.

of 18 August 1952, signed by Chile, Ecuador and Peru. This Declaration stated, *inter alia*:

(I) Owing to the geological and biological factors affecting the existence, conservation and development of the marine fauna and flora of the waters adjacent to the coasts of the declarant countries, the former extent of the territorial sea and contiguous zone is insufficient to permit the conservation, development and use of those resources to which the coastal countries are entitled.

(II) The Governments of Chile, Ecuador and Peru therefore proclaim as a principle of their international maritime policy that each of them possesses sole sovereignty and jurisdiction over the area of sea adjacent to the coast of its own country and extending not less than 200 miles from the said coasts.¹⁰

These principles and theories proved to have a big influence on later developments on the law of the sea, especially on the concept of the 200-mile wide exclusive economic zone.

Another development in the law of the sea, which can be considered a contribution by new States to the development of international law, was the Declaration by the Republic of Indonesia on 13 December 1957, regarding Indonesian national waters, which stated:

All waters around, between and connecting the islands or part of the islands constituting the Republic of Indonesia without regard of their size or width are integral parts of the territory of the Republic of Indonesia and therefore part of the national waters which are under the sovereignty of the Republic of Indonesia. Passage of foreign vessels through these national waters is guaranteed as long as and insofar as it is not contrary to the sovereignty and security of the Indonesian nation. The determination of the territorial sea measured from straight baselines connecting the outermost point of the islands of the Republic of Indonesia, will be enacted by a law.¹¹

The considerations which led the Indonesian Government to issue this declaration on Indonesian national waters were as follows:

¹⁰ For an analysis of these theories, see Kusuma-Atmadja, *op. cit.* (footnote 9 above), pp. 142-144.

¹¹ Indonesian Government Declaration of 13 December 1959 on Indonesian national waters (author's translation); see S. Oda, *International Control of Sea Resources*, 2nd ed. (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989), p. 33. For the background history of this Declaration, see M. Leifer, *International Straits of the World: Malacca, Singapore and Indonesia* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978), pp. 17-23.

- (1) The geography of the Republic of Indonesia as an island State consisting of thousands of islands is unique and requires a special regime;
- (2) For the sake of the unity of the Indonesian nation all islands and the seas between them must be considered as one integral entity;
- (3) The breadth of the territorial sea as stated by the colonial Government in article 1, paragraph 1, of the Territorial Sea and Maritime Circles Ordinance of 1939 is no longer in keeping with the security and safety interests of the Republic of Indonesia; and
- (4) Each sovereign nation has the right and the duty to take measures it considers necessary to protect its safety and security.

The archipelago concept underlying the Indonesian Government Declaration of 13 December 1957 was not an entirely new concept in the public international law of the sea. It had been proposed in several academic meetings and was even included in the draft articles of the 1930 Hague Conference on Territorial Waters. A more recent statement regarding archipelagic waters was made by Mr. Tolentino in the Sixth Committee of the United Nations in 1956. What was new in the 1957 Declaration by the Indonesian Government was a statement of Government policy containing a commitment to enact legislation on the matter at a later date. The law of Indonesian national waters embodying the Indonesian archipelago principle was enacted on 18 February 1960. In the Elucidation to Act No. 4 of 1960 on Indonesian national waters, the reasons for enacting the Act embodying the regime of archipelagic waters was stated to be as follows:

- (1) The drawing of straight baselines connecting the outermost islands of the Indonesian archipelago was done to preserve the unity of the nation, its territorial integrity, and safeguard its economic wealth;
- (2) The nation is sovereign over all waters lying within the baselines drawn according to paragraph 1, including the seabed and subsoil and including all natural resources contained therein, as well as the air space above it;
- (3) The territorial sea with a width of 12 miles is measured from straight baselines; and
- (4) The right of innocent passage of foreign ships through the archipelagic waters is guaranteed as long as such passage is neither contrary to the interests of the coastal State nor endangers its security and public order.

Act No. 4 of 1960 is very interesting despite its brevity and simplicity. It is the first national application by law of the principle of straight baselines which was recognized in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case.¹² This case was decided by the International Court of Justice in 1951, and the principle was formally made part of modern international law of the sea in the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone. The chart accompanying Act No. 4 of 1960 contained 200 basepoints connected by 196 straight baselines with a total length of 8,069.8 nautical miles.

The drawing of straight baselines from point to point, connecting the outermost islands in the Indonesian archipelago, had two consequences: (1) a belt of 12 nautical miles of territorial sea encircled the whole Indonesian archipelago; and (2) the status of the waters lying on the landward or inward side of the straight baselines were transformed from high seas into internal waters. In order that the change in legal status of these waters did not disrupt the passage of foreign vessels enjoyed prior to this Act, article 3 explicitly stated that the internal waters would remain open to the passage of foreign ships.

The enactment of Act No. 4 of 1960 on Indonesian national waters caused immediate reaction, especially by big maritime States. Protests were made by the United Kingdom, France, the Netherlands, Australia, the United States and Japan. To reassure those parties interested in the assured passage through Indonesian waters, the Indonesian Government enacted Government Regulation No. 8 in 1962, dealing with the passage of foreign vessels through Indonesian waters. Article 1 of Government Regulation No. 8 states that the right of innocent passage of foreign ships through Indonesian internal waters, which before the enactment of Act No. 4 of 1960 were part of the high seas, is guaranteed. Under Article 2 of the Act, the term "innocent passage" meant the passage for peaceful purposes from the high seas to an Indonesian port and from an Indonesian port to the high seas, or from one point on the high seas to another point on the high seas, traversing waters forming part of the Indonesian archipelago.

Article 3 states that passage of foreign ships is considered innocent as long as it is not contrary to the security, public order and national interests of Indonesia, and as long as it does not disturb the peace and good order of the Republic of Indonesia. It is suggested that the innocent passage of foreign ships be made through international passage routes recommended in navigational charts.

An interesting feature of Government Regulation No. 8 of 1962 is the provision on specially designated sea lanes. The Chief of Staff

¹² *I.C.J. Reports 1951.*

of the Navy has the authority to designate sea lanes through which foreign warships, Government ships and fishing vessels may pass. Foreign warships using these designated sea lanes are not required to give the prior notification generally required in exercising the right of innocent passage through Indonesian waters.

In 1969, Indonesia, together with the Philippines, Fiji and other archipelagic countries, worked very hard to have the concept of archipelagos and the legal regime of archipelagos accepted by the Seabed Committee of the United Nations during the preparatory stage of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. These efforts led to the inclusion of several articles on the regime of archipelagos in the draft text and the eventual adoption of one whole section (Part IV) on archipelagos in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea.

The attempts of coastal States to extend control and jurisdiction over adjacent seas were more successful at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea than they were at the First and Second United Nations Conferences on the Law of the Sea in 1958 and 1960. In those earlier Conferences, proposals for the 200 mile zone and the archipelago concept were put forward, but were either defeated or withdrawn for lack of support. However, the movement of coastal States to increase their claims over adjacent seas had grown considerably stronger in the early 1960s after the failure of the Second United Nations Conference on the Law of the Sea to reach an agreement on the breadth of territorial seas as well as an increase in the number of newly independent States. In the mid-1960s, the situation had developed to such an extent that there seemed to be a real danger of the oceans being carved up by all the claims made by coastal States with long coastlines. It was at this critical juncture that Professor Arvid Pardo, Malta's Permanent Representative to the United Nations, made a proposal for a General Assembly resolution to designate an international seabed area, including the mineral resources contained therein, as a common heritage of mankind, to be free from coastal States' competing claims.

The activities of the Seabed Committee, subsequently established by the General Assembly, soon became a rallying point for those parties dissatisfied with the state of the international law of the sea. It was, therefore, natural for the Seabed Committee to evolve into a preparatory committee for the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. This Conference was interesting not only because it gave birth to new concepts, but because agreements were reached on issues not resolved during the First and Second United Nations Conferences on the Law of the Sea in Geneva in 1958 and 1960, such as the breadth of territorial seas and the definition of the continental

shelf. New concepts, such as the 200-mile exclusive economic zone, the legal regime of archipelagos, and the right of access to the sea of land-locked countries, were adopted and included in the 1982 Convention. A definition of "geographically disadvantaged States" and a well-designed new regime for marine scientific research and the protection of the marine environment were also included. The most controversial, yet least satisfactory, inclusion was the regime on the international seabed area and the exploitation of its resources.

The Third United Nations Conference on the Law of the Sea was an interesting law-creating process. Unlike the First and Second Conferences, which were based on the preparatory work of the International Commission, the Third Conference was a more political process. The Rules of Procedure of the General Assembly on voting and the taking of decisions were at least subordinated to, if not replaced by, special Rules of Procedure adopted for the Conference at the Caracas session in 1974. The essential difference was that the process of decision-making by a simple or two-thirds majority was replaced by the law of consensus. Another striking feature marking the deliberations at the Seabed Committee, and later at the Conference, was the strong refusal to abide by precedents—especially any reference to the 1958 Convention on the Law of the Sea. There was a strong feeling, especially among the newly independent States of Africa, that they had no part in this law-creating process and hence did not feel bound by it. There was a determined effort to create a new law of the oceans from scratch. Given these difficulties, and the complexity of the problems involved, one will agree that the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea is a great achievement and testimony to what can be achieved through hard work, persistence and the spirit of give and take.

III.

The examples of contributions made by new States to the development of international law cited so far have all been in the realm of the public law of the sea. It would be a mistake, however, to think that no contributions were made in other areas as well. In particular, significant contributions were made to the acceptance of the principle of sovereignty over natural resources which was confirmed in General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, entitled "Permanent sovereignty over natural resources".

It is the author's contention that the contributions made by new States to the development of international law as described above are important in making international law more truly universal and, therefore, more acceptable to the present international community as a whole.

LES ACTES UNILATÉRAUX DANS LE CADRE DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Francisco Villagrán Kramer

Il est bien connu que le comportement actif et passif de l'Etat produit des effets et des conséquences juridiques. L'action de l'Etat dans le domaine des relations internationales peut donc engager ou lier l'Etat envers un autre Etat ou avec la communauté internationale dans son ensemble, sans que pour cela il soit nécessaire que l'Etat soit partie à des accords ou conventions internationales. Il suffit qu'il déclare, manifeste, promette ou admette son intention d'être lié et que le droit international reconnaisse des effets à ces actes.

De la même façon, l'inaction de l'Etat peut produire des effets et des conséquences juridiques, notamment la perte de ses droits du fait de l'absence de protestation¹ ou de notification quand, selon le droit international, une telle notification est nécessaire².

L'écoulement du temps sans aucune manifestation peut aussi produire un effet contraire aux droits de l'Etat³. De la même manière,

¹ Voir, entre autres, l'affaire *Lübeck c. Mecklenburg-Schwerin*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-26, p. 114; l'affaire des *Frontières colombo-vénézuéliennes*, *RSA*, vol. I, p. 280; l'affaire de *Ile de Palmas*, *ibid.*, vol. II, p. 868; l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, *ibid.*, vol. XVIII; l'affaire des *Pêcheries*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 139; l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 47; l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6; l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, *C.I.J. Recueil 1962*; l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1984*, pp. 408-410.

² Par exemple, dans l'affaire relative à la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières*, la Cour internationale de Justice précisa que la question qui se posait était « de savoir si la Belgique a perdu cette souveraineté, faute d'avoir affirmé ses droits et pour avoir acquiescé à des actes de souveraineté prétendument exercés par les Pays-Bas à différentes reprises depuis 1843 », *C.I.J. Recueil 1959*, p. 227. Voir aussi l'affaire des *Grisbadarna*, *RSA*, vol. XI, pp. 155-160; l'affaire de l'*Ile de Palmas* (voir *supra* note 1), pp. 843-868; l'affaire du *Droit de passage* (voir *supra* note 1), pp. 6 et 41-42. Voir également Ph. Cahier, « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », *Mélanges Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968, p. 237 et suiv.

³ Voir à ce sujet l'affaire des *Grisbadarna* (voir *supra* note 2), p. 181; l'affaire *Chamizal*, *RSA*, vol. XI, p. 316 et suiv.; l'affaire de l'*Indemnité russe*, *ibid.*, pp. 445-446; l'affaire relative à la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (voir *supra* note 2), pp. 227-230; l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, *C.I.J. Recueil 1964*, pp. 20-26.

l'inaction ou le silence de l'Etat peut montrer son acquiescement et, comme nous le savons, l'acquiescement conduit à l'estoppel⁴.

Nous nous bornerons à examiner dans cette étude les actes unilatéraux dans le cadre du comportement actif de l'Etat. Nous laisserons de côté les effets juridiques que produisent l'inaction ou le silence des Etats⁵. Quoique les deux aspects aient été étudiés en profondeur par la doctrine⁶, il convient de se pencher à nouveau sur les

⁴ Voir à ce sujet l'affaire *Schufeldt*, *RSA*, vol. II, p. 1079 et suiv.; l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, *C.I.J. Recueil 1960*, pp. 210-215; l'affaire du *Temple de Preah Vihear* (voir *supra* note 1), p. 23; l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir *supra* note 3), pp. 24 et 55; les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 26; l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région du Golfe du Maine*, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 26; l'affaire du *Nicaragua* (voir *supra* note 1), p. 413 et suiv. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Canton du Valais c. Canton du Tessin*, *Annuaire suisse de droit international*, 1981, vol. 37, p. 229 et l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 105.

⁵ En ce qui concerne les effets du silence, voir, entre autres, l'affaire de *Ille de Palmas* (voir *supra* note 1), p. 843; l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens* (voir *supra* note 1), pp. 454-458; l'affaire *Lübeck c. Mecklenburg-Schwerin* (voir *supra* note 1), p. 489 et suiv.; l'affaire des *Pêcheries* (voir *supra* note 1), p. 139; l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous* (voir *supra* note 1), p. 71; l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne* (voir *supra* note 4), p. 192; l'affaire du *Temple de Preah Vihear* (voir *supra* note 1). Voir également J. Bentz, «Le silence comme manifestation de volonté en droit international public», *RGDIP*, 1963, t. 67, p. 45 et suiv.; J. Barale «L'acquiescement dans la jurisprudence internationale», *AFDI*, 1965, vol. 11, p. 389 et suiv.; G. Venturini, «Valeur juridique des attitudes et des actes unilatéraux des Etats», *Recueil des cours... 1964-II*, vol. 112, p. 374 et suiv.; F. Villagrán Kramer, «Actos convencionales y no convencionales: ratificación, adquisición y estoppel», in *Mélanges Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 978-979.

⁶ Sur les actes unilatéraux, voir G. Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law», *BYIL*, 1953, vol. 30, pp. 1-70; E. Suy, *L'acte juridique unilatéral*, Paris, 1962; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université de Genève, 1967, t. 1, pp. 273-282; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5^e éd., Naples, Liguori, 1968, pp. 568-570; J. P. Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972; «A propos de la promesse unilatérale», in *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 327-345; J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyden, Sijthoff, 1973, vol. VI, pp. 105-111; T. M. Frank, «World Made Law: the Decision of the International Court of Justice in the Nuclear Test Cases», *AJIL*, 1975, vol. 69, pp. 612-620; S. Caroon, «Promise in International Law: A Confirmation of its Binding Force», *Italian Yearbook of International Law*, 1975, vol. 1, pp. 166-172; A. P. Rubin, «The International Legal Effects of Unilateral Declarations», *AJIL*, 1977, vol. 71, pp. 1-30; J. D. Sicault, «Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», *RGDIP*, 1979, t. 83, pp. 634-688; W. Fiedler, «Unilateral Acts in International Law», in *Encyclopedia of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, vol. 7, pp. 517-522; K. Skubiszewski, «Les actes unilatéraux des Etats», in M. Bédjaoui, éd., *Droit international: Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, t. 1, pp. 231-276; H. Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989», *BYIL*, 1989, vol. 60, pp. 3-49; et *Oppenheim's International*

actes unilatéraux, surtout après que la Cour internationale de Justice les eut examinés dans ses arrêts sur les affaires du *Nicaragua*, du *Dif-férend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* et de la *Délimitation maritime dans la région du Golfe du Maine*.

Notre schéma de référence est celui de la jurisprudence internationale. Nous l'utilisons parce que les actes unilatéraux ne figurent pas dans l'Article 38 du Statut de la Cour et, néanmoins, les tribunaux internationaux en ont précisé les éléments et surtout le fondement de leur force obligatoire. Dans ce sens, on peut penser, comme certains juristes américains⁷, que la Cour internationale de Justice a créé de nouvelles règles applicables aux actes unilatéraux ou bien qu'elle a appliqué les règles et les principes existants. Nous croyons que cette dernière est l'explication qui correspond le mieux à la réalité juridique. En tout cas, les tribunaux internationaux ne se sont pas prononcés sur la question de savoir si les actes unilatéraux sont ou non une source du droit international. Ils se sont limités à préciser qu'ils sont une source d'obligations internationales⁸.

I. Actes unilatéraux *lato et stricto sensu*

Si les actes unilatéraux émanent de l'autorité des pouvoirs législatifs, judiciaires et exécutifs des Etats et même des organisations internationales, leurs effets, dans le domaine international ne sont pas déterminés par le droit interne mais par le droit international. Par conséquent, pour produire des effets internationaux, ils devront se conformer aux limites établies par celui-ci. La Cour internationale de Justice l'a précisé très nettement en se référant tant aux actes de délimitation des espaces maritimes qu'à l'octroi de la nationalité dans les affaires des *Pêcheries* et *Nottebohm*⁹.

Il faut aussi tenir compte du fait que certains actes unilatéraux ont une relation directe avec le droit conventionnel. Tel est le cas de l'approbation, de la ratification et du dépôt de la ratification des traités, des réserves et de l'adhésion et l'accession aux traités internationaux. Au contraire, d'autres actes unilatéraux ont une relation directe avec le droit international général. Tel est le cas de la notifica-

Law, 9^e éd., revue par R. Jennings et A. Watts, Harlow, Essex, Longman, 1992, vol. I: *Peace*, pp. 1187-1196.

⁷ Frank, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 612-614; Rubin, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 1.

⁸ Pour les actes unilatéraux en tant que source du droit, voir Jacqué, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 330; Skubiszewski, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 232; Cahier, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 244; en tant que source d'obligations, voir l'affaire des *Essais Nucléaires*, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, et *infra*, section V.

⁹ Affaire des *Pêcheries* (voir *supra* note 1), p. 132; affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, C.I.J. Recueil 1974; affaire *Nottebohm*, C.I.J. Recueil 1955.

tion, de la reconnaissance des situations de fait ou de droit et aussi des Etats et des Gouvernements, ou encore de l'octroi de la nationalité. Les protestations et les renonciations entrent, par conséquent, dans le cadre du droit coutumier.

La jurisprudence admet également comme actes unilatéraux les déclarations unilatérales de volonté quand lesdites déclarations, manifestations ou admissions sont imputables aux Etats déclarants, même s'ils n'ont pas de liens avec le droit conventionnel ou avec la coutume. On parle, dans ce cas, d'actes autonomes, surtout après que la Cour internationale de Justice a considéré, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, que des engagements de cette nature exprimés publiquement et avec l'intention de se lier ont un effet obligatoire, ajoutant ensuite :

« ... aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé »¹⁰.

La Cour a mis en relief qu'il existe une catégorie d'*actes strictement unilatéraux* qui, à la différence des actes liés aux traités ou aux règles coutumières, ne demande pas d'acceptation ou de réplique de la part d'autres Etats pour que l'Etat déclarant s'engage ou pour que l'acte produise des effets obligatoires pour l'Etat déclarant. La nature strictement unilatérale est, par conséquent, caractéristique des actes réputés autonomes.

II. Actes unilatéraux parallèles et collectifs

L'acte unilatéral est caractérisé par le fait qu'il émane d'un seul sujet de droit. Le terme sujet de droit conduit à réputer les Etats et les organisations internationales individuellement comme les seuls auteurs d'un tel acte. Mais, si l'on se souvient — comme le fait Sicault¹¹ de l'étymologie « *uni* » — seul — « *latus* » — côté — on se rend compte que le caractère unilatéral d'un acte mène à d'autres possibilités. Ainsi, l'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice peut être faite unilatéralement par les Etats; cela donne lieu toutefois à une espèce d'accord entre deux Etats qui s'engagent dans une affaire devant la Cour, ou bien à des déclarations unilatérales parallèles. Quoique le Statut de la Cour soit un instrument conventionnel qui établit le mécanisme de la déclaration unilatérale pour accepter la juridiction de la Cour, le fait est que la Cour elle-même a qualifié ces déclarations d'actes unilatéraux. Ainsi, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour permanente de Justice internationale a dit que :

¹⁰ C.I.J. Recueil 1974, p. 267.

¹¹ *Op. cit.* (*supra* note 6), p. 640.

La déclaration dont l'instrument de ratification a été déposé par le Gouvernement français le 25 avril 1931, est un acte unilatéral par lequel ce Gouvernement a accepté la juridiction obligatoire de la Cour¹².

Par ailleurs, dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, la Cour internationale de Justice a examiné les coïncidences et les différences entre deux déclarations unilatérales — celle de la France et celle de la Norvège — et a remarqué :

« ... comme il s'agit de deux déclarations unilatérales, cette compétence lui est conférée seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer. Or, la comparaison des deux déclarations montre que la déclaration française accepte la juridiction de la Cour dans des limites plus étroites que la déclaration norvégienne; par conséquent, la volonté commune des Parties, base de la compétence de la Cour, existe dans ces limites plus étroites indiquées par la réserve française »¹³.

La coïncidence des déclarations n'établit pas un accord entre deux Etats ayant fait des déclarations unilatérales. Le parallélisme se maintient et c'est seulement dans une aire commune que la Cour trouve l'espace nécessaire pour exercer sa juridiction.

D'ailleurs, il faut se rappeler que dans le domaine du droit des traités, il existe la possibilité — prévue par l'article 36, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 — que divers Etats se mettent d'accord pour offrir à un troisième Etat — qui n'est pas partie à l'accord — certains bénéfices — la clause de la nation la plus favorisée — on des droits — comme c'est le cas de la stipulation pour autrui. Cette institution conventionnelle permet qu'un certain nombre d'Etats forment unilatéralement et en tant qu'« ensemble », une déclaration ou une promesse, qui, non seulement les lient mais les engagent envers des Etats tiers, sans que ces derniers y soient partie ou manifestent leur acceptation. Dans ce sens, l'acte unilatéral est collectif¹⁴.

¹² C.P.J.I. série A/B, n° 74, p. 23. Voir aussi l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, C.I.J. Recueil 1952, p. 104, et l'affaire du *Nicaragua* (voir *supra* note 1), p. 418 et suiv.

¹³ C.I.J. Recueil 1957, p. 23. Voir également l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (voir *supra* note 12), p. 103, et l'opinion individuelle du Juge Shahabuddeen dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières* (voir *supra* note 4), pp. 140-142. Les déclarations unilatérales des Etats-Unis et de l'Iran de 1981, déposées auprès du Gouvernement de l'Algérie, sont connues sous le nom d'« Accords d'Alger », voir *ILR*, vol. 68, p. 52, et vol. 96, pp. 6-7. Au sujet des déclarations des Etats-Unis et de Cuba sur le séquestre d'avions, voir Verzijl, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 110.

¹⁴ Voir Fiedler, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 67; Jacqué, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 329; et P. Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, London, 1989, p. 80, lequel

III. Effets *uti singuli et erga omnes*

Il faut tenir compte du fait que les actes juridiques peuvent produire des effets envers un autre sujet de droit mais aussi *erga omnes*. Avant que la Cour internationale de Justice ait rendu son arrêt dans l'affaire des *Essais nucléaires*, les tribunaux internationaux s'étaient bornés à se prononcer seulement sur le caractère des actes unilatéraux et ses effets vis-à-vis d'un autre Etat, d'une organisation internationale, ou de la Cour internationale de Justice elle-même.

La Cour permanente de Justice internationale, par exemple, considéra la « déclaration Ihlen » comme obligatoire pour la Norvège vis-à-vis du Danemark¹⁵. Il en a été de même pour la déclaration que l'agent du Gouvernement suisse fit au bénéfice de la France au cours de la procédure dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*¹⁶. Quant aux déclarations que le Président et le Ministre des affaires étrangères du Nicaragua firent au sujet de la sentence prononcée en 1906 par le Roi d'Espagne, elles ont lié le Nicaragua¹⁷.

Toutes ces déclarations ont un élément commun : l'effet *uti singuli*. Seul l'Etat bénéficiaire ou affecté par l'acte unilatéral peut réclamer son exécution ou soutenir que l'acte ne produit aucun effet parce que l'auteur n'a pas l'intention de s'obliger ou bien parce que l'acte ne réunit pas les éléments nécessaires¹⁸. La Cour internationale de Justice prit note des déclarations du Président de la République française et des ministres des affaires étrangères et de la défense dans le sens que les essais nucléaires seraient suspendus et les considéra comme engageant la France. Le problème qui se posait était d'établir si ces déclarations obligeaient la France vis-à-vis des Etats engagés dans la procédure devant la Cour (l'Australie et la Nouvelle-Zélande) ou si elles avaient des effets *erga omnes*. La Cour se prononça en faveur de ce dernier effet, du fait que les déclarations n'étaient adressées ni à la Cour, ni à l'Australie, ni à la Nouvelle-Zélande, mais avaient un caractère général. La Cour s'est exprimée dans les termes suivants :

« Les déclarations unilatérales des autorités françaises ont été faites publiquement en dehors de la Cour et *erga omnes* même si la première a été communiquée au Gouvernement aus-

utilise l'expression « collective unilateral acts », de même que Shahabuddeen, *op. cit.*, (*supra* note 13).

¹⁵ Affaire du *Statut juridique du Grönland oriental*, C.P.J.I. série A/B, n° 53, p. 71.

¹⁶ C.P.J.I. série A/B, n° 46, p. 170.

¹⁷ Affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne* (voir *supra* note 4).

¹⁸ Voir *infra*, section VI.1 (Déclarations faites par les Chefs d'Etat).

tralien. Ainsi qu'on l'a vu plus haut, pour que ces déclarations eussent un effet juridique, il n'était pas nécessaire qu'elles fussent adressées à un Etat particulier, ni qu'un Etat quelconque signifiât son acceptation »¹⁹.

IV. Forme et substance

Sauf pour les actes solennels, ce qui compte ce n'est pas la forme mais la substance. Cette affirmation, faite couramment dans les milieux juridiques, semble gagner du terrain dans les différents domaines du droit international.

D'abord il convient de se rappeler qu'en matière de traités, le droit international laisse les parties choisir la forme. Le juriste argentin José Maria Ruda, ancien Président de la Cour internationale de Justice, résumait la jurisprudence en la matière comme ceci :

« Nul n'ignore que le droit international n'impose aucune forme particulière pour la conclusion d'un accord, à condition que l'intention des parties de faire naître des droits et des obligations, c'est-à-dire de produire des effets juridiques, soit suffisamment évidente. Juridiquement, on ne fait pas de distinction selon qu'un accord est formel ou non, puisque la validité d'un traité ne dépend pas de l'adoption d'une forme particulière. C'est donc aux parties qu'il incombe de choisir la forme qu'elles jugent appropriée pour assumer des obligations internationales »²⁰.

Si cela est la règle dans le domaine des traités, il ne peut pas en aller différemment dans le cas des actes unilatéraux, surtout quand ils émanent de l'autorité des organes de l'Etat et suivent les formalités prévues par le droit interne. Le problème de la forme ne se pose pas pour les actes écrits dont le document même sert à interpréter et déterminer l'intention exacte de l'Etat, mais il surgit avec les déclarations orales.

La Cour permanente de Justice internationale accepta comme obligatoires les déclarations écrites faites par les Gouvernements et suivies de déclarations orales faites devant elle par les agents et les représentants des Etats dans les deux premières affaires dans lesquelles elle a connu des actes unilatéraux, celle des *Intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*²¹ et des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*²².

¹⁹ *Affaire des Essais nucléaires* (voir *supra* note 8), p. 269.

²⁰ Opinion individuelle sous l'avis consultatif sur l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, C.I.J. Recueil 1980, p. 123.

²¹ C.P.J.I. série A, n° 7, p. 25.

²² C.P.J.I. série A, n° 5, p. 37.

Donc, on peut dire que le problème de la forme surgit dans l'affaire du *Grönland oriental* avec la déclaration du Ministre des affaires étrangères de la Norvège, M. Ihlen, faite en réponse à une demande du Gouvernement danois, et disant simplement que « le Gouvernement norvégien ne fait pas de difficultés au règlement de cette affaire ». Compte tenu des négociations entre les deux pays et des circonstances dans lesquelles elles s'étaient déroulées, la Cour s'est limitée à considérer

« ... comme incontestable qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère faite par le Ministre des affaires étrangères au nom de son Gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le Ministre »²³.

Bien que la substance ait joué un rôle important, l'oralité fut acceptée sans doute à la lumière des preuves fournies que les mots étaient exacts et que l'auteur en était le Ministre des affaires étrangères.

Dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne*, la Cour internationale de Justice examina, en 1960, diverses déclarations faites au Nicaragua par le Président de la République et par le Ministre des affaires étrangères. Compte tenu de l'ensemble des déclarations et sans se référer à l'élément de l'oralité, la Cour a estimé que le Nicaragua

« ... par ses déclarations expresses et par son comportement, a reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence »²⁴.

Finalement, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour élucida le problème entre la forme et la substance en disant :

« Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive »²⁵.

²³ *C.P.J.I. série A/B, n° 53*, p. 71. Voir, à ce sujet, J. W. Gardner, « The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations », *AJIL*, 1933, vol. 27, pp. 493-497; Carbone, *op. cit.* (*supra* note 6); et A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 9 et 15.

²⁴ *C.I.J. Recueil 1960*, p. 213.

²⁵ *C.I.J. Recueil 1974*, pp. 267-268.

Ensuite, la Cour cite son arrêt dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* :

« [Comme] c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement »²⁶.

La Cour avait ajouté dans la même affaire :

« ... la seule question pertinente est de savoir si la rédaction employée dans une déclaration donnée révèle clairement l'intention... »²⁷.

V. Force obligatoire des actes unilatéraux

Dans certains systèmes de droit interne, la loi détermine les effets des actes qui naissent sans convention. Tel est le cas des déclarations unilatérales de volonté qui engagent ses auteurs et de la gestion d'affaires (*agency*)²⁸. D'autres systèmes considèrent que l'offre requiert, pour devenir obligatoire, qu'elle soit acceptée et que, de ce fait, elle entre dans le domaine conventionnel, tandis que d'autres systèmes encore établissent l'interdiction de *venire contra factum proprium*. Les systèmes anglo-saxons de la *common law*, eux, situent les promesses unilatérales dans le cadre de la « *reliance* », terminologie qui évoque un élément de confiance et de sécurité²⁹.

La translation des concepts de droit interne en droit international explique les difficultés qu'éprouve la doctrine pour arriver à une conception commune en ce qui concerne la force obligatoire des actes unilatéraux et, en particulier, des déclarations unilatérales. Mais la tâche d'établir la force obligatoire de ces actes semble devoir se simplifier quand on fait une distinction entre les actes unilatéraux liés au droit des traités et ceux liés au droit coutumier. Dans le premier cas, la force obligatoire repose sur la règle *pacta sunt servanda* tandis que dans le cas des actes unilatéraux régis par la coutume internationale, la règle sera celle de l'*inveterata consuetudo opinio juris sive necessitatis*. De cette manière on peut dire que le problème de la force obligatoire des actes unilatéraux se réduit aux actes *stricto sensu*, c'est-à-dire, aux actes autonomes.

²⁶ C.I.J. Recueil 1961, pp. 32-32.

²⁷ *Ibid.*, p. 32. Cependant, le Règlement de la Cour stipule, à l'Article 88, que le désistement doit se faire par écrit. Pour sa part, l'Article 102 de la Charte des Nations Unies prescrit la publication des engagements internationaux.

²⁸ Voir à ce sujet, par exemple, A. P. Sereni, « Agency in International Law », *AJIL*, 1940, vol. 34, pp. 638-646; et I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 642-643.

²⁹ Voir Frank, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 67; et Rubin, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 20-21.

1. Déclarations des agents des Gouvernements

Si l'on jette un coup d'œil sur les premiers arrêts et avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale relatifs aux actes unilatéraux et, en particulier, aux promesses unilatérales, on constate la brièveté des développements de la Cour à ce sujet. En effet, dans l'affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, en se référant aux déclarations faites en dehors et même au cours de la procédure devant elle, la Cour se limita à dire « qu'elle ne saurait mettre en doute le caractère obligatoire de toutes ces déclarations »³⁰. De même, dans l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex*, en examinant la déclaration faite par l'agent du Gouvernement suisse considérée inacceptable par l'agent français, la Cour se borna à déclarer :

« ... eu égard aux circonstances dans lesquelles cette déclaration a été faite, la Cour doit cependant la considérer comme obligatoire pour la Suisse »³¹.

Rappelons que, quand la Cour se prononça sur la « déclaration Ihlen », elle se limita à dire qu'elle la considérait « incontestable »³².

Il est bien certain que la Cour a mis l'accent sur le fait que le Ministre déclarant non seulement avait fait la déclaration au nom de son Gouvernement, mais aussi que l'affaire était de son ressort. L'imputabilité est conforme au droit international, raison pour laquelle elle produit l'effet de lier le pays.

2. Déclarations présidentielles et ministérielles

Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a considéré qu'il était temps de se prononcer sur la forme des actes unilatéraux et leur force obligatoire. Et, en effet, elle le fit, non pas avec le laconisme des premiers arrêts, mais avec l'extension et la profondeur exigées par l'importance de l'affaire.

³⁰ C.P.J.I. série A, n° 7.

³¹ C.P.J.I. série A/B, n° 46, p. 170.

³² Voir *supra* note 23. J. V. Louis, dans son article « Le procès des diplomates français au Caire », *AFDI*, 1963, vol. 9, p. 237, attire l'attention sur les différentes positions doctrinaires au sujet de la « déclaration Ihlen ». Par exemple, selon Ch. Rousseau, il s'agit d'un acte unilatéral (*Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944, vol. I, p. 132); selon P. Guggenheim, c'est une convention (*op. cit.* (*supra* note 6), p. 62); pour J. Dehaussy, c'est un accord en forme simplifiée (*Jurisclasseur de droit international*, fascicule 14, n° 36); pour E. Suy, c'est l'acceptation d'une offre (*op. cit.* (*supra* note 6), p. 121); selon l'opinion dissidente du Juge Anzilotti dans l'affaire du *Grønland oriental*, la « déclaration Ihlen » entre dans le cadre conventionnel (*C.P.J.I. série A/B*, n° 53, p. 91).

Abordant les aspects fondamentaux, les circonstances dans lesquelles se produisent les déclarations unilatérales, l'intention des Etats déclarants et le principe de la bonne foi, la Cour mit en relief leur importance de la manière suivante.

a) *L'intention de se lier*

Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte par lequel l'Etat s'est prononcé.

Bien entendu, tout acte unilatéral n'entraîne pas des obligations mais un Etat peut choisir d'adopter une certaine position sur un sujet donné dans l'intention de se lier ce qui devra être déterminé en interprétant l'acte³³.

b) *L'élément de la bonne foi*

Concernant la bonne foi, qui auparavant avait été identifiée comme étant à la base des actes unilatéraux, la Cour signala que :

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des

³³ C.I.J. Recueil 1974, p. 267.

déclarations unilatérales et tabler sur elles : ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée »³⁴.

Les commentaires de la position de la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires* ont été variés. Selon le juriste américain Frank, cet arrêt est un précédent de grande signification qui rappelle l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis dans la célèbre affaire constitutionnelle *Marbury v. Madison*. Il considère, en outre, que la Cour a créé une nouvelle règle, appréciation partagée par d'autres juristes américains, parmi lesquels Rubin³⁵.

L'accent mis par la Cour sur la bonne foi donne lieu à d'autres commentaires. Rubin, par exemple, considère que la bonne foi ne constitue pas le fondement de la force obligatoire des engagements unilatéraux, mais seulement de l'interdiction de *venire contra factum proprium*³⁶.

De son côté, E. Zoller considère que

«... la jurisprudence récente de la Cour doit se comprendre comme une étape circonstancielle dans l'évolution de celle-là ou bien comme le point de départ d'une moralisation progressive du droit international. Il serait cependant étonnant qu'après avoir tant cherché à se dégager de la gangue du droit naturel, le droit international, par le biais d'on ne sait quel artifice, s'efforce d'y retourner au mépris des réalités internationales »³⁷.

Mais c'est surtout Paul de Visscher qui situe l'arrêt dans un contexte plus vaste :

« Il est clair que les arrêts du 20 décembre 1974 prennent place dans ce courant fondamental de moralisation du droit que l'élargissement de la communauté internationale a contribué à précipiter, de manière quelque peu anarchique d'ailleurs. Sous l'influence de ce courant, le principe de la bonne foi, jadis tenu pour un principe de moralité internationale considéré comme inhérent à l'idée de souveraineté, a aujourd'hui tendance à se manifester de manière plus exigeante, plus précise et plus positive.

³⁴ *Ibid.*, p. 268. Voir aussi G. Schwarzenberger, « The Fundamental Principles of International Law », *Recueil des cours... 1955-I*, vol. 87, pp. 312-314; Venturini, *op. cit.* (*supra* note 5), p. 402; P. Reuter, *Droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, pp. 94-100.

³⁵ Voir Frank, *op. cit.* (*supra* note 6); et Rubin, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 1.

³⁶ Rubin, *ibid.*, pp. 2-3 et 5.

³⁷ E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, p. 354; voir aussi Thirlway, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 7-21.

Les textes des résolutions des Nations Unies en font régulièrement mention »³⁸.

VI. Imputabilité

De la même façon que les faits illicites engagent la responsabilité internationale de l'Etat quand ils sont imputables ou attribuables à celui-ci, les actes unilatéraux engagent l'Etat et leurs effets deviennent obligatoires pour lui quand ils lui sont imputables.

L'imputabilité est ainsi un élément à considérer en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles les actes unilatéraux sont adoptés, quant à l'intention de ses auteurs d'être liés ou d'accepter ou d'assumer unilatéralement des obligations internationales. Cela est important surtout quand l'intention des sujets n'est pas claire, évidente ou manifeste ou encore quand il s'agit de déclarations *erga omnes*.

L'imputabilité se produit dans le cadre de relations de droit, relations qui, évidemment, peuvent être établies par le droit interne mais peuvent n'avoir aucun effet dans le domaine international, puisque c'est le droit international qui détermine si l'acte, la promesse ou la déclaration unilatérale est ou non imputable à l'Etat et, par cela, si elle engage ou non l'Etat.

Il n'est pas douteux que la représentation de l'Etat, dans le domaine international, est le fait de ses organes. Il n'est pas non plus discutable que l'Etat soit lié ou puisse être engagé envers un autre Etat ou la communauté internationale dans son ensemble par un accord bilatéral ou multilatéral ou par des règles coutumières, de même que par un acte qui peut consister en une déclaration, une manifestation ou une promesse unilatérale qui ne requiert pas l'acceptation des autres Etats pour devenir obligatoire. De la même manière, l'Etat peut se lier par l'admission de certains faits ou par la reconnaissance des droits d'autres Etats.

Au niveau international, on ne peut mettre en doute que le Ministre des affaires étrangères représente et engage l'Etat. Quand il s'agit de déclarations orales, cela devient d'une grande importance dans les relations internationales. Une autre manifestation également très importante de la volonté de l'Etat est le fait des déclarations faites

³⁸ P. de Visscher, « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux », in *Mélanges Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 463-464. Pour ce qui est d'autres commentaires de l'arrêt de la Cour, voir H. Thierry, « Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de Justice », *AFDI*, 1974, vol. 20, pp. 286-298; S. Sur, « Les affaires des Essais nucléaires », *RGDIP*, 1975, t. 79, pp. 972-1027; Carbone, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 168-172; et Macdonald and Hough, « The Nuclear Case Revisited », *German Yearbook of International Law*, 1977, vol. 20.

par les Chefs d'Etat, surtout dans des occasions solennelles, comme une conférence de presse, et qui, selon les circonstances et l'intention, engagent l'Etat. Mis à part les Ministres des affaires étrangères ou les Chefs d'Etat, reste à savoir si un acte des Ministres de la défense ou de la marine ou de fonctionnaires de rang mineur, peuvent également engager ou lier l'Etat. Cette question a été résolue par la Cour internationale de Justice.

1. Déclarations faites par les Chefs d'Etat

Mis à part les déclarations des Ministres des affaires étrangères de la Norvège et du Nicaragua et du Président de ce dernier Etat, la Cour a aussi examiné l'imputabilité dans des affaires postérieures. En effet, dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour a examiné non seulement la déclaration faite par le Président des Etats-Unis, M. Reagan, au cours d'une conférence de presse sur les actes secrets au Nicaragua, mais aussi les déclarations faites par le Gouvernement du Nicaragua en 1979 sur des questions d'ordre interne et de politique interne.

En ce qui concerne les déclarations du Président Reagan, la Cour a dit :

« D'après le Nicaragua, ces déclarations s'inscriraient dans « une série de propos reconnaissant que les Etats-Unis apportaient, de façon habituelle et systématique, une aide aux mercenaires menant des opérations militaires contre le Gouvernement du Nicaragua ». De l'avis de la Cour, le refus du Président de se prononcer sur le lien entre les activités secrètes et « ce qui c'est passé, [et] certaines des opérations qui ont lieu là-bas » peut, dans le contexte où il se situait, être considéré comme revenant à admettre que les Etats-Unis ont joué un rôle dans l'attaque contre Corinto, mais pas nécessairement que le personnel des Etats-Unis y ait été directement mêlé »³⁹.

A propos des déclarations faites par le Gouvernement du Nicaragua contenant, selon les Etats-Unis, des promesses de tenir des élections libres, la Cour a dit, en revanche :

« Il s'était agi d'une promesse essentiellement politique, faite non seulement à l'organisation mais aussi au peuple du Nicaragua qui devait en être le premier bénéficiaire. Mais la Cour ne découvre aucun instrument ayant une valeur juridique, unilatéral ou synallagmatique, par lequel le Nicaragua se serait engagé quant au principe et aux modalités de la tenue d'élections »⁴⁰.

³⁹ C.I.J. Recueil 1986, p. 49.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 132.

La Cour a également examiné une autre promesse du Gouvernement du Nicaragua dans le domaine de la politique intérieure, à savoir l'incorporation et la participation progressive des secteurs marginaux de la population à la vie de la nation et elle ajouta :

« Qui plus est, à supposer même que cette promesse politique ait eu valeur d'engagement juridique, elle n'aurait nullement pu permettre aux Etats-Unis de réclamer la mise en œuvre d'un tel engagement, pris non pas envers eux directement mais à l'égard de l'organisation, seule habilitée à en vérifier l'exécution. La Cour ne découvre aucune base juridique à la « responsabilité particulière en ce qui concerne le respect des engagements pris » par le Gouvernement du Nicaragua que les Etats-Unis estiment avoir assumée en raison du « rôle qu'ils ont joué dans l'installation du Gouvernement actuel du Nicaragua »⁴¹.

2. Déclarations sans effets

Mais c'est surtout dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* que la Cour examina de nouveau les éléments des actes unilatéraux, en mettant l'accent sur l'intention des Etats de se lier. A propos d'une déclaration faite par le Président du Mali, laquelle, selon le Mali, est une « réflexion du Chef de l'Etat malien qui n'était qu'une boutade du type de celle que l'on lance dans une conférence de presse », la Cour, pour sa part, s'est étendue sur la question de la manière suivante :

« La déclaration faite par le Chef de l'Etat malien le 11 avril 1975 ne s'inscrivait pas dans le cadre de négociations ou de pourparlers entre les deux Parties; tout au plus revêtait-elle la forme d'un acte unilatéral émanant du Mali. De telles déclarations « concernant des situations de droit ou de fait » peuvent certes « avoir pour effet de créer des obligations juridiques », à la charge de l'Etat au nom duquel elles ont été faites, comme la Cour l'a noté dans les affaires des *Essais nucléaires...* Mais la Cour, dans ces affaires, a aussi précisé que ce n'est que « quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes » que « cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique »... Tout dépend donc de l'intention de l'Etat considéré, et la Cour a à cet égard souligné que c'est à elle qu'il appartient « de se faire sa propre opinion sur le sens et la

⁴¹ *Ibid.*, pp. 132-133.

portée que l'auteur a entendu donner à une déclaration unilatérale d'où peut naître une obligation juridique »⁴².

Finalement, la Cour a expliqué qu'il n'y a aucune raison d'interpréter la déclaration faite par le Président du Mali comme un acte unilatéral comportant des effets juridiques à l'égard du différend.

Dans le même sens, la Chambre de la Cour dans l'affaire du *Golfe du Maine*, considéra qu'une déclaration contenue dans une lettre d'un fonctionnaire de rang mineur n'engageait pas internationalement les Etats-Unis. L'intéressé lui-même confirma qu'il n'était pas le fonctionnaire compétent en la matière pour formuler une déclaration officielle⁴³.

3. Déclarations des agents des Etats

Indépendamment des déclarations faites par les Gouvernements en dehors des procédures judiciaires, la Cour permanente de Justice internationale, comme nous l'avons vu plus haut, a tenu pour obligatoires les déclarations faites par les agents des Etats dans les affaires *Mavrommatis*, des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* et des *Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*.

La même position a été prise par un tribunal arbitral dans une affaire plus récente, celle du *Filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*. A ce sujet, le tribunal s'exprima comme suit :

« Au cours de la procédure orale devant le présent Tribunal, l'Agent du Gouvernement français a constamment tiré argument de l'existence des quotas de captures pour affirmer qu'un navire fileteur opérant dans le Golfe était ainsi limité dans son effort de pêche, allant même jusqu'à déclarer au cours de l'audience du mardi 4 juin 1986, à propos des chalutiers-fileteurs, que, filetant ou non à bord, « ils ne captureront pas un kilogramme de morue de plus que le quota autorisé »... Eu égard aux circonstances dans lesquelles elle a été faite, le Tribunal doit considérer pareille déclaration comme engageant la France à user de tous les moyens dont elle dispose pour veiller, conjointement avec les autorités canadiennes, au respect de cette déclaration »⁴⁴.

⁴² *Ibid.*, p. 573. Voir aussi l'affaire *Kulin, Emeric c. Etat roumain*, *Annual Digest of International Public Law Cases*, 1927-28, p. 489, pour des déclarations isolées, et, pour les contradictions, l'affaire des *Pêcheries* (voir *supra* note 1), p. 238. Voir également Fitzmaurice, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 44-47 (Protest and Admission).

⁴³ *C.I.J. Recueil 1984*.

⁴⁴ *RSA*, vol. XIX, p. 265.

4. Effet probant des déclarations

Dans deux affaires, celle des *Minquiers et des Ecréhous* et celle du *Nicaragua*, la Cour internationale de Justice a considéré nécessaire de préciser le caractère et les effets probants des déclarations unilatérales qui ont été portées à sa connaissance et qui ont été faites en dehors de la procédure judiciaire. La Cour a mis l'accent sur l'effet probant, plutôt que sur l'intention de ses auteurs ou sur l'effet proprement dit de lier l'Etat.

Ainsi, le Ministre français de la marine reconnut que les îlots des Minquiers étaient « possédés par l'Angleterre » dans une lettre adressée au Ministre français des affaires étrangères le 14 septembre 1819. Cette déclaration fut l'objet d'un examen par la Cour dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*. Dans son arrêt, la Cour considéra cette lettre comme la preuve des points de vue officiels à l'époque, dans les termes suivants :

« Par une note du 12 juin 1820 au Foreign Office, déjà citée plus haut, l'ambassadeur de France à Londres a transmis une lettre du 14 septembre 1819 du Ministre français de la marine au Ministre français des affaires étrangères, où les Minquiers sont indiqués comme « possédés par l'Angleterre », et sur l'une des cartes annexées, le groupe des Minquiers est indiqué comme étant anglais. Le Gouvernement français soutient que cette admission ne saurait lui être opposée, car elle fut faite au cours de négociations qui n'ont pas abouti à un accord. Toutefois, il ne s'agit pas d'une proposition ou d'une concession faite au cours de négociations, mais de l'énoncé de faits transmis au Foreign Office par l'ambassadeur de France, qui n'a exprimé aucune réserve à ce sujet. Cette déclaration doit donc être considérée comme la preuve des vues officielles françaises à l'époque »⁴⁵.

Sans doute, l'élément important était que la lettre du Ministre français de la marine était parvenue à la connaissance du Gouvernement britannique et que celui-ci l'a portée à la connaissance de la Cour.

La Cour a également considéré la valeur probante des déclarations des représentants des Etats — surtout de haut niveau politique — dans l'affaire du *Nicaragua*. A ce sujet, la Cour s'exprima de la manière suivante :

« Le dossier soumis à la Cour contient également des déclarations de représentants d'Etats, parfois du plus haut niveau dans la hiérarchie politique. Certaines de ces déclarations ont été faites devant des organes officiels de l'Etat ou d'une organisation

⁴⁵ *C.I.J. Recueil 1953*, p. 71.

régionale ou internationale et figurent dans les comptes rendus officiels de ces institutions. D'autres, prononcées lors de conférences de presse ou d'interviews, ont été rapportées par la presse écrite locale ou internationale. La Cour considère que des déclarations de cette nature, émanant de personnalités politiques officielles de haut rang, parfois même du rang le plus élevé, possèdent une valeur probante particulière lorsqu'elles reconnaissent des faits ou des comportements défavorables à l'Etat que représente celui qui les a formulées »⁴⁶.

VII. Interprétation des actes unilatéraux

Comme on le sait, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour internationale de Justice a remarqué, au sujet de l'interprétation que, « [b]ien entendu, tout acte unilatéral n'entraîne pas des obligations, mais un Etat peut choisir d'adopter une certaine position sur un sujet donné dans l'intention de se lier, ce qui devra être déterminé en interprétant l'acte ». Elle ajouta que « [l]orsque des Etats font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose »⁴⁷.

L'interprétation restrictive qui, selon la Cour, s'impose quand la liberté d'action future d'un Etat est en cause, rappelle l'affaire du « *Lotus* », dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a mis en garde contre les effets implicites des actes des Etats, surtout quand elle a affirmé que « [l]es limitations à l'indépendance des Etats ne se présument donc pas »⁴⁸.

Un autre élément qu'il convient de retenir est celui des circonstances dans lesquelles sont adoptés les actes unilatéraux parce qu'elles ne sont pas — comme la Cour l'a remarqué — toutes équivalentes. C'est pour cela que l'intention des Etats de se lier devra être précisée en interprétant l'acte.

A l'époque où elle a formulé ses observations sur l'interprétation restrictive, la Cour permanente de Justice internationale avait déjà reconnu que les déclarations par lesquelles les Etats acceptaient la

⁴⁶ C.I.J. Recueil 1986, p. 41.

⁴⁷ C.I.J. Recueil 1974, p. 267.

⁴⁸ C.P.J.I. série A, n° 10. Voir également l'avis consultatif sur le *Régime douanier austro-allemand*, C.P.J.I. série A/B, n° 4. Sur les déclarations de renonciation, voir l'affaire *Campbell*, RSA, vol. 11, pp. 1154-1158; l'affaire « *Kronprins Gustav Adolf* », *ibid.*, p. 1299 (la renonciation doit être démontrée par preuve concluante); l'affaire du *Rann de Kutch*, *ibid.*, vol. XVII; l'affaire *Gillow*, ILR, vol. 75, pp. 562-581; l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, C.I.J. Recueil 1952, p. 194; l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir *supra* note 3), pp. 6-21 (désistement et renonciation de droit). Voir aussi *Suy*, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 156-175; et *Oppenheim's International Law*, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 1195.

juridiction obligatoire sont des actes unilatéraux. C'est pour cela que dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, après avoir manifesté que la juridiction de la Cour « n'existe que dans les termes où elle a été acceptée », elle ajouta :

« Dans l'espèce, les termes qui forment la base de l'exception *ratione temporis* présentée par le Gouvernement français sont parfaitement clairs : seuls relèvent de la juridiction obligatoire les situations ou les faits postérieurs à la date de la ratification au sujet desquels s'est élevé le différend... Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de recourir à l'interprétation restrictive qui, dans le doute, pourrait se recommander à l'égard d'une clause dont l'interprétation ne saurait en aucun cas dépasser l'expression de la volonté des Etats qui l'ont souscrite »⁴⁹.

Quelques années plus tard, la Cour internationale de Justice eut l'occasion d'examiner une autre déclaration unilatérale d'acceptation de sa juridiction obligatoire, celle de l'Iran. En effet, dans l'affaire de l'*Anglo Iranian Oil Co.*, la Cour se prononça sur deux points soulevés par le Royaume-Uni. En ce qui concerne le premier, le Royaume-Uni soutenait que la déclaration se référait à l'application des traités acceptés par l'Iran « à une date quelconque » ; la Cour a répondu :

« Si l'on envisage la déclaration au point de vue purement grammatical, on peut considérer que les deux thèses sont compatibles avec le texte. A la rigueur, on peut soutenir que les mots « et postérieurs à la ratification de cette déclaration » se rapportent soit à l'expression « traités ou conventions acceptés par la Perse », soit à l'expression « au sujet de situations ou de faits ».

« Mais la Cour ne saurait se fonder sur une interprétation purement grammaticale du texte... eu égard à l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque où celui-ci a accepté la compétence obligatoire de la Cour »⁵⁰.

Quant au deuxième point soulevé par le Royaume-Uni, la Cour indiqua qu'en matière d'interprétation des actes unilatéraux ce ne sont pas les règles d'interprétation des traités qui s'appliquent. En effet, le Royaume-Uni soutenait que la déclaration de l'Iran contenait des mots superflus, si on l'interprétait « comme le veut l'Iran ». La Cour répondit « qu'un texte juridique doit être interprété de manière qu'une raison d'être et un sens puissent être attribués à chacun de ses mots »⁵¹.

⁴⁹ C.P.J.I. série A/B, n° 74, pp. 23-24.

⁵⁰ C.I.J. Recueil 1952, p. 104.

⁵¹ *Ibid.*, p. 105.

A ce sujet, la Cour précisa :

« On peut dire que ce principe doit s'appliquer en général quand il s'agit d'interpréter le texte d'un traité. Mais le texte de la déclaration de l'Iran n'est pas un texte contractuel résultant de négociations entre deux ou plusieurs Etats. Il résulte d'une rédaction unilatérale par le Gouvernement de l'Iran, qui semble avoir apporté une prudence particulière à la rédaction du texte de la déclaration. Il semble y avoir inséré *ex abundantia cautela* des mots qui peuvent, à strictement parler, sembler superflus. Cette prudence s'explique par les raisons particulières qui ont conduit le Gouvernement de l'Iran à rédiger la déclaration d'une façon très restrictive »⁵².

Finalement, la Cour, en examinant si une déclaration unilatérale d'acceptation de la juridiction obligatoire avait ou non un effet rétroactif et, par conséquent, était incompatible avec l'Article 36 du Statut, signala, dans l'affaire du *Droit de passage*, que pour apprécier l'allégation il faut déterminer le sens et l'effet du texte et les principes de droit applicables. Selon la Cour :

« Les mots « une notification qui prendra effet à la date où elle aura été donnée » ne peuvent être interprétés comme signifiant que cette notification aura effet rétroactif, de sorte qu'elle s'appliquerait aux affaires déjà pendantes devant la Cour. Interprétés dans leur sens ordinaire, ces mots signifient simplement qu'une notification faite en vertu de la troisième condition s'applique seulement aux différends soumis à la Cour après la date de la notification. Cette interprétation conduit à la conclusion qu'on ne saurait légitimement attribuer un effet rétroactif à une notification faite en vertu de la troisième condition. C'est une règle de droit généralement acceptée et appliquée dans le passé par la Cour qu'une fois la Cour valablement saisie d'un différend, l'action unilatérale de l'Etat défendeur, dénonçant tout ou partie de sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour »⁵³.

La Cour conclut :

« C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant »⁵⁴.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *C.I.J. Recueil 1957*, p. 142.

⁵⁴ *Ibid.*

En conclusion, l'intention des Etats joue un rôle important en matière d'interprétation des actes unilatéraux sauf, bien sûr, quand elle conduit à des résultats absurdes ou arbitraires.

VIII. Révision et révocation des actes unilatéraux

D'après la théorie générale du droit, les actes juridiques sont susceptibles de révision, modification, suspension, révocation et annulation. Ainsi, les actes conventionnels peuvent être amendés par toutes les parties ou modifiés par accord *inter se* entre certaines parties. De la même manière, ces actes peuvent être l'objet de dénonciation unilatérale quand la dénonciation est prévue ou, autrement, d'extinction ou de suspension en cas de violations substantielles, en suivant les procédures prévues par le droit codifié des traités. La suspension et l'extinction peuvent être aussi le résultat de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ou d'un changement fondamental de circonstances. Finalement, les actes conventionnels peuvent être nuls *ab initio* ou être annulés *ex nunc*. On voit donc que, dans le cadre du droit des traités, il n'existe pas de « pétrification » des situations et des relations juridiques entre les Etats.

En ce qui concerne les actes unilatéraux, il faut dire que les Etats ne poursuivent pas non plus l'immutabilité des situations de fait ou de droit et des relations juridiques et politiques entre eux et avec les organisations internationales. Ainsi, le problème de fond est de préciser dans quelles situations et quelles circonstances les actes unilatéraux peuvent être révisés, révoqués et annulés.

A cet égard, on peut appliquer aux actes unilatéraux, par analogie, les régimes établis par le droit codifié des traités, ou bien préciser, selon le genre d'acte dont il s'agit, ses liens avec le droit coutumier⁵⁵, et l'on peut certainement trouver des traits communs entre les actes unilatéraux et ceux régis par le droit des traités. Les actes unilatéraux peuvent aussi être affectés par des vices de consentement et, tout comme les traités, ils sont soumis aux effets des règles impératives du *jus cogens*. La disparition de la Cour permanente de Justice internationale a mis en lumière ces effets sur les déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire⁵⁶.

Cependant, d'autres actes unilatéraux sont soumis aux restrictions et aux interdictions établies par le droit coutumier. Par exemple, la reconnaissance *de jure* d'un Etat n'est pas révocable et la révocation de la nationalité des personnes physiques est soumise aux restrictions établies par le droit international. Bien sûr, il y a des domaines

⁵⁵ Skubiszewski, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 248-249.

⁵⁶ Voir l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, C.I.J. Recueil 1959, p. 144.

où il n'y a pas de règles. Et c'est précisément dans ces domaines que la jurisprudence internationale fournit des paramètres et des indicateurs. Nous pouvons donc déduire que les actes unilatéraux ne sont pas immuables⁵⁷.

La révision et la révocation sont soumises aux règles établies soit par le droit conventionnel, soit par le droit coutumier. Ainsi, les règles applicables dépendent, par essence, du genre d'acte unilatéral dont il s'agit et des circonstances dans lesquelles il a été émis. Il n'y a pas de doute que le droit de modifier ou de révoquer un tel acte existe et il est encadré par des règles et des principes, mais surtout par la bonne foi, comme on le voit en examinant la jurisprudence internationale.

1. Actes unilatéraux *stricto sensu*

La célèbre déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez a donné lieu, précisément, à une discussion à niveau international. La question s'est posée de savoir si elle était et est encore ou non modifiable ou révocable. Selon Jacques Dehaussy :

«La République arabe unie paraît avoir, théoriquement, la possibilité de revenir sur les engagements exprimés dans la déclaration, soit par un retrait global, soit par une modification partielle. Nombreux sont les Gouvernements qui en ont tiré argument pour proclamer inacceptable tout règlement unilatéral du problème de Suez »⁵⁸.

Parmi les Etats qui ont exprimé au Conseil de sécurité des points de vue à ce sujet se trouvait la France qui s'est prononcée comme suit :

«... une déclaration unilatérale, même enregistrée, ne peut très évidemment avoir d'autre portée que celle d'un acte unilatéral, et nous devons tirer de cette constatation d'évidence la conséquence que, décrétée unilatéralement, la déclaration peut être modifiée ou annulée de la même façon »⁵⁹.

Quelques années plus tard, la Cour internationale de Justice, sans que la question lui soit posée, se prononça en termes laconiques sur la révision et la révocation des actes unilatéraux. En effet, dans l'af-

⁵⁷ Voir Carbone, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 27; Sicault, *op. cit.* (*supra* note 6), pp. 650-656; N. Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, pp. 357-359; et *Oppenheim's International Law*, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 1198.

⁵⁸ J. Dehaussy, « La déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez », *AFDI*, 1960, vol. 6, p. 180.

⁵⁹ 776^e séance, 26 avril 1957, *Documents officiels du Conseil de sécurité, douzième année*, par. 59. Voir aussi A. C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1962, vol. 1, pp. 617-618.

faire des *Essais nucléaires*, elle a affirmé que les Etats intéressés pouvaient tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles, en précisant qu'à cet égard, « ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée »⁶⁰.

Puis, dans un autre paragraphe de son arrêt, elle a ajouté :

« ... l'engagement unilatéral résultant de ces déclarations ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision »⁶¹.

Il est évident que, pour la Cour, le droit de réviser un acte unilatéral existe, mais en même temps elle prévient que ce droit n'entraîne pas un pouvoir arbitraire. La limite fixée par la Cour conduit à penser, comme Jacqué le signale⁶², à la théorie de l'abus de droit, à l'interdiction de *venire contra factum proprium* et à l'effet juridique de l'estoppel⁶³.

Il est donc nécessaire d'examiner le droit de révision et de révocation des déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice, étant donné que la Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur ces droits.

2. Déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire

Etant donné que l'acte unilatéral d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour peut être révisé, modifié, dénoncé ou simplement s'éteindre, soit du fait de l'expiration des délais fixés dans la déclaration, soit du fait de la disparition de la Cour elle-même, la modification, la dénonciation et la caducité sont inhérents à ces actes.

La Cour eut l'occasion d'examiner le droit de révision et de dénonciation dans deux arrêts postérieurs à ceux des *Essais nucléaires* : le premier dans l'affaire du *Nicaragua* en 1984 et le second dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières* en 1988. La Cour se prononça, dans le premier cas, sur le droit des Etats-Unis de modifier leur déclaration du 14 août 1946 et, dans le second, sur les modifications introduites par le Honduras à sa déclaration de 1960 par une nouvelle déclaration du 22 mai 1986.

⁶⁰ C.I.J. Recueil 1974, p. 268.

⁶¹ *Ibid.*, p. 270.

⁶² Jacqué, « A propos de la promesse unilatérale », *op. cit.* (*supra* note 6), p. 343.

⁶³ Voir, par exemple, Rubin, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 2; Venturini, *op. cit.* (*supra* note 5), p. 402; Cahier, *op. cit.* (*supra* note 2), pp. 237 et 265; et Villagrán Kramer, *op. cit.* (*supra* note 5). Pour la jurisprudence, voir *supra* note 4, ainsi que l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, C.I.J. Recueil 1990.

Il résulte de l'arrêt de 1984 que les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire sont des engagements facultatifs de caractère unilatéral auxquels les Etats sont libres de souscrire, soit sans conditions ni limites de durée, soit en introduisant toutes sortes de conditions et de réserves. Toutefois, le caractère unilatéral n'implique pas que « l'Etat déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels »⁶⁴. A l'appui, la Cour rappela son arrêt dans l'affaire des *Essais nucléaires* dans lequel elle avait déclaré que l'Etat intéressé devait « suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration »⁶⁵. Elle ajouta :

« La question la plus importante qui se pose à propos de la notification de 1984 est de savoir s'il était loisible aux Etats-Unis de ne tenir aucun compte de la clause de préavis de six mois qu'ils avaient librement choisi d'insérer dans leur déclaration de 1946. Ce faisant, ils avaient assumé une obligation contraignante à l'égard des autres Etats parties au système de la clause facultative. Les Etats-Unis ont certes le droit, inhérent à tout acte unilatéral d'un Etat, de changer la teneur de leur déclaration ou d'y mettre fin; ils ont néanmoins assumé une obligation irrévocable à l'égard des autres Etats qui acceptent la clause facultative, en déclarant formellement et solennellement que tout changement semblable ne prendrait effet qu'après l'expiration des six mois de préavis »⁶⁶.

Selon la Cour, le Nicaragua pouvait donc opposer aux Etats-Unis la clause de préavis de six mois, « parce qu'elle constitue un engagement faisant partie intégrante de l'instrument où elle figure »⁶⁷.

Dans l'autre affaire, celle des *Actions armées*, la Cour examina sa compétence non seulement à la lumière de la nouvelle déclaration du Honduras mais aussi de l'article XXX du Pacte de Bogotá. Après avoir établi sa compétence conformément à ce Pacte, la Cour considéra qu'elle n'avait pas besoin d'examiner les modifications introduites par le Honduras⁶⁸.

En ce qui concerne la caducité des déclarations du fait de la disparition de l'ancienne Cour permanente de Justice internationale, il faut remarquer que la caducité fut admise dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*⁶⁹, ce qui ne fut pas le cas dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, étant donné que la

⁶⁴ C.I.J. Recueil 1984, p. 418.

⁶⁵ C.I.J. Recueil 1974, p. 267.

⁶⁶ C.I.J. Recueil 1984, p. 418.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ C.I.J. Recueil 1988, pp. 80 et 88.

⁶⁹ C.I.J. Recueil 1959, pp. 144-146.

Thaïlande avait renouvelé, par déclaration faite devant la nouvelle Cour, son acceptation de la juridiction obligatoire⁷⁰.

En guise de conclusion, nous pouvons dire que si le droit de modification et de révocation des actes unilatéraux est inhérent à ceux-ci, il n'est pas illimité. La nature, l'extension et les délais des engagements peuvent constituer un empêchement et obliger l'Etat, dans un cas où il voudrait se désengager, à suivre les procédures établies par le droit international.

Finalement, à la lumière de la jurisprudence analysée dans les pages précédentes et même de la doctrine dominante, on peut dire que la tâche de codification des règles de droit international général applicables aux actes unilatéraux est beaucoup plus simple aujourd'hui qu'elle ne l'était auparavant. Les deux Cours mondiales et les Tribunaux internationaux d'arbitrage y ont certainement largement contribué. La tâche de codification revient maintenant à la Commission du droit international.

⁷⁰ *C.I.J. Recueil 1961*, p. 17 et suiv.

THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN THE IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL LAW

Derek William Bowett

I. Introduction

The notion of "implementation" is different from that of the enactment, codification or development of law. It presupposes that rules of law already exist and looks to the means whereby those rules are implemented or enforced: in short, it is concerned with the observance of the "Rule of Law".

The role of international organizations in this regard covers a very wide field and, given the limitations of space and the aim of celebrating the United Nations Decade of International Law, this essay will focus on the United Nations organizations.

II. Implementation in Practice: The Rules and the Techniques for their Enforcement

It is necessary to distinguish between different types of rules of law, for the means for their implementation vary greatly according to type.

1. The Rules of the Organizations Themselves

Even within this category certain sub-divisions are needed.

(a) *Constitutional Texts*

Disputes over the implementation of the basic constitutional texts are common, and these can take the form of disputes between Members, or disputes between Members and the Organization itself, notably when a Member feels aggrieved by a decision of one of the organs. The initial assumption is that such disputes will be settled internally, within the Organization itself, and indeed the three financial organizations, plus the International Fund for Agricultural Development (IFAD) envisage in their constitutions no form of reference to any external body.¹

¹ See S. Klein, "United Nations Specialized Agencies", in *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland, 1983), vol. 5 p. 361.

Other organizations provide in their constitutions for reference of such disputes to arbitration or to the International Court of Justice by means of a request for an advisory opinion (this being a consequence of international organizations having no standing to appear as Parties). Yet, compared to the League of Nations, the United Nations has made little use of this facility.²

(b) *Decisions and Directives*

Of these there are two categories: the first concerns those that are directed towards States, and, within the United Nations, it is the Security Council which under Article 25 has the power to take decisions binding directly upon States.

Within the specialized agencies, the decisions against which a Member may feel inclined to protest tend to be taken by way of the adoption or revision of the often technical legal instruments which are distinct from the Constitution but which become operative rules of law within the particular area of competence. Thus, the Administrative Regulations of the International Telecommunications Union (ITU); the Acts of the Universal Postal Union (UPU); the Annexes, Procedures for Air Navigation Services (PANS) and Supplementary Procedures (SUPPS) of the International Civil Aviation Organization (ICAO); the Technical Regulations of the World Meteorological Organization (WMO); the Regulations of the World Health Organization (WHO); the decisions of the Executive Board of the International Monetary Fund (IMF)—these are but some of the vehicles whereby binding rules are created. True, a Member State may in most cases “opt out” of new rules adopted by a majority vote, but in practical terms this may deprive the Member of many of the real benefits of membership, so it is not an option to be made lightly.³

A second category concerns those decisions which, although binding, operate internally within the organization, such as decisions to establish a new organ, or to allocate budgetary contributions, or to adopt a particular programme.

² During the 19 years of the League, some 27 advisory opinions were requested of the Permanent Court of International Justice by the League and the International Labour Organization. In 50 years, the United Nations organizations have made 19 requests. Of the agencies, there is the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization request (1960) and the World Health Organization requests (1980 and 1995—the new request on conformity of the use of nuclear weapons with the Constitution). The United Nations itself has made 16 requests, of which 3 have related to the United Nations Administrative Tribunal.

³ See generally, I. Detter, *Law-Making by International Organizations* (Stockholm, Norstedt and Söners, 1965); E. Yemin, *Legislative Powers in the United Nations and Specialized Agencies* (Leyden, Sijthoff, 1969); and K. Skubiszewski, “International Legislation”, in *Encyclopedia of Public International Law*, *op. cit.* (footnote 1 above), pp. 97-104.

(c) *Internal Rules*

Each organization will have a substantial body of internal rules—Rules of Procedures, Staff Rules and Regulations—which certainly become part of international law and are implemented by the Organization on a regular basis. Moreover disputes with staff members are handled under careful judicial safeguards, comprising internal appeals procedures and, ultimately, reference to an Administrative Tribunal.

2. Rules Agreed between Organizations and States

A considerable body of law is to be found in the many agreements concluded between organizations and States. The commonest are the Headquarters Agreements, Agreements on Privileges and Immunities, Loan Agreements, Agreements on Technical Assistance, Claims Settlement Agreements and Agreements on the Status of United Nations Forces. Whilst organizations can, and do, contract under municipal law, the type of agreement referred to above is certainly governed by international law and, in addition, provision is made for the settlement of disputes through arbitration or claims commissions.

3. Rules Adopted under the Auspices of the Organization

Organizations frequently promote international agreements between States. The many “codification” conventions—on the law of the sea, on treaties, on diplomatic and consular relations, on statelessness, etc.—are a case in point. The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) conventions, the many International Labour Organization (ILO) conventions, the United Nations Environment Programme (UNEP) conventions, the International Maritime Organization (IMO) conventions are yet further examples.

It is in these cases that the Organization will often assume a special role with regard to the supervision of the implementation of their treaty obligations by States.

The ILO pioneered a highly successful technique which consists of requiring States to submit annual, or other periodic, reports on the national measures taken by them to implement their treaty obligations; the examination of those reports by an organ⁴ of the organization

⁴ In the ILO, this is the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, an independent body whose members are appointed in their individual capacity. See N. Valticos, *International Labour Law* (Deventer, Kluwer, 1979); and E. A. Landy, *The Effectiveness of International Supervision: Thirty Years of ILO Experience* (London, Stevens, 1966). In UNESCO, the obligation to report is contained in Article VIII of the Constitution, although few Members comply regularly and comprehensively.

concerned and, in addition, a "complaints procedure" plus inquiry and fact-finding.

The system established in the United Nations in respect of Trusteeship Agreements and the Human Rights Covenants is not dissimilar.⁵ The various conventions generally provide for the appointment of committees of experts, although for two conventions (the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid) the organs are established by the Economic and Social Council itself. It is these committees which examine complaints and pursue inquiries in order to establish whether a violation of the Covenant has occurred.⁶

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, whilst providing for conciliation of disputes as a general rule, made a significant advance in article 66 by providing that, where a Party invoked *jus cogens* as a justification for invalidating or terminating a treaty under articles 53 and 64, an aggrieved Party has a right of referring a dispute to the International Court of Justice by way of unilateral application.

The new, 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea makes some striking advances in providing for dispute settlement procedures as a means of ensuring compliance with the Convention. It will be recalled that the 1958 Conventions could do no better than an Optional Protocol for dispute settlement. But in the 1982 Convention, article 287 requires the Parties to choose one of four procedures for settlement of disputes arising under the Convention: reference to the International Court of Justice, to the new Law of the Sea Tribunal,⁷ to arbitration, or to special arbitration.

Equally ambitious is the new World Trade Organization's Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes, adopted as part of the Uruguay Round in 1993.⁸ The Under-

⁵ B. Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (München, Beck, 1994), espec. Article 68; Ph. Alston, ed., *The United Nations and Human Rights: a Critical Appraisal* (Oxford, Oxford University Press, 1992).

⁶ For a useful description of the reporting system under the various human rights instruments, which varies from convention to convention, see L. Sohn, "Human Rights: their implementation and supervision by the United Nations", in Th. Meron, ed., *Human Rights in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1984), vol. II, pp. 369-399.

⁷ E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice* (Cambridge, Grotius, 1991), pp. 20-22, is critical of this apparent "duplication" of the work of the International Court of Justice. But see D. H. Anderson, "Legal Implications of the Entry into Force of the United Nations Convention on the Law of the Sea", *ICLQ*, vol. 44 (1995), pp. 324-326, who takes a more generous view.

⁸ *ILM*, vol. 33 (1994), pp. 114-171. See, for commentary, A. F. Lowenfeld, "Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT", *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 477-488; E. Canal-Forgues, "Le système de règlement des

standing covers several agreements (the "covered agreements") and establishes a new Dispute Settlement Body (DSB) to administer the system. The Parties are encouraged to use consultation, good offices, mediation and conciliation but, if agreement is not reached, the matter is then referred to an expert "panel" which, working on a confidential basis, "makes such findings as will assist the DSB in making recommendations or giving the rulings provided for." Thus the DSB has ultimate responsibility, even though there is an appellate body from the panel, and the DSB is charged to "keep under surveillance" the compliance with its recommendations or rulings. The DSB, faced with non-compliance, can order compensation or authorize suspension of concessions "equivalent to the level of the nullification or impairment" suffered by the complainant.

4. Rules of General International Law

The constitutional texts of international organizations do not exist in a vacuum, nor are the activities of their organs governed solely by those texts. These texts form only a part of international law and they operate within that broader context. As we shall see, there is clear evidence of an intention to promote and apply international law in general, whenever that is appropriate to their activities.

To take a very obvious example, the concepts of "domestic jurisdiction" (Article 2, paragraph 7, of the Charter), of "territorial integrity" (Article 2, paragraph 4) or "self-defence" (Article 51) depend for their application on general international law, for the Charter itself does not define them. Thus the requirement of proportionality, essential to the legality of self-defence, is provided by the general law, not the Charter.

As the Court said in the *Nicaragua* case:

"Principles such as those of the non-use of force, non-intervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law, despite the operation of provisions of conventional law in which they have been incorporated."⁹

A recent example of the direct reliance on rules of general international law by a United Nations organ is seen in the establishment

différends de l'Organisation Mondiale du Commerce," *RGDIP*, vol. 98 (1994), pp. 689-708. The General Agreement on Tariffs and Trade of course had a dispute settlement procedure as far back as 1950—see R. E. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System* (Salem, Butterworth, 1993)—but the new system is more comprehensive and more committed to adjudication of disputes rather than conciliation.

⁹Case concerning the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 424.

by the Security Council¹⁰ of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. This is without doubt a United Nations body, yet the law it applies and implements is not simply the Charter but the 1949 Geneva Conventions, the laws and customs of war, and the Genocide Convention.¹¹ To take a further example, the tribunals established by the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), itself a subsidiary organ of the World Bank, apply rules of general international law in the absence of express rules chosen by the parties.¹²

The concern of international organizations with the implementation of general international law is graphically illustrated by the request of the General Assembly on 15 December 1994¹³ that the International Court of Justice should give its advisory opinion on the following question:

“Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstances permitted under international law?”

III. The Issue of Sanctions

Many international organizations have power to decide on sanctions against Member States. In all legal systems the taking of sanctions represents the ultimate stage in the implementation of law, visiting a party guilty of a violation of its legal obligations with such penalties or consequences as are commensurate with the breach and/or will afford redress to any injured party. The process is usually twofold.

(a) The determination that a breach has been committed, and

(b) The determination of an appropriate sanction. The first stage is normally judicial and hinged about by the safeguards usual in judicial proceedings: observance of the rules of natural justice, impartiality and objectivity, and regularity (in the sense that, subject to variations justified by the particular circumstances *any* party guilty of the same breach will be so treated).

By these standards the practice of international organizations has been disappointing. As we have seen in Section II, the reliance on standard, third-party techniques for resolving disputes is impressive; but in this field of “sanctions” the practice is seen to be highly political and deficient in principle.

¹⁰ Resolution 827 (1993) of 25 May 1993.

¹¹ Statute of the Tribunal, document S/25704, Articles 2, 3 and 4.

¹² Article 42 of the Convention. See A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *Recueil des Cours... 1972-II*, vol. 136, pp. 331-410; and C. F. Amerasinghe, “The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes”, *Indian Journal of International Law*, vol. 19 (1979), pp. 166-227.

¹³ Resolution 49/75 K.

1. Deprivation of the Benefits of Membership

Under this heading are sanctions such as loss of vote, suspension or deprivation of memberships, or, in the financial organizations, loss of drawing rights or rights to loans, and finally expulsion.

In those organizations where loss of vote—either “automatic”, as in the United Nations, or “flexible”, as in ICAO—arises from non-payment of subscriptions there appears to be little room for anxiety. The question whether arrears exist is a matter of record, and whether special circumstances exist to excuse non-payment is very much a matter of political rather than legal judgement.

But suspension or deprivation of rights of participation on the ground that a member’s conduct violates the constitution is patently a “justiciable” issue. In practice, however, it has been dealt with as a straightforward political issue in many of the organizations. Thus South Africa was recommended to withdraw from the ILO by the Government Body in 1961; it was refused the right to participate in African regional conferences of the Food and Agriculture Organization (FAO) in 1963; the ITU and the WMO followed suit in 1965 and 1975. Portugal and Israel (in relation to UNESCO) also at one time suffered certain disabilities imposed upon them.

The concern is not simply that these penalties were imposed following a purely political process, but that the criteria applied to these few States were not applied generally, in other cases. Denial of human rights, on a large scale, has occurred in other States without these organizations applying similar sanctions, highlighting the arbitrary nature of these “sanctions”.

2. Enforcement Measures

The reliance on peace-keeping tends to avoid the issue of legal responsibility which should be a precondition of sanctions: the essence of peace-keeping is that the States involved consent to what is undertaken, and the principle of “non-intervention” ensures that the United Nations does not discriminate between the Parties. Reliance by the Council on Article 39, rather than Article 2, paragraph 4, commonly typifies the Council’s wish to invoke the vague concepts of “threat to the peace, breach of the peace” which do not in themselves involve a finding that a particular State is responsible for having created that situation.¹⁴

But once sanctions are authorized, the situation is different precisely because the taking of sanctions against a State presupposes that

¹⁴ It must be accepted that a finding in these terms does not necessarily involve a finding of delictual conduct. See G. Gaja, “Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial”, *RGDIP*, vol. 97 (1993), pp. 291-320.

the State is in breach of its obligations. There is, however, little doubt that the United Nations sees this as a necessary precondition to be established with all the safeguards of due process.¹⁵

Non-military sanctions have been taken against Rhodesia,¹⁷ South Africa,¹⁸ Yugoslavia,¹⁹ Somalia,¹⁹ Libya,²⁰ Liberia²¹ and Haiti.²² Military sanctions were taken against Iraq, following the invasion of Kuwait,²³ and against the Bosnian Serbs.²⁴ The fact that the United Nations relied on the North Atlantic Treaty Organization (NATO) to execute the air attacks against the Bosnian Serbs does not change the essential point that the decision was a political decision. What the incidents of recent years do illustrate is that the division between peace-keeping and peace enforcement—that is to say, sanctions—has become increasingly difficult to maintain once there is opposition to the actions of the United Nations.

¹⁵ For an appeal for due process in United Nations decisions, see L. S. "Due Process in the United Nations", *AJIL*, vol. 69 (1975), pp. 620-622.

¹⁶ Beginning with an oil embargo under Security Council resolution 221 (1966) of 9 April 1966, the United Nations moved to a total economic blockade by Security Council resolution 253 (1968) of 29 May 1968; for full discussion of action taken against Rhodesia, see V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses: Illegal Acts in International Law: United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia* (Dordrecht, Nijhoff, 1990).

¹⁷ Security Council resolution 418 (1977) of 4 November 1977.

¹⁸ Security Council resolution 713 (1991) of 25 September 1991 placed an embargo on supplies of all weapons and military equipment.

¹⁹ Security Council resolution 733 (1992) of 23 January 1992 banned delivery of weapons. In the following year, resolution 837 (1993) of 6 June 1993 authorized the United Nations peace-keeping force to take all necessary measures against those responsible for attacks on the force. The Secretary-General did instigate an investigation which confirmed that General Aidid was responsible before action was taken against his men (see document S/26351).

²⁰ Security Council resolution 748 (1992) of 31 March 1992: this placed a blockade on Libya, restricting air communications with the country.

²¹ Security Council resolution 758 (1992) of 8 June 1992 placed an arms embargo on Liberia.

²² Security Council resolution 841 (1993) of 16 June 1993 imposed a financial blockade on Haiti. Resolution 940 (1994) of 31 July 1994 went further and authorized "all necessary means" to remove the military leadership of Haiti.

²³ Security Council resolution 678 (1990) of 28 November 1990. And after the cessation of hostilities, by resolution 687 (1991) of 3 April 1991, the Security Council ordered Iraq to dismantle its ballistic missiles, chemical and biological weapons and manufacturing facilities. See generally, U. Villani, *Lezioni su l'ONU e la guerra del Golfo* (Bari, Cacucci, 1991).

²⁴ The United Nations humanitarian mission and peace-keeping force in Rwanda did not carry out these military sanctions but left this to NATO. For a review of all the Security Council authorizations of the use of force, from Iraq (1990) to Rwanda (1994), see H. Freudenschuss, "Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by the UN Security Council", *European Journal of International Law*, vol. 5 (1994), pp. 492-523.

It is not the purpose of this essay to question the justification for these various measures by the United Nations. The present concern is that, although these measures assumed a party was in breach of its obligations, the breach was simply assumed as part of a political process: no kind of impartial, objective legal determination that a breach had occurred was attempted.²⁵ This characteristic of the sanctions policy of the United Nations is disquieting. As one another has recently stated:

“The Council has made quasi-judicial determinations that go well beyond those inherent in its express authority to determine threats to the peace, breaches of the peace and acts of aggression. It has also gone beyond its readily implied authority to interpret and apply relevant Charter provisions or to interpret its own resolutions. It has done so despite its own non-judicial character, and without procedural safeguards.”²⁶

The proposition is not that a political organ, exercising political powers, ought to be transformed into a quasi-judicial body. It is simply that if sanctions are to be taken against a Member, as a means of compelling that Member to implement its legal obligations, then the initial determination that the Member is in breach ought to be taken deliberately and with the safeguards of due process. Thereafter, the decision on whether, in all the circumstances, sanctions should be taken; on the form of such sanctions; on who should take them, and when they should cease—all these remain political decisions, and it would be foolish to content otherwise.

The objection that the urgency of the situation will rarely permit the Security Council to engage in a leisurely judicial process has to be anticipated. The Security Council has the power to “temporize” until a decision on responsibility is reached by using its powers under Article 40. Moreover it is by no means clear that the process of making an impartial, objective assessment of the evidence of breach is necessarily so time-consuming. One does not envisage a lengthy, judicial process akin to hearings before the International Court of Justice. Use of a Commission of Jurists—a feature of the work of the Council of the League—could produce a rapid conclusion. Presumably the Council Members review the evidence before deciding on sanctions, so the same review conducted by impartial jurists need take no more time.

²⁵ It is of interest to examine the careful and wide-ranging study by the Clinton Administration in the United States on Reforming Multilateral Peace Operations, *ILM*, vol. XXXIII (1994), pp. 798-827. It contains no hint that the United States perceives any need to have a prior legal determination of the question of breach.

²⁶ F. L. Kirgis, Jr., “The Security Council’s First Fifty Years”, *AJIL*, vol. 89 (1995), p. 538.

Nor does the objection that a Member State may have to rely upon confidential information, which cannot easily be made accessible to a Commission of Jurists, carry much weight. No doubt there are occasions on which a State has information derived from its intelligence sources available to it, and it would not wish to share such information for fear of jeopardizing such sources, but in such cases how can other Member States in the Council support action alleged to be justified by such information without having the information? And if the information can, and must, be divulged to other Members in order to secure their political support, there would seem to be no reason for not divulging it to a Commission of Jurists.

NON-BINDING COMMITMENTS: A COMMENTARY ON THE SOFTENING OF INTERNATIONAL LAW EVIDENCED IN THE ENVIRONMENTAL FIELD

Alberto Székely

I. Purpose of this Essay

The United Nations General Assembly, through its resolution 44/23 of 17 November 1989, declared the period 1990-1999 as the "United Nations Decade of International Law", one of the main purposes of which should be "to encourage the progressive development of international law and its codification".

Those who participated, were close to, or observed the process that led to, the adoption of the Declaration on the Decade, particularly since the inception of the initiative by the Non-Aligned Movement, will remember that the effort was prompted by a concern for the future of international law and of its effectiveness, particularly as a result of certain discouraging episodes such as the attitude of the United States regarding the case brought against that country to the International Court of Justice in 1986, concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*.¹

The Decade constitutes, then, an opportunity to reflect on the future of international law. Such reflection could be helpful in detecting any possible negative or worrisome signals observable in current trends, and in warning about them.

This essay only attempts to start to analyse, and perhaps even to cautiously warn, of some possible disturbing signals which appeared to begin to take shape precisely during the first few years of the Decade, particularly in the realm of international environmental law.

¹ See "Goals of the United Nations Decade of International Law: Law Reform and National Programs", in The American Society of International Law, *Proceedings of the 87th Annual Meeting* (1993), pp. 357-376; R. St. J. Macdonald, "The United Nations Decade of International Law", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 28 (1990), pp. 417-427; and F. Seyersted, "La década del derecho internacional de Naciones Unidas", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 4 (1990-1991), pp. 73-90.

which undoubtedly constitutes one of the top contemporary world issues. If those signals were to become a symptom of international legal negotiations in other areas, this would seem to indicate that the longest organized effort of the international community to codify and progressively develop international law, which started in 1945 with the creation of the United Nations, would have reached its zenith and could even dwindle toward an era of decadence.

II. The Trend

Those signals have to do with the evidence of a trend, on the part of all types of States, to use international instruments, which in the past served as the vehicle to generate binding rules of international law, as mere programmatic political documents which at best provide for non-binding commitments that will leave the participating States basically free to act at their individual unilateral discretion, that is, the direct opposite of the object and purpose of positive international legal instruments.

Behind such trend, which can be detected since the end of the Cold War era, there seems to be an absence of political will of States to commit themselves to new international obligations that will further restrict their freedom of conduct or their ability to undertake activities by having to submit to burdensome limitations. This is inevitably the case in the environmental field, given the fact that most anthropogenic activities necessarily impact, in various measures, the natural environment. This absence of political will is evidenced not only by the texts which States negotiate internationally, but even more so by those they just simply refuse to negotiate and conclude.

This seems to be consistent with a world where "liberalization" has become an ideology in the intercourse of States, now heavily concentrated in the trade of goods and services, that is supposed to lift the barrier effect that State sovereignty and geopolitical boundaries entail for so many transboundary and international human activities, and is intended to turn the planet into a "global village". The rule of the game and the key to success in today's world of globalization is to be able to *effectively compete*, and thus the competitors wish to be and remain as free from any restraints as possible. Already in 1984, Tadeusz Gruchalla-Wesierski noted that, although States are willing to address problems collectively, they try to limit the amount of constraints they put upon themselves, by resorting to soft law.²

For European and other Western democracies, the idea seems to be to go ahead through their own institutional mechanisms—without

² T. Gruchalla-Wesierski, "A Framework for Understanding 'Soft Law'", *McGill Law Journal*, vol. 30 (1984), pp. 39-40.

waiting for the rest of the international community, which moves through slow, politicized and tortuous ways—with the development of their own regional and specialized international legal regimes, including an environmental regime. This is the case with regard to all aspects not only of international life, but in many typically domestic areas as well, most of which have not yet been touched upon in almost all other regions of the world, or which have been up for negotiation for a long time at universal or general international fora. Thus, a number of instruments have been adopted in a wide variety of important areas, such as:

- the 1991 Economic Commission for Europe (ECE) Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context;
- the 1988, 1989, 1992 and 1994 Protocols to the 1979 ECE Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution;
- the 1989 European Communities Council resolution on the Greenhouse Effect and the Community;
- the 1992 ECE Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes;
- the 1991 Convention on the Protection of the Alps;
- the 1992 Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents;
- the 1992 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic;
- the 1995 Agreed Minute between Canada and the European Community on the Conservation and Management of Fish Stocks;
- the 1993 Council of Europe Convention on Civil Liability for Damages Resulting from Activities Dangerous to the Environment;
- the 1992 Nuclear Suppliers Group Memorandum of Understanding Implementing Guidelines for Transfers of Nuclear-Related Dual-Use Equipment, Materials and Related Technology;
- the 1991 United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade; and
- the 1994 European Energy Charter Treaty.

Other, non-environmental, areas on which hard international law has been produced by those countries are those dealing with administrative assistance in tax matters; transfrontier television; jurisdiction and enforcement of judgements in civil and commercial matters; insider trading; trade and commercial and economic cooperation; the establishment of a European Bank for Reconstruction and Development; conventional armed forces; laundering, search, seizure and confiscation of proceeds from crime; certain international aspects of

bankruptcy; broadening of access to the European Human Rights Court by individuals; asylum; the application of competition laws; the concept of a new Europe; the European Union; the European Social Charter; the peaceful settlement of disputes; and the protection of national minorities.³

However, the conventional instruments utilized by States to formalize liberalization in their mutual relations, which are generally bulky volumes of detailed implementing obligations, usually become shy and softened whenever it comes to their environmental variable. Illustrative cases in point are the texts of the 1992 North American Free Trade Agreement, the 1992 Maastricht Treaty on European Union and the 1994 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.

Many international meetings and negotiations, particularly on environmental and sustainable development issues, adopt instruments containing supposedly agreed "rules" of so-called "soft law", which are so deprived of any mandatory or imperative language, and of any reciprocal rights and obligations, that they could hardly be recognized as rules of international law at all. What used to be typical preambular language in conventional instruments is now the stuff of which operative articles are made, resembling more political statements or declarations of good-will intentions, as in the action plans and programmes of the seventies, than an international legal instrument.

³ See, respectively, the 1988 Council of Europe/Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters; the 1989 Council of Europe Convention on Transfrontier Television; the 1989 European Free Trade Association/European Communities Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters; the 1989 Council of Europe Convention on Insider Trading; the 1989 Agreement on Trade and Commercial and Economic Cooperation between the European Economic Community, the European Atomic Energy Community and the Union of Soviet Socialist Republics; the 1990 Agreement Establishing a European Bank for Reconstruction and Development; the 1990 Treaty on Conventional Armed Forces in Europe; the 1990 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime; the 1990 European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy; the 1990 Protocol No. 9 and the 1994 Protocol No. 11 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, on Broadening Access to the Court by Individuals, and on Restructuring the Control Machinery Established Thereby; the 1990 European Community Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the Member States; the 1991 European Communities/United States Agreement on the Application of their Competition Laws; the 1991 Charter of Paris for a New Europe; the 1992 Maastricht Treaty on European Union; the 1991 and 1995 Council of Europe Protocols Amending the European Social Charter; the 1992 Decision of the Conference on Security and Cooperation in Europe (CSCE) on Peaceful Settlement of Disputes, Including the Convention on Conciliation and Arbitration; and the 1995 Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities.

An analysis of those instruments shows that some contemporary diplomats have developed a worrisome expertise in drafting a new generation of soft law provisions aimed at preventing any semblance of enforceable obligations, that one would certainly not want to see become widespread in other international legislative efforts.

Do those developments then provide evidence of a regressive, rather than a progressive, tendency in the development of international law? Some of that evidence will be analysed here.

III. The Historical Framework

This reflection could not be properly undertaken without reference to, at least, the most recent historical record of the development of international law.

Judged by its fruits, the period immediately preceding the Decade, which started in 1945 with the impulse of the Preamble and of Articles 1, 2 and 13 of the Charter of the United Nations, can be considered as the golden era of international law, and not only on a quantitative but also on a qualitative basis. The international community was ready and willing to put into force an impressive web of hard international legal provisions.

Under the sponsorship of the World Organization and through a variety of fora and institutional mechanisms a swift proliferation of a vast net of positive international legal instruments at the universal or general level came into being, particularly through conventional sources, which, in turn, generated or inspired the production of literally thousands of regional, subregional and bilateral international treaties and agreements, providing for more and more detailed legal rules of international behaviour in a widening array of fields of human activity.

During that period, transcendental treaties were adopted directly under the auspices of the General Assembly of the United Nations, which progressively developed and codified important areas of public international law. Among the best examples of some more than a couple of hundred conventional instruments are:

- the major conventional instruments on human rights, including the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and its 1989 Second Optional Protocol on the Abolition of the Death Penalty; the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity; the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; the 1984 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; the 1973 International Convention on the Suppression and Pun-

ishment of the Crime of Apartheid; the 1985 International Convention against Apartheid in Sports; the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; the 1989 Convention on the Rights of the Child; and the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families;

- the 13 conventional instruments prepared by the International Law Commission, namely: the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties; the 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties; the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations; the 1958 Conventions on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, on the High Seas, on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, and on the Continental Shelf, and the Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes; the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and its Optional Protocols; the 1963 Vienna Convention on Consular Relations and its Optional Protocols; the 1969 Convention on Special Missions and its Optional Protocol; the 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents; the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character; and the 1983 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts;
- the 1949 Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes;
- the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea; as well as
- 3 instruments on disarmament; 3 on the status of women; 5 on refugees and stateless persons; 9 on the environment; 5 on the law of the sea; 7 on navigation; 2 on outer space; 2 on health; 3 on telecommunications; 19 on narcotic drugs and psychotropic substances; 6 on miscellaneous penal matters; 11 on the traffic in persons; 6 on obscene publications; 2 on fiscal matters; 13 on international trade and development; 37 on commodities; 55 on transport and communications, including custom matters, road traffic, transport by rail, water transport and multimodal transport; 7 on educational and cultural matters; and 3 on the declaration of death and missing persons.⁴

⁴ See United Nations, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General: Status as at 31 December 1995*, Sales No. E.96.V.5.

To all of the above, numerous other conventional instruments should be added, negotiated and concluded under the auspices of specialized agencies of the United Nations family, as well as those instruments inspired by the Charter of the United Nations and which helped organize international society on a regional or subregional basis, either for political, military or economic purposes, or for both. That was the case, for instance, with the 1949 Washington Charter of the North Atlantic Treaty Organization (NATO); the 1975 Helsinki Final Act of the CSCE; the 1960 Paris Convention Establishing the OECD; the 1955 Warsaw Pact on Friendship, Cooperation and Mutual Assistance; the 1947 Rio Treaty on Inter-American Reciprocal Assistance; the 1948 Bogotá Charter of the Organization of American States (OAS); the 1960 Montevideo Treaty Establishing a Free Trade Zone and Instituting the Free Trade Latin American Association; the 1975 Panama Convention Constituting the Latin American Economic System; the 1980 Montevideo Treaty Instituting the Latin American Integration Association; the 1987 Lima Treaty Constituting the Latin American Parliament; the 1969 Cartagena Agreement on Subregional Integration; the 1962 Panama Charter of the Organization of Central American States; the 1981 Basseterre Convention Establishing the Organization of the Eastern Caribbean States; the 1963 Addis Ababa Charter of the Organization of African Unity; the 1991 Treaty Establishing the African Economic Community; the 1981 Treaty Establishing the Preferential Trade Area for Eastern and Southern African States; the 1993 Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa; the 1992 Treaty of the Southern African Development Community; the 1945 Cairo Pact of the Arab League; the 1955 Bagdad Pact on Mutual Cooperation; the 1951 San Francisco Pacific Security Treaty between Australia, New Zealand and the United States of America; the 1954 Manila Treaty on the Collective Defense of South East Asia; and the 1976 Treaty of Amity and Cooperation in South East Asia.

A common characteristic of most of the above instruments is that, through unequivocally imperative language that left no doubt about their binding nature, they were meant to provide the Parties involved with reciprocal and enforceable rights and obligations, thus setting a framework of limits to the freedom of individual sovereign behaviour for the sake of attaining common goals and of ensuring and protecting common interests.

It could be argued that the record of participation by States in those conventional instruments is rather modest, if not poor, since only a few of them have, as Parties, at least the simple majority of the whole membership of the international community. Moreover, many instruments have taken a long time to attain the sufficient number of ratifications and accessions as required to come into force, and still

many others have not been able to reach that stage, which means that quantity does not necessarily mean quality.⁵ Yet, a great quantity of those instruments are a source of international customary law,⁶ and, in many instances, they have not come into force because most States find it difficult to commit to their hard law provisions.

Concurrently, a multitude of other initially soft-law instruments were adopted by the General Assembly, such as "resolutions" and "declarations" of high international significance for the world community, that were not without any legal value⁷ and, often, some of those instruments speeded up or gave way to the emergence of a new rule of international law, whenever they were sufficiently recognized and supported, so as to be considered as reflecting or even inducing the creation of customary international law. Some of the best examples are:

- resolution 217 A (III) of 10 December 1948 on the Universal Declaration on Human Rights;
- resolution 377 (V) of 3 November 1950 entitled "Uniting for Peace";
- resolution 1514 (XV) of 14 December 1960: the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples;
- resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961: the Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons;
- resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962 on the Permanent Sovereignty over Natural Resources;
- resolution 1962 (XVIII) of 13 December 1963: the Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space;
- resolution 1904 (XVIII) of 20 November 1963: the United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination;
- resolution 2263 (XXII) of 7 November 1967: the Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women;

⁵ For a quantitative evaluation of that participation up to the end of the era preceding the Decade, see A. Székely, "El derecho internacional como vehículo de las Naciones Unidas para la paz: Una evaluación de su efectividad", in Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Congreso Internacional de la Paz* (México, 1987), vol. II, pp. 873-988.

⁶ See L. B. Sohn, "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law", in A. Bos and H. Siblesz, eds., *Realism in Law-Making: Essays in Honor of Willem Riphagen* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986), pp. 231-246.

⁷ See J. G. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* (New York, Columbia University Press, 1969).

- resolution 2131 (XX) of 21 December 1965: the Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty;
- resolution 36/103 of 9 December 1981: the Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States;
- resolution 2574 D (XXIV) of 15 December 1969 on the Question of the Reservation Exclusively for Peaceful Purposes of the Seabed and the Ocean Floor, and the Subsoil thereof, underlying the High Seas beyond the Limits of Present National Jurisdiction, and the Use of their Resources in the Interests of Mankind (moratorium resolution);
- resolution 2749 (XXV) of 17 December 1970: the Declaration of Principles Governing the Seabed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction;
- resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970: the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations;
- resolution 2734 (XXV) of 16 December 1970: the Declaration on the Strengthening of International Security;
- the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Principle 21) of 16 June 1972;
- resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974 on the Definition of Aggression; and
- resolution 34/99 of 14 December 1979 on the Development and Strengthening of Good Neighbourliness between States.

Through the so-called “*coutume sauvage*” or “instant custom”—which as a purported new source of international law has remained a hotly debated issue—the reiterated practice of States (*inveterata consuetudo*) over a long time period would no longer be an indispensable element for the formation of an international custom, and, instead, the other element, i.e., the conviction as to its legal force (*opinio juris*), would be sufficient to evidence its existence. Some of those resolutions or declarations expressed clearly, and through unequivocally imperative language, the legal position of the international community on a given issue. Many were adopted unanimously and others with the support of a vast segment of the Organization’s membership and, consequently, they are regarded by some specialists as constituting hard law. Some of those resolutions were eventually codi-

fied through conventional instruments, thus overcoming their status as mere propositions *de lege ferenda*.⁸

Soft law was, then, a step toward hard law in the short or medium term.

By the time its 1992-1996 quinquennium came to an end, the International Law Commission was able to complete the second reading of the draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind⁹, a draft Statute for an International Criminal Court,¹⁰ the second reading of the draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses,¹¹ the first reading of the draft articles on State Responsibility,¹² and even a set of draft articles proposed by a Working Group of the Commission on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law.¹³ These results of a particularly productive quinquennium signal the beginning of the end of the work of the Commission on the progressive development and codification of the great topics which are central to public international law. For its future work, in its 1996 report, the Commission proposed to the General Assembly the incorporation in its agenda of three possible topics, namely, diplomatic protection, ownership and protection of wrecks beyond the limits of national maritime jurisdiction, and unilateral acts of States, the last of which is, in the opinion of this author, the most directly related to the primary concerns of current international intercourse.¹⁴

In conclusion, the golden era of international law which preceded the Decade yielded an amazingly vast network of international positive rules of hard law, that is, *de lege lata*. Unavoidably, it is against this impressive immediate record that current and foreseeable trends in the development of international law have to be measured.

⁸ See B. Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, vol. 5 (1965), pp. 39 and 46; and O. Schachter and C. C. Joyner, eds., *United Nations Legal Order* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995), vol. 1, p. 42.

⁹ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, para. 50.

¹⁰ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, para. 91.

¹¹ *Ibid.*, para. 222.

¹² Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, p. 125.

¹³ *Ibid.*, Annex I.

¹⁴ *Ibid.*, para. 249.

In the environmental field, the same kind of record was built by the international community, ever since the adoption, in 1972, of the Stockholm Declaration on the Human Environment, through the conclusion and entry into force of a wide array of hard law international instruments at the general, regional and subregional levels, many preceded by important soft-law resolutions that developed into treaties, as can be appreciated by the following list:¹⁵

1. *On Nature and the Environment in General*

- the Benelux Convention for the Conservation of Nature and the Protection of the Landscape of 8 June 1982;
- the Nordic Convention on the Protection of the Environment of 19 February 1974;
- the African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources of 15 September 1968;
- the OECD Guiding Principles on the Environment of 26 May 1972;
- the OECD Principles Concerning Transfrontier Pollution of 14 November 1974;
- the OECD Implementation of the Polluter-Pays Principle of 14 November 1974;
- the OECD Council Recommendation on Strengthening International Cooperation on Environmental Protection in Frontier Regions of 21 September 1978;
- the European Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution of 13 November 1979;
- the Protocol to the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution on Financing the Monitoring and Evaluation of Air Pollutants in Europe of 28 September 1984;
- the Canada-Europe Declaration on Acid Rain of 21 March 1984;
- the OECD Council Decision and Recommendation on Transfrontier Movements of Hazardous Wastes of 1 February 1984;

¹⁵ For most of these materials, see T. Scovazzi and T. Treves, *World Treaties for the Protection of the Environment* (Milano, Istituto per l'ambiente, 1992); and I. Rummel-Bulska and S. Osafo, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment* (Cambridge, Grotius, 1991). See also R. W. Hahn, "The Internationalization of Environmental Regulation", *Harvard International Law Journal*, vol. 30 (1989), pp. 421-446; M. El-Baghdadi, "An Effort to Establish a Novel Organizational Structure for the Management of Resources on the Basis of Efficiency and Equity", *International Review of Administrative Sciences*, vol. 54 (1988), pp. 585-611; P. J. Sands, "The Environment, Community and International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 30 (1989), pp. 393-420; and A. J. Barnes, "The Growing International Dimension to Environmental Issues", *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 13 (1988), pp. 389-396.

- the OECD Council Decision and Recommendation on Exports of Hazardous Wastes from the OECD Area of 5 June 1986;
- the Convention for the Protection of the Natural Resources and the Environment in the South Pacific of 24 November 1984;
- the Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resources Activities of 2 June 1988.

2. *On Flora and Fauna*

- the Convention on Nature Protection and Wildlife Preservation in the Western Hemisphere of 3 March 1973;
- the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats of 19 September 1979;
- the Agreement on the Conservation of Polar Bears of 15 November 1973;
- the Protocol Concerning Specially Protected Areas and Wildlife to the 1983 Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean region of 18 January 1990).

3. *On Water Resources*

(a) *Europe*

- the European Water Charter, Directive (67) 10 of the Council of Europe of 26 May 1967;
- the Agreement Concerning the International Commission for the Protection of the Rhine Against Pollution of 29 April 1963;
- the Convention on the Protection of the Rhine Against Chemical Pollution of 3 December 1976;
- the Convention on the Protection of the Rhine Against Pollution by Chlorides of 3 December 1976;
- the Convention Concerning Fishing in the Waters of the Danube of 29 January 1958;
- the Convention on the Protection of Lake Constance Against Pollution of 27 October 1960;
- the Agreement Regulating the Withdrawal of Water from Lake Constance of 30 April 1966;
- the Agreement Concerning the Regulation of Lake Inari by Means of the Kaitakoski Hydro-Electric Power Station and Dam of 29 April 1959;
- ECE Recommendation 346 on River Basin Management of 1971;

- the Council of Europe draft Convention on the Protection of Fresh Water Against Pollution of 12 May 1969;
- ECE Recommendation 347 to the Governments of Southern European Countries Concerning Selected Water Problems, Committee on Water Problems of 1972;
- the Council of Europe draft European Convention for the Protection of International Watercourses Against Pollution of 4 April 1974;
- the ECE Declaration of Policy on Prevention and Control of Water Pollution, Including Transboundary Pollution of 1980;

(b) *Americas*

- the Seventh Inter-American Conference Declaration on Industrial and Agricultural Use of International Rivers of 24 December 1933;
- the OAS draft Convention on the Industrial and Agricultural Use of International Rivers and Lakes of 1 September 1965;
- the Inter-American Act on the Use of International Rivers of 3 June 1971;
- the Treaty of the River Plate Basin of 23 April 1969;
- the Treaty for Amazonian Cooperation of 8 July 1978;

(c) *Asia and Africa*

- the Convention Concerning the General Administration of the Senegal River Basin of 26 July 1963;
- the Convention Concerning the Statute of the Senegal River of 7 February 1964;
- the Act Regarding Navigation and Economic Cooperation Between the States of the Niger River of 26 October 1963;
- the Convention and Statute Regarding the Better Utilization of the Chad River Basin of 22 May 1964;
- the Statute and Committee for Coordination of Investigations of the Lower Mekong River Basin of 31 October 1957.

4. *On Marine Resources*

(a) *General*

- the International Convention for the Regulation of Whaling of 2 December 1946 and its Protocol of 19 November 1956;

(b) *Atlantic Ocean*

- the International Convention for the Conservation of Atlantic Tunas of 14 May 1966;

- the Convention on Conduct of Fishing Operations in the North Atlantic of 1 June 1967;
- the Convention for the Protection of Salmon in the North Atlantic Ocean of 2 March 1982;
- the North East Atlantic Fisheries Convention of 24 January 1959;
- the Convention of Future Multilateral Cooperation in the North East Atlantic Fisheries of 18 November 1980;
- the International Convention for the North West Atlantic Fisheries of 8 February 1949 and the Protocol thereto of 15 July 1963;
- the Convention on Future Multilateral Cooperation in the North West Atlantic Fisheries of 24 October 1978;
- the Convention on the Conservation of the Living Resources of the South East Atlantic of 23 October 1969;

(c) *Baltic Sea*

- the Agreement Concerning Measures for the Protection of Deep-Sea Prawns of 7 March 1952;
- the Agreement Concerning the Protection of the Salmon Population in the Baltic Sea of 20 December 1962;
- the Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources in the Baltic Sea and the Belts of 13 September 1973 and the Protocol thereto of 11 November 1982;

(d) *Mediterranean Sea*

- the Agreement for the Establishment of a General Fisheries Council for the Mediterranean of 22 May 1963 and Amendments thereto;

(e) *Eastern Europe*

- the Agreement Concerning Cooperation in Marine Fishing of 28 July 1962;

(f) *Black Sea*

- the Convention Concerning Fishing in the Black Sea of 7 July 1959;

(g) *Pacific Ocean*

- the International Convention for the High Seas Fisheries of the North Pacific Ocean of 9 May 1952 and Amendments thereto of 17 November 1962 and of 25 April 1978;
- the Convention for the Preservation of the Halibut Fishery of the Northern Pacific Ocean and the Bering Sea of 1953;
- the Interim Convention on Conservation of North Pacific Fur Seals of 9 February 1957 and the Amending Protocols thereto of 8 October 1963, 7 May 1976 and 14 October 1980;

- the Regional Agreement on the Research and Management of Marine Turtles in the American Pacific of 3 December 1986;
- the Convention for the Establishment of an Inter-American Tropical Tuna Commission of 31 May 1949;
- the Eastern Pacific Ocean Tuna Fishing Agreement of 15 March 1983;
- the Convention Establishing the Latin American Tuna Organization of 21 July 1989;
- the Joint Declaration on Fishery Problems in the South Pacific of 18 August 1952;
- the Regulations Concerning Waling in the Waters of the South Pacific of 18 August 1952;
- the Agreement Relating to the Issue of Permits for the Exploitation of the Marine Resources of the South Pacific of 4 December 1954;
- the Treaty on Fisheries Between the Governments of Certain Pacific Islands and the Government of the United States of America of 2 April 1987;
- (h) *Latin America*
- Inter-American Conference Resolution IX on Conservation of Natural Resources of 22 May 1948;
- Inter-American Conference Resolution LXXXVI on Conservation of Natural Resources: Continental Shelf and Marine Waters of 28 March 1954;
- the Constitutive Convention of the Latin American Fisheries Development Organization of 29 October 1982;
- (i) *Indian Ocean/Pacific Ocean*
- the Agreement for the Establishment of the Indo-Pacific Fisheries Council of 26 February 1948 and Amendments thereto of 20 January 1961;
- (j) *South East Asia*
- the Agreement Establishing the South East Asian Fisheries Development Centre of 28 December 1967 and the Amending Protocol thereto of 13 January 1968;
- (k) *Antarctica*
- the Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources of 20 May 1980;
- the Convention for the Preservation of Antarctic Seals of 11 February 1972.

5. *On the Marine Environment*

(a) *North Sea*

- the Agreement for Cooperation in Dealing with Pollution of the North Sea by Oil of 9 June 1969;
- the Agreement for Cooperation in Dealing with Pollution of the North Sea by Oil and Other Harmful Substances of 13 September 1983;

(b) *Baltic Sea*

- the Agreement Concerning Cooperation in Measures to Deal with Pollution of the Baltic Sea by Oil of 16 September 1971;
- the Convention on the Protection of the Marine Environment in the Baltic Sea Area of 22 March 1974;

(c) *Mediterranean Sea*

- the Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution of 16 February 1976;
- the Protocol Concerning Cooperation in Combating Pollution of the Mediterranean Sea by Dumping from Ships and Aircraft of 16 February 1976;
- the Protocol for the Prevention of Pollution of the Mediterranean Sea by Dumping from Ships and Aircraft of 16 February 1976;
- the Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution from Land-Based Sources of 17 May 1980;
- the Protocol Concerning Mediterranean Specially Protected Areas of 3 April 1982;
- the Agreement Concerning the Protection of the Waters of the Mediterranean of 10 May 1976;

(d) *Atlantic Ocean*

- the Convention for Cooperation in the Protection and Development in the Marine and Coastal Environment of the West and Central African Region of 23 March 1981;
- the Protocol Concerning Cooperation in Combating Pollution in Cases of Emergency of 23 March 1981;

(e) *Caribbean Sea*

- the Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region of 24 March 1983;
- the Protocol Concerning Cooperation in Combating Oil Spills in the Wider Caribbean Region of 24 March 1983;

— the Protocol Concerning Specially Protected Areas and Wildlife in the Wider Caribbean Region of 18 January 1990;

(f) *Pacific Ocean*

— the Convention for the Protection of the Marine Environment and Coastal Area of the South East Pacific of 12 November 1981;

— the Agreement on Regional Cooperation in Combating Pollution of the South East Pacific by Hydrocarbons or other Harmful Substances in Cases of Emergency of 12 November 1981 and the Supplementary Protocol thereto of 22 July 1983;

— the Contingency Plan of Cartagena for the Combating of Oil Pollution in the South East Pacific in Cases of Emergency of 22 July 1983;

— the Protocol for the Protection of the South East Pacific Against Pollution from Land-Based Sources of 22 July 1983;

(g) *Persian Gulf*

— the Regional Convention for Cooperation on the Protection of the Marine Environment from Pollution of 24 April 1978;

— the Protocol Concerning Regional Cooperation in Combating Pollution by Oil and Other Harmful Substances in Cases of Emergency of 24 April 1978;

(h) *Red Sea and Gulf of Aden*

— the Regional Convention for the Conservation of the Red Sea and Gulf of Aden Environment of 14 February 1982;

— the Protocol Concerning Regional Cooperation in Combating Pollution by Oil and Other Harmful Substances in Cases of Emergency of 14 February 1982.

IV. Today's Soft International Law

It is not the author's intention to embark here, in any measure, on an academic and theoretical study on the "soft law" concept in international law. This analysis has already been undertaken elsewhere in an excellent and exhaustive manner by recognized specialists. Thus, only a brief summary is presented below of the main features and conclusions of such study. A more practical exercise is intended here, namely to offer some empirical evidence of soft law in the text of some recent international environmental instruments, in order to determine to what degree it is possible to assert that they indicate the existence of a trend towards soft law. For this exercise, the political realities and conflicting interests surrounding the international events at which such instruments were adopted are of no interest. Only the final written products will be examined.

It is important to note that today's "soft international law" is taking on quite a different connotation from the "soft international law" that has appeared since the 1960s. Then, as was already pointed out, soft law rules were only the seed of what could and should eventually become an emerging rule or "hard international law", which would materialize when the issue became mature enough to persuade States to engage in specific hard and effective commitments. For instance, the General Assembly of the United Nations would proceed from a simple resolution on a topic, which usually pointed to the need of subjecting such area to international legal regulation, to a formal or solemn declaration and then, finally, to a convention governing the matter, resulting usually from a diplomatic legislative conference convened for that purpose. Clear examples of this path of codification and progressive development of international law was the process leading to the adoption of most of the above-mentioned human rights treaties or of the 1982 United Convention on the Law of the Sea, which had been preceded by important General Assembly resolutions and declarations since 1968, as well as of many of the environmental conventions cited in this essay. Consequently, at that time, soft international legal provisions were intended to serve as a vehicle to promote the development of international law.

Today's soft international law results, at least in the environmental field, from the clear, unequivocal and decisive intention *not* to create or develop international law, and if possible *not* to allow necessarily for the eventual formation of an international legal rule. Provisions of soft law create only apparent commitments, certainly non-binding ones, and allow to give to the public opinion the impression that the subject-matter that they cover is being addressed at the international level to some extent.

The term "soft law", as coined by Lord McNair and reintroduced by R. J Dupuy in the mid-1970s, is a proposition of law rather than concrete operative law, and involves, consequently, a contradiction in terms, just as much as the concept of "non-binding commitments" is contradictory.¹⁶ Understanding the use of these terms, despite their inherent contradiction, helps explain why many observers have failed to distinguish the fundamental difference between the original and the new characteristics of soft international law.

The literature on soft international law, and on the non-binding commitments which it produces, is quite abundant. A review of the published works of 20 of the most prominent international legal

¹⁶ See R. J. Dupuy, *The Protection of the Environment and International Law* (Leiden, Sijthoff, 1975), pp. 623-627, and K. C. Wellens and G. M. Borchardt, "Soft Law in European Community Law", *European Law Review*, vol. 14 (1989), p. 269.

experts on the matter makes it possible to put together the following prevailing conceptions.¹⁷

The conventional wisdom regarding soft international law is that:

I. Soft law lacks the requisite characteristics of international normativity,¹⁸ because:

(a) it prevents the assumption of a real burden;¹⁹

(b) it does not create enforceable rights and duties;²⁰

¹⁷ See, for reference, the following bibliography: G. Abi-Saab, "Eloge du 'droit assourdi': quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain", in *Mélanges Rigaux* (Bruxelles, Bruylant, 1993), pp. 59-68; S. Y. Agrawala, "The Role of General Assembly Resolutions as Trend-Setters of State Practice", *Indian Journal of International Law*, vol. 21 (1980), pp. 513-533; R. R. Baxter, "International Law In 'Her Infinite Variety' ", *ICLQ*, vol. 29 (1980), pp. 549-566; M. Bothe, "Legal and Non-legal Norms: A Meaningful Distinction in International Relations?", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 11 (1980), pp. 65-95; C. M. Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *ICLQ*, vol. 38 (1989), pp. 850-866; A. D'Amato, "Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law", *AJIL*, vol. 64 (1970), pp. 892-902; P. M. Dupuy, "Soft law and the International Law of the Environment", *Michigan Journal of International Law*, vol. 12 (1991), pp. 420-435; R. J. Dupuy, *op. cit.* (footnote 16 above); J. Gold, "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements", *AJIL*, vol. 77 (1983), pp. 443-489; Gruchalla-Wesierski, *op. cit.* (footnote 2 above), pp. 37-88; G. F. Handl, "A Hard Look at Soft Law", in *The American Society of International Law, Proceedings of the 82nd Annual Meeting* (1988), pp. 371-373; A. Hasbi, "Le droit international du développement entre l'adjuration et la conjuration: Quelques acquis et beaucoup d'incertitudes," in *Mélanges Chaumont* (Paris, Pedone, 1984), pp. 323-346; G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Deventer, Kluwer, 1983), pp. 179-203; R. Ida, "Formations des normes internationales dans un monde en mutation: Critique de la notion de soft law", in *Mélanges Virally* (Paris, Pedone, 1991), pp. 333-340; M. Lachs, "The Threshold in Law-Making", in *Festschrift für Hermann Mosler* (Berlin, Springer, 1983), pp. 493-501; F. Münch, "Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties: Non-binding Agreements", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), pp. 1-11; "La codification inachevée", in *Mélanges Ago* (Milano, Guiffre, 1987), pp. 373-385; M. Reisman, "The Concept and Functions of Soft Law in International Politics", in *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992), vol. 1, pp. 135-144; O. Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *AJIL*, vol. 71 (1977), pp. 296-304; I. Seidl-Hohenveldern, "International Economic 'Soft Law' ", *Recueil des Cours... 1979-II*, vol. 163, pp. 165-246; A. J. P. Tammes, "Soft Law", in *Essays in International and Comparative Law in Honour of Judge Erades* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1983), pp. 187-195; P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *AJIL*, vol. 77 (1983), pp. 413-442; and Wellens and Borchardt, *op. cit.* (footnote 16 above), pp. 267-321.

¹⁸ See Handl, *op. cit.* (footnote 17 above).

¹⁹ See Tammes, *op. cit.* (footnote 17 above).

²⁰ See Baxter *op. cit.* (footnote 17 above); and Wellens and Borchardt, *op. cit.* (footnote 16 above).

- (c) it has no legal effect because it lacks the “intent” to create such legal effect, although it is some times difficult to discern the level of intent involved;²¹
- (d) it does not engage the responsibility of States, and does not come under the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and, thus, is not governed by international law;²²
- (e) an apparent negative intent and a deliberate lack of formality shows that the Parties did not intend to become legally bound;²³ and
- (f) it is often the result of the difficulty in reaching hard agreements, particularly among the growing multitude of international actors, who have widely differing political and economic needs and viewpoints.²⁴ To overcome deadlocks in the pursuit of a negotiated compromise, the participating States use soft law provisions as a back door to the creation of hard law.

2. Usually the softness of the instrument corresponds to the softness of its contents.²⁵

3. Soft law may, however, be found as part of both binding and of non-binding instruments. If such a provision is included in a non-binding instrument, this should be presumptive evidence of the soft nature of the norm. Soft norms, however, can also be found in binding instruments.²⁶

4. Consequently the form is not conclusive for distinguishing hard law from soft law²⁷, and the decisive element should be the provision’s substantive nature, that is, the nature and accuracy of the behaviour requested or expected by the norm.²⁸

5. It substitutes “fake law or law of a lesser quality” for the good law,²⁹ and creates a “gray area” between “law” and “non-binding

²¹ See Münch, “Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties”, *op. cit.* (footnote 17 above).

²² See Schachter, *op. cit.* (footnote 17 above) and Bothe, *op. cit.* (footnote 17 above).

²³ See Münch, “Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties”, *op. cit.* (footnote 17 above).

²⁴ See Weil, *op. cit.* (footnote 17 above) and Schachter, *op. cit.* (footnote 17 above).

²⁵ See P. M. Dupuy, *op. cit.* (footnote 17 above).

²⁶ See R. J. Dupuy, *op. cit.* (footnote 16 above) and Seidl-Hohenveldern, *op. cit.* (footnote 17 above).

²⁷ See Chinkin, *op. cit.* (footnote 17 above).

²⁸ See P. M. Dupuy, *op. cit.* (footnote 17 above) and R. J. Dupuy, *op. cit.* (footnote 16 above).

²⁹ See Abi-Saab, *op. cit.* (footnote 17 above).

agreements”,³⁰ but gray law is law in the formation and is, thus, important.³¹

6. Soft law is capable of producing some legal effects as long as it retains some authority for the Parties.³² It may even lead to the development of customary international law. At least, it imposes some moral guidelines.³³ It is a “nascent legal force” that circumvents the difficulties involved in the law-making process.³⁴

7. It expresses with vague,³⁵ imprecise and un compelling language—which blurs the line between a legal and a non-legal norm:

(a) solely aspirational, hortatory, persuasive, programmatic or promotional provisions;³⁶

(b) which plan out a more perfect world;³⁷

(c) which provide for programs rather than prescriptions, goals rather than duties and guidelines rather than strict obligations;³⁸

(d) which are of a non-normative kind and of sub-legal value;³⁹ and

(e) which, at most, commit the Parties to consult each other or to negotiate in the future and in good faith (*pacto de contrahendo*).⁴⁰

8. Soft law allows for a provision to be adopted unanimously, but which then is never interpreted unanimously.⁴¹

9. It creates the expectation that relevant provisions will be used to resolve disputes.⁴²

10. It is constituted by contradictory norms which evidence that the international legal system has “run amok”.⁴³

³⁰ See Tammes, *op. cit.* (footnote 17 above) and van Hoof, *op. cit.* (footnote 17 above).

³¹ See Abi-Saab, *op. cit.* (footnote 17 above) and Ida, *op. cit.* (footnote 17 above).

³² See Handl, *op. cit.* (footnote 17 above) and Schachter, *op. cit.* (footnote 17 above).

³³ See Baxter, *op. cit.* (footnote 17 above) and Lachs, *op. cit.* (footnote 17 above).

³⁴ See Bothe, *op. cit.* (footnote 17 above).

³⁵ See Gold, *op. cit.* (footnote 17 above) and Wellens and Borchardt, *op. cit.* (footnote 16 above).

³⁶ See Wellens and Borchardt, *op. cit.* (footnote 16 above).

³⁷ See Münch, “La codification inachevée”, *op. cit.* (footnote 17 above).

³⁸ See R. J. Dupuy, *op. cit.* (footnote 16 above).

³⁹ See Weil, *op. cit.* (footnote 17 above).

⁴⁰ See Baxter, *op. cit.* (footnote 17 above).

⁴¹ See Hasbi, *op. cit.* (footnote 17 above).

⁴² See Gruchalla-Wesierski, *op. cit.* (footnote 2 above).

⁴³ See the reference to Riphagen’s view in Reisman, *op. cit.* (footnote 17 above).

11. The number of conventions in which evasive prescriptions are enunciated seems to be increasing.⁴⁴

12. Some authors believe that the excessive use of soft law may have a long-term cost, since it may ultimately weaken the entire international law-making system,⁴⁵ and will curb the willingness of States to pursue hard law or to observe it,⁴⁶ while others think that its use alongside of hard law will not destroy the quality of international law, since soft law regulates areas of the law which hard law has not been able to address.⁴⁷

One straightforward conclusion from the above summary analysis is that soft law, in its current international version, is not at all equivalent to a proposition *de lege ferenda*, simply because its objective is not to indicate what the law should be but, rather, to prevent the law from taking shape altogether.

V. Some Hard Evidence of Soft International Non-Binding Commitments in the Environmental Field

Perhaps the most notable evidence that can be offered may be obtained from the products of the so-called Earth Summit, that is, the United Nations Conference on Environment and Development which took place in Rio de Janeiro in June of 1992.⁴⁸

Although the Conference was initially expected to produce a global comprehensive international environmental law convention, in the way of an "Earth Charter", and conventions on forests, on biological diversity and on climate change to deal with the most urgent priority environmental challenges of the time; it yielded the following:

- a Convention on Biological Diversity;⁴⁹
- a Framework Convention on Climate Change;⁵⁰
- the Rio Declaration on Environment and Development;⁵¹
- a Non-legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests.⁵²

⁴⁴ See R. J. Dupuy, *op. cit.* (footnote 16 above).

⁴⁵ See Reisman, *op. cit.* (footnote 17 above).

⁴⁶ See Wellens and Borchardt, *op. cit.* (footnote 16 above).

⁴⁷ See Abi-Saab, *op. cit.* (footnote 17 above).

⁴⁸ See A. Székely and D. Ponce, "The Challenge of the 1992 Earth Summit", *Transboundary Resources Report*, vol. 6 (1992).

⁴⁹ *ILM*, vol. XXXI (1992), p. 822.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 851.

⁵¹ *Ibid.*, p. 876.

⁵² *Ibid.*, p. 881.

Obviously, only the two Conventions purport to constitute international conventional instruments to be governed by the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The Convention on Biodiversity eloquently proclaims, in its preamble, the concern over the significant reduction and loss of biological diversity going on throughout the world as a result of human activities, and notes that its conservation should be fundamentally ensured *in situ*.

The Convention's articles on conservation provide for actions which the Parties "shall" undertake, but invariably "*as far as possible and as appropriate*";³³ a conditional drafting language that has the drastic effect of mitigating, if not of mutilating, any element of measurable obligation from the text.

With such language, it would be quite hard to determine when a State Party has in fact committed an internationally wrongful act, by acting contrary to or violating a provision of the Convention and, in such circumstances, it would not be an exaggeration to assert that the Parties remain basically free to act, depending only on their own, discretionary, criterion as to when it is *possible* and when it is *appropriate* to carry out the Convention's provisions.

That is certainly the result of subjecting the obligation ("shall") to such open condition ("*as far as possible and as appropriate*"). The term "appropriate" becomes an enigma in this context. It is more properly used in other articles, such as articles 15, paragraph 7, and 18, paragraph 1, to indicate that the alternative action expected from the State Party (for instance, the taking of either legislative, administrative or policy measures to regulate access to genetic resources) will depend on which of the listed options ("legislative, administrative or policy measures") is applicable in accordance with that Party's legal system, but there is no doubt that, no matter what choice is made, there is an expectation that the Party will carry out the obligation, that is, to take the measure which is appropriate, but to take the measure after all and in any case.

In the other context, however, that is, in the context in which the term "appropriate" is used in articles 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 and 14, its meaning takes on a connotation of discretionary determination, which can have the practical effect of diluting or lifting the obligation altogether.

Article 20 of the Convention contains another interesting experience in "clever" drafting. Its paragraph 3 provides that developed country Parties "*may*" provide developing countries with financial

³³ See articles 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 and 14.

resources needed by them to be able to implement the Convention. Paragraph 4 indicates that developing countries are expected to implement “their commitments” under the Convention depending on the “effective implementation by developed country Parties of *their commitments* under th[e] Convention related to financial resources”⁵⁴, which by virtue of paragraph 3 are hardly any commitments at all (the same provision appears in article 4, paragraph 7, of the Framework Convention on Climate Change). These are, in any case, typical examples of “non-binding” commitments.

A similar, albeit not so radical case, is the language found in the Framework Convention on Climate Change. Once again, non-binding commitments are set out in the form of principles in article 3. Those principles call for actions that the Parties “should” take to achieve the objective of the Convention. It is on the basis of such general non-obligations, that the developed country Parties assume, with mandatory language, various “commitments” in article 4. In other words, there is a contradiction, as these are commitments undertaken on the basis of non-binding obligations.

The strongest of those “commitments” appears in paragraph 2 (a) of article 4: each developed country Party “*shall* adopt national policies and take corresponding measures on the mitigation of climate change, by limiting its anthropogenic emissions of greenhouse gases and protecting and enhancing its greenhouse gas sinks and reservoirs”. Incomprehensibly, after providing for that obligation, the paragraph suddenly departs from its normative language and turns to a sort of speech disquisition, more typical of a preamble, by introducing the following apologetic discourse: “[t]hese policies and measures will demonstrate that developed countries are taking the lead in modifying longer-term trends in anthropogenic emissions...”, which is certainly out of place in the text of a normative treaty provision.

Article 12 provides for an apparently binding obligation to communicate information related to the way each Party “implements” the Convention, and article 13 includes a provision for the “resolution of questions regarding implementation”, all of which prompts the intriguing question as to why, in the first place, the basic obligations of the Convention (article 3) which are supposed to be implemented are drafted in a non-binding manner.

The extreme case of the Non-legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests is of great interest to this essay, however, since it so vividly exemplifies most of what has been suggested up to this point.

⁵⁴ Emphasis added, as in all subsequent quotations.

It is certainly hard to conciliate a claim, on the one hand, of "authoritativeness" for any international instrument, with its disqualification, on the other, from having any binding legal effect, much less when the preamble of the document indicates that its "principles" happen to "reflect a first global *consensus* on forests". The textual contradiction could not be more evident, but that certainly was the express will of the international community, and such were the scope and limits of that instrument. Paragraph (d) of the preamble goes on to assert that:

"In committing themselves to the *prompt implementation* of these principles, countries also decide to keep them under assessment for their adequacy with regard to further international co-operation on forest issues."

In the following paragraph, such allegations are brought down to their real quasi-legal dimension, with the provision that "[t]hese principles *should* apply to all types of forests". It is then not surprising that the term "should" appears 55 times in the document's short text, which includes not really "principles", as announced in its title but, instead, dubious "principles/elements".

The only time when any sign of mandatory effect is visible in the text is in the assertion of the right of States to remain free to do as they please with their forest wealth, which is in fact the only occasion when the term "shall" appears (in principle element 8 (g)), as well as in the reaffirmation of the sovereign right of States over such wealth (which is restated in principles 1 (a) and 2 (a)).

Other than that, nothing mandatory to worry about in this Statement, consented to by all types of States and for all types of forests, at a time when the deforestation process has advanced to an average rhythm of almost 50,000 square kilometers annually, which, thus, in no way changes, improves or adds to the already scant international law applicable to forest matters.⁵⁵

The trilateral 1992 North American Free Trade Agreement offers other similar evidence, also in the environmental area which was of particular concern to the social sector of the three contracting States during the negotiations.

Articles 904 and 907, paragraph 2, entitle each of the Parties to establish, without discrimination, the level of protection that it considers appropriate for human, animal or plant life or health, the environment or consumers. Subsequently, article 1114, paragraph 2, indicates that:

⁵⁵ See A. Székely, "The Legal Protection of the World Forests After Rio '92", in L. Campiglio *et al.*, eds., *The Environment After Rio: International Law and Economics* (London, Graham and Trotman, 1994), pp. 6-9.

“The Parties recognize that it is *inappropriate* to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party *should not* waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If that Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.”⁵⁶

Such non-binding commitment, however, was offered to public opinion as the proper answer to its concern over the environmental impact of free trade in the North American region. However, in a public presentation, the Mexican Trade Minister portrayed it as fully enforceable.

In acute contrast, in the Maastricht Treaty, which was also negotiated in 1992, the Parties drafted a lot more substantive and advanced provisions into the instrument on the environmental questions, not only in the preamble but in the operative text as well.⁵⁷

When the same European negotiators went to Marrakesh in 1994 to negotiate and conclude the Agreement Establishing the World Trade Organization, their response to the public outcry for subjecting trade agreements to substantive environmental controls was much less generous.

The Marrakesh Agreement’s very first preambular paragraph recognizes that the Parties’ relations in the field of trade and economic endeavor should be conducted, so as to allow

“... for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.”⁵⁸

Despite such explicit and enthusiastic profession of environmental concern, the rest of the Agreement continues without providing anything on the matter in any of its articles, nor in its Protocol or in any of its multiple supplementary Agreements, Understandings or Annexes. Only two Ministerial Decisions adopted during the nego-

⁵⁶ *ILM*, vol. XXXII (1993), p. 642. See also pp. 387-388.

⁵⁷ See article B of Title I, article 3 of Title II and articles 130r to 130t of Title VI as well as the Declarations on assessment of the environmental impact of community measures and on the protection of animals, *ibid.*, vol. XXXI (1992), pp. 255, 257, 285-286, 368.

⁵⁸ *Ibid.*, vol. XXXIII (1994), p. 1144.

tiations, the Decision on Trade in Services and the Environment and the Decision on Trade and Environment",⁵⁹ eventually deal with the need to determine if the environment includes more than "the protection of human, animal or plant life or health"(!), mentioned in article XIV (b) of the General Agreement on Trade in Services,⁶⁰ and direct the first meeting of the Organization's General Council to establish a Committee on Trade and Environment that will identify the relationship between the two fields.

In conclusion, perhaps one of the additional reasons for concern raised by the above developments is that many of the diplomats who have participated in the drafting of such non-binding commitments are also members of delegations to other international legislative exercises on different subject-matters. Hopefully, these other international legal instruments will be spared from such trend.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 1255 and 1267.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 1177.

ENVIRONMENT AS A COMMON HERITAGE OF MANKIND: A POLICY PERSPECTIVE

Pemmaraju Sreenivasa Rao*

Planet Earth and the ecosystem it comprises could be symbolized as a "global village"¹ because of the intense interdependence that characterizes its various components and features. The field of international environmental law seeks to reflect and regulate these unique features.

Even though the concern to minimize the transnational effects of an activity or conduct occurring essentially within the domestic jurisdiction of a State is as old as Roman Law, typified in the maxim *sic utero tuo ut alienum non laedas*,² international concern with such transnational effects of national activities and the consequent development of international environmental law is decidedly a recent one.³ Some of the activities that propelled recent international concern are the pollution of the seas, the environmental effects of nuclear weap-

* The author wishes to acknowledge with thanks the assistance rendered by Dr. M. Gandhi, Legal Officer (Gr. 1), of the Legal and Treaties Division, Ministry of External Affairs, Government of India.

¹ For a characterization of the world as a "global village", see F. Drucker, *The Age of Discontinuity: Guidelines to Our Changing Society* (New York, Harper & Row, 1969), pp. 79-80.

For a description of interdependencies involved in the context of the environment, see A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law* (New York, Transnational, 1991), pp. 2-3. Noting that "environmental problems are increasingly international and are recognized as such", the authors state:

Any significant impact on the environment can produce effects outside national boundaries, as evidenced by the number of countries affected as a result of the Chernobyl nuclear power accident and the 1986 Sandoz/Basel pollution of the Rhine river. Moreover, an increasing list of phenomena are discovered whose dimensions transcend national borders or which can be understood and combatted only on an international, meaning global, level: acid rain, desertification, reduction of the world genetic heritage, depletion of the ozone layer, global warming—the catalogue lengthens as we increase our understanding of the biosphere.

² For an examination of the maxim in Roman law and its relationship to the doctrine of abuse of rights and the concept of good neighbourliness, see G. Handl, "Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution", *AJIL*, vol. 69 (1975), p. 50. This maxim was also applied in the *Trail Smelter* arbitration, *UNRIAA* vol. III, p. 1911.

³ See Kiss and Shelton, *op. cit.* (footnote 1 above), p. 1.

ons and other weapons of mass destruction, the exploitation of outer space, transfrontier air pollution and acid rain, the pollution of rivers, the threat to the polar and Antarctic regions from increased human activity in and around the area, and more particularly the depletion of the ozone layer, the threat of climate change, desertification pursuant to poor industrial practices, deforestation and the threat to biological diversity arising from indiscriminate consumer demands and transportation of hazardous wastes across the continents to dump them in the backyards of poor and unaware States and shifting and siting of chemical and other ultra-hazardous industrial activities in developing countries.

Given the special and specific features of each of the above-noted activities, the international community, adopting a sectoral approach, has addressed them each in its context and attempted to establish for each a particular legal regime. These legal regimes incorporated in about a hundred or more recent international conventions, as well as the Stockholm Declaration on the Human Environment of 1972,⁴ could be classified conveniently, as done by one commentator,⁵ into (1) those dealing with the protection of the marine environment; (2) those dealing with the prevention of air pollution and the degradation of the atmosphere; (3) those dealing with the preservation of habitats, species and biological diversity; (4) those dealing with the prevention of the pollution of rivers and lakes; (5) those dealing with the protection of the environment from radiological emergencies arising from peaceful uses of nuclear energy; (6) those dealing with the control or prevention of international traffic in toxic and chemical products and in other hazardous wastes, including nuclear wastes; (7) those addressing problems of interference with, and degradation of, the environment by military and related activities; (8) those dealing

⁴ For the text of the Stockholm Declaration and other major international conventions on the environment, see W. Birnie and A. E. Boyle, eds., *Basic Documents on International Law and the Environment* (Oxford, Clarendon Press, 1995).

For the enumeration of developments concerning the environment in the pre-Stockholm and post-Stockholm phases, see Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law: Frameworks, Standards and Implementation* (Manchester, Manchester University Press, 1995), Ch. 2, pp. 25-62.

See also A. O. Adede, "International Environmental Law from Stockholm to Rio: An Overview of Past Lessons and Future Challenges", *Environmental Policy and Law*, vol. 22 (1992), p. 88.

⁵ See A. O. Adede, "International Protection of the Environment", in Ch. Tomuschat, ed., *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective* (The Hague, Kluwer, 1995), p. 199.

For a collection of conventions on environmental law and a categorization under different headings, see E. Brown Weiss, D. B. Magraw and P. C. Szasz, *International Environmental Law: Basic Instruments and References* (Dobbs Ferry, NY, Transnational, 1992). (For reasons of economy of space, the gist of (each convention is not reproduced.)

with the protection of human health at the workplace; and (9) instruments attempting to address problems of the environment in general.

In addition to the above, mention may also be made of several declarations of the United Nations and other significant bodies and conferences, of the draft articles on international watercourses adopted by the International Law Commission in 1994 and, in particular, Agenda 21 adopted at the Rio Conference in 1992, as relevant to the evolution of broad principles in the field of international environmental law.⁶

Some of the important principles now regarded as being comprised in international environmental law are⁷ (1) the principle of integration of environment and development, (2) the principle of common concern, (3) the principle of common but differentiated responsibility, (4) the principle of cooperation and global partnership, (5) the precautionary principle, (6) the principle of preventing environmental harm, (7) the principle of intergenerational and intragenerational equity, and (8) the polluter or user pays principle.

The status and significance of these principles incorporated in international law⁸ are of course governed first by the general principles and the law of treaties, custom as a source of international law and the interaction between these two primary sources of international law.

However, it can be stated that many of the general principles to which a reference has been made could be regarded more as broad

⁶ Brown Weiss, Magraw and Szasz, *op. cit.* (footnote 5 above). For the International Law Commission's draft articles on international watercourses along with commentary, see the Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, pp. 197-326. See also S. McCaffrey and R. Rosenstock, "The International Law Commission's Draft Articles on International Watercourses: An Overview and Commentary", *Review of European Community and International Law*, vol. 5, pp. 89-96.

⁷ Principles identified here are taken from the categories adopted by the Expert Group on International Environmental Law Aiming at Sustainable Development, convened by the Environmental Law and Institutions Programme Activity Center (ELI/PAC) of the United Nations Environment Programme (UNEP) and organized in cooperation with the Center for International Environmental Law (CIEL) (document UNEP/IEL.WS/2/1) and discussed at its second meeting held in Washington, D.C., 22-24 May 1996).

⁸ See, in this connection, for a thoughtful analysis of the nature and legal significance of United Nations resolutions, O. Schachter, "United Nations Law", *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 1-23; and A. Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, p. 12; for an examination of "soft" or "weak", as opposed to "hard" law, see R. R. Baxter, "International Law in 'Her Infinite Variety'", *JCLQ*, vol. 29 (1980), pp. 549-566. See also Ch. Tomuschat, "Obligations Arising For States Without or Against Their Will", *Recueil des cours... 1993-IV*, pp. 199-374; and R. R. Baxter, "Treaties and Custom", *Recueil des cours... 1970-I*, vol. 129, pp. 25-104.

policy postulates than as strict principles of international law giving rise to specific or immediate obligations. Some of the principles we shall now consider have also been termed "soft law" capable of providing guidance to States in formulating more specific international and national obligations⁹ but not binding *per se*.

In addition to the above, reference has also been made to the principle of sovereign equality and the principle of State responsibility or liability which are also issues well-developed or discussed extensively in international law.¹⁰ Over and above these concepts, the concept of sustainable development which was affirmed by and elaborated at the 1992 United Nations Conference on Environment and Development, requires also certain critical appraisal in assessing the impact of the various principles noted above on the development of international environmental law.

The World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission), in its report of 1987 entitled "Our Common Future", first attempted a conceptual definition of sustainable development when it stated that:

Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two key concepts: the concept of needs, in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given;

⁹ See Adecé, *op. cit.* (footnote 5 above), p. 212, where he states that:

"This author, however, holds that so far there is no accepted standard for designating one instrument a pure 'environmental treaty' and another a 'treaty for sustainable development'. Such a distinction is blurry at best, since the new concepts which the so-called treaties for sustainable development are trying to incorporate still need to be further clarified and articulated in other instruments. It is only then that they will assume precise legal meanings and generate international legal obligations. Thus, one of the future challenges facing international environmental lawyers is to assist in elucidating concepts such as 'sustainable development', 'intergenerational equity', 'common but differentiated responsibility', 'common concern of mankind', 'precautionary principle', and 'cost internationalization' (or 'polluter-pays principle'). Those engaged in negotiating and concluding treaties in this field are called upon to pay close attention to the process of incorporation of these concepts in particular instruments to give them clear legal underpinnings."

¹⁰ On State responsibility and/or liability for injurious consequences arising out of wrongful or lawful activities, respectively, see generally the work of the International Law Commission. The Commission at its 48th session (6 May-27 July 1996) has finalized its first reading of the draft articles on State responsibility and also progressed well on the topic of international liability. See the Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10 (A/51/10)*. For an analysis of the Commission's work on liability, see J. Barboza, "International Liability for the Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law and Protection of the Environment", *Recueil des Cours... 1994-III*, vol. 247, pp. 295-405.

and the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and future needs.¹¹

The concept of sustainable development, thus defined, suggests that global development should, as a priority, meet the essential needs of the world's poor. Furthermore, development, as a process, should also proceed within the limitations imposed by the state-of-the-art technology and social organization and within the limits of the ability of the environment to meet present and future needs. The notion of intergenerational equity that is also incorporated into this concept throws open yet another dimension of the limitation on the exploitation of the national resources—keeping in view the needs of conservation and renewability.

In so far as the concept of sustainable development also stresses the essential needs of the world's poor, it has also embraced within it the concept of the common heritage of mankind developed in the context of the United Nations Conference on the Law of the Sea.¹² That concept, although limited to the resources of the international seabed area,¹³ emphasized that the needs and particular interests of the developing countries, representing the world's poorest population, should be given priority in sharing the benefits arising from the exploration and exploitation of the resources of that area.

It follows that one of the important objectives of environmental law and policy is to ensure intergenerational equity,¹⁴ keeping in view the equally important consideration of intragenerational equity. The principle of intergenerational equity focuses more upon the future needs of mankind, while the principle of intragenerational equity deals

¹¹ See World Commission on Environment and Development, *Our Common Future* (London, Oxford University Press, 1987), p. 43.

¹² For the legislative history of the concept of the common heritage of mankind, see United Nations, *The Law of the Sea: Concept of the Common Heritage of Mankind—Legislative History of Articles 133 to 150 and 311(6) of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Sales No. E.96.V.3.

See also P. S. Rao, *The Public Order of Ocean Resources: A Critique of the Contemporary Law of the Sea* (Cambridge, MA, MIT Press, 1975), ch. 4, pp. 84-108.

¹³ Apart from areas already declared as common heritage of mankind, other spatial areas can also be treated as common heritage of mankind when those areas are susceptible to such normative content. See United Nations document A/39/504/Add.1, pp. 97-101. See also H. Wunsche, *The Principle of Common Heritage of Mankind* (UNITAR/DS/6), pp. 437-469.

¹⁴ Principle 2 of the Stockholm Declaration on the Human Environment articulates this policy on intergenerational and intragenerational equity. See also, for an interesting comment, A. D'Amato, "Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment?", *AJIL*, vol. 84 (1990), pp. 190-212. See further E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity* (New York, Transnational, 1989).

more with the concept of social justice. The concept of sustainable development, prior to its articulation by the Brundtland Commission,¹⁵ did not explicitly deal with the concept of social justice. The Copenhagen World Summit for Social Development also highlighted the importance of social justice as an integral principle of the concept of sustainable development.

Furthermore, the concept of intergenerational equity urges upon the present international community to exercise self-restraint in making demands on natural resources and the environment with a view to conserving them and passing them on to future generations for their enjoyment. On the other hand, the concept of intragenerational equity highlights the need for the sharing of knowledge, technical skills, training and technology, as well as financial resources among States as expeditiously and as equitably as possible so that the entire international community could utilize natural resources, without any one section indulging in excessive consumption. Similarly, this concept would also require States to be more respectful of their mutual interests in respect of shared natural resources such as water-courses, or global resources such as the atmosphere or the ozone layer.

In this context, mention may be made of the principles concerning reasonable and equitable use, the duty to avoid significant harm, the duty to consult and, where appropriate, negotiate suitable regimes for the enjoyment of natural resources straddling borders and the duty to settle disputes in a peaceful manner. Similarly, it is also suggested that there is a duty to cooperate and to negotiate solutions in good faith in the case of projects resulting in significant adverse harm to co-riparian States. In this regard, as a policy it is emphasized that no State should have the right to veto essential development projects. However, a corresponding duty is placed upon the party engaged in a developmental project to exercise due diligence either to avoid or to minimize damage or legal harm. Furthermore, where such harm is unavoidable, the party is obliged, within its limits, to pay

¹⁵ Prior to the report of the Brundtland Commission, in the context of the exploration and exploitation of natural resources, concepts such as reasonable use, optimal utilization, conservation and sustainable yield were discussed. Furthermore, the concept of limits to growth was also widely discussed during the 1970s. But none of these concepts, useful as they may be, are linked to the concept of sharing or distributive or social justice or equity. Even in the context of the Stockholm Declaration, the emphasis was more on the preservation and protection of the environment. Only after the report of the Brundtland Commission and with the emphasis given equally to both environment and development at the Rio Conference has the concept of social justice become an integral part of the notion of sustainable development along with economic development and environmental protection.

appropriate compensation and make an effort to restore the environment.¹⁶

It may also be noted that, in the case of transfrontier damage, States responsible for such activities within their jurisdiction are required to implement the principle of non-discrimination, giving the same access to foreign nationals to its judicial, quasi-judicial and administrative forums as is available to its own citizens. While the principle of non-discrimination has some merit from the point of view of equity and equality of human rights, it cannot be regarded yet as a principle of universal recognition. Its implementation in practice in areas and regions with little or no economic or political integration could create more problems than it attempts to solve.¹⁷

The principle of integration of environment and development, which is a variation of the concept of sustainable development, envisages according equal consideration to all issues concerning the environment in dealing with any economic and social factors connected with a developmental activity. It is sought to achieve this equality by requiring an environmental impact assessment as part of the decision-making process in relation to a particular developmental activity. While in several jurisdictions of mostly advanced countries with appropriate scientific and technological skills and awareness of the environment as a value, a statement on environmental impact assessment is considered mandatory before initiating any developmental project or siting of a hazardous industrial activity, in most developing countries this precondition for decisions on developmental activities is not yet regularly required.¹⁸

The real difficulty, however, in requiring such an assessment or making it a precondition, is the lack of scientific certainty on the effects of developmental activities on the human environment, particularly when such effects are the cumulative result of different acts, each of which, in isolation and without interaction with other elements, would not produce any significant adverse effect on the environment, or when these effects are felt in regions or areas beyond the actual area of operation of the activity. Furthermore, the ability to

¹⁶ See Article 7 of the draft articles on international watercourses (see footnote 6 above).

¹⁷ See J. Sette-Camara, "Pollution of International Rivers", *Recueil des cours...* 1984-III, vol. 186, p. 192.

¹⁸ On environmental impact assessment statements and their application as a mandatory principle under United States legislation, see L. F. E. Goldie, "A General View of International Environmental Law—A Survey of Capabilities, Trends and Limits", in A. Ch. Kiss, ed. *The Protection of the Environment and International Law*, Colloquium, 14-16 October 1973 (Leiden, Sijthoff, 1975). See also A. K. Biswas and Q. Geping, eds., *Environmental Impact Assessment for Developing Countries* (London, Tycooly, 1987).

foresee the environmental impact of an activity could only be improved by encouraging an integrated view of global development and its effects on the environment. Matters like control of climate change, the carrying out of a hazardous activity in outer space, the monitoring of the depletion of the ozone layer, the preservation of tropical forests, and the conservation of living resources and endangered species can be managed in an environmentally friendly manner only when a global view of the interacting factors can be taken and strategies adopted in the common interest can be monitored through international cooperation.

The precautionary principle, which has been incorporated in some international legal instruments, is essentially a policy statement in favour of anticipating and avoiding any damage that might occur.¹⁹ For this purpose, the decision-makers are urged to prevent and forbid certain practices or activities which are likely to cause a serious threat of irreversible damage to the environment without waiting for absolute certainty and conclusive scientific evidence on which to base their decisions. It is a policy of common sense and should be resorted to in self-interest. However, where the benefits of a certain activity, according to existing practices, far outweigh consequences which are only feared or otherwise suspected, it might be difficult for decision-makers to yield to the demands of the so-called precautionary principle particularly when few viable alternatives exist to meet the urgent developmental demands of the population at large. The difficulties decision-makers face in dealing with large developmental projects like construction of dams for irrigation and flood control and water management, or the siting of atomic energy or power plants, clearly illustrate this point.

The principle of the common concern of humanity incorporated in the 1992 Convention on Biological Diversity²⁰ and the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change²¹ essentially signifies that States are united not only in their concern for the environment but are also interdependent for protecting, preventing and reducing harm to the global environment. The effects of production of CFCs, the emission of greenhouse gases and the destruction of biodiversity have now been agreed to have cumulative, wideranging and long-term effects on the environment, despite the fact that individual

¹⁹ For a detailed discussion of the precautionary principle, see H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994).

²⁰ See A. E. Boyle, "The Convention on Biological Diversity", in L. Campiglio, L. Pineschi, D. Siniscalco and T. Treves, eds., *The Environment after Rio: International Law and Economics* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994), pp. 111-126.

²¹ See J. F. Pulvenis, "The Framework Convention on Climate Change", *ibid.*, pp. 71-110.

activities are located within the confines of the territory of a particular State. This principle thus highlights the importance of regulating activities which may be essentially within the domestic jurisdiction of a State, on the basis of commonly agreed international standards and strategies, adopted with a view to reducing the overall negative impact on, and conserving, the global environment. In that sense, this principle could provide a necessary basis for developing mandatory international standards which States could use, through their own mechanisms, to regulate environmentally harmful activities which are essentially within their territorial jurisdiction or control. The legal problems that the principle of the common concern of humanity thus raises are akin to problems which are also raised in connection with the issue of human rights or exploitation of natural resources, such as international rivers shared by one or more States.

In order to determine the point at which a matter which is otherwise essentially within the domestic jurisdiction of a State might become a matter of international concern, it is important to identify relevant thresholds.²² The fixing of such thresholds would also be important in defining, for a given purpose, "significant adverse harm" as opposed to inconsequential or *de minimis* harm or injury, the former providing the legal basis for engaging liability or responsibility. Commonly considered and agreed "thresholds" are not only important to clearly distinguish and define the relative national and international jurisdictions, but also to ensure that standards established at the international level are properly appreciated and voluntarily implemented within the domestic jurisdiction for the effective realization of the objectives involved.

Flowing from the principle of the common concern of humanity is another principle—that responsibility to enhance the value, and to protect, reduce and control adverse effects on the environment should be shared amongst States, not on the basis of notional equality but according to one's share of responsibility for the cause of concern and one's capacity to contribute to a better, safer environment. The principle of common but differentiated responsibility, which was incorporated in the Framework Convention on Climate Change²³ and also in the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, places higher and immediate responsibility on developed countries as opposed to developing countries. This is now recognized as a legitimate policy in light of the Rio Declaration in which developed

²² On thresholds or international standards, see V. P. Nanda, "Establishment of International Standards for Transnational Injury", *Iowa Law Review*, vol. 60 (1975), pp. 1089-1127.

²³ See article 4, paragraph 1, of the Framework Convention on Climate Change.

countries acknowledged their responsibility in the international pursuit of sustainable development, because of the pressures their societies place on the global environment and the technologies and financial resources they command.²⁴ It is also a principle of equity, taking into consideration the fact that carbon dioxide, which is the number one greenhouse gas, was mostly released by industrialized countries rather than by the rest of the world which accounted only for 10 percent of such releases.

The principle of common but differentiated responsibility is also sensitive to the need to promote development within less developed countries through the use of environmentally friendly technologies.²⁵ The need to shift from wasteful and harmful practices of utilization of natural resources to more environmentally friendly practices is well-recognized. It is also increasingly being realized that natural resources like water, air, land, energy and space cannot be utilized without assigning to them an appropriate economic and commercial cost, keeping in view the need for conservation and equitable sharing of these scarce resources among all sections of society, particularly the most needy. Moreover, in addition to allowing for a certain transitional period that is felt essential to enable developing States to shift to environmentally friendly practices or technologies, it is also considered necessary to develop international funding mechanisms to help such States to meet the immediate and necessary financial loss or costs which they are likely to incur in achieving more environmentally friendly development. There is also a need to facilitate the acquisition of appropriate environmentally friendly technologies by less developed countries on fair and equitable terms.²⁶ The process of modernization of the economies and technological practices of these countries should not be viewed only from the narrow and purely economic or commercial perspectives of States possessing technology and funds.

In the above context, the principle of global partnership and cooperation attracts an appropriate focus.²⁷ The approach so far adopted in highlighting the principle of cooperation is to place emphasis on the duty of cooperation and the duties to exchange information,

²⁴ Principle 7 of the Rio Declaration.

²⁵ See D. J. Hunter, Sommer and S. Vaughan, eds., *Concepts and Principles of International Environmental Law: An Introduction* (Geneva, UNEP, 1994).

²⁶ See Pulvenis, *op. cit.* (footnote 21 above), p. 100.

²⁷ For treaty provisions dealing with this aspect, see Ph. Sands, "International Law in the Field of Sustainable Development," *BYIL*, vol. 65 (1994), p. 344, notes 180-183.

to notify and consult with potentially affected States,²⁸ to provide assistance for emergencies and to provide equal access to administrative and judicial remedies to all persons whether or not they are nationals and whether they are within the territorial jurisdiction of a State or outside its borders, as long as activities conducted within that State have resulted in damage beyond its own borders.

While some or more of these principles, as noted above, have been incorporated into various international instruments in recent years and are awaiting further approval by States and the future development of the necessary State practice to ensure their incorporation into customary law, it is understood that most of these principles should be rooted, in order to succeed, in reciprocity and the common interest of preserving and protecting the environment.

Viewed thus, the policies for preserving and protecting the environment require wider consensus to result in effective implementation as part of international law. The environment could be made a common cause²⁹ if it is seen as a common heritage of mankind because of its unifying character³⁰ and because of the need to adopt global strategies and reject the temptation to yield to special or selfish or narrow sectarian interests or gain temporary trade or commercial advantages.

The principle of preventing environmental harm is important and was reflected in Principle 21 of the Stockholm Declaration, Principle 2 of the Rio Declaration and Part XII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. The principle was applied in the *Trail Smelter* arbitration,³¹ the *Lac Lanoux* arbitration,³² and also derived some support from the *Corfu Channel* case³³ decided by the International Court of Justice. Stated briefly, the principle emphasizes the responsibility of a State to prevent activities within its jurisdiction or control which knowingly and willingly cause damage in other States. However, where such damage occurs, the principle also requires the

²⁸ E. Brown Weiss, "Environmental Disasters in International Law", *Anuario Jurídico Interamericano* (1986), pp. 141 and 145-50, excerpts reprinted in B. H. Weston, R. A. Falk and A. D'Amato, eds., *International Law and World Order: A Problem-Oriented Coursebook* (St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1990), pp. 366-369.

²⁹ O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991).

³⁰ The common management regime, which is the central theme of the concept of the common heritage of mankind is vital to the preservation of today's human environment. See Hunter, Sommer and Vaughan, *op. cit.* (footnote 25 above), pp. 38-39.

³¹ *UNRIAA*, vol. III, p. 1907.

³² *Ibid.*, vol. XII, p. 281.

³³ *I.C.J. Reports 1949*, p. 22.

restoration as far as possible of the situation that existed previously and/or paying appropriate compensation to the victim of the damage.

The principle that no State is entitled to cause harm to another State or to its citizens or resources, irrespective of the freedom it has to conduct activities within its own territory, is widely accepted.³⁴ It is equally well-recognized that States should settle their disputes peacefully, that nationals or foreign persons should exhaust all available local remedies; and that States should ensure good governance through primacy and due process of law. Furthermore, any legal regime aimed at the prevention of environmental harm, and providing for remedies in case of such harm must also ensure that operators in control of industrial or other hazardous activities are made primarily answerable for the damage they cause or are likely to cause.³⁵

The International Law Commission has been discussing the question of State liability in this context, while the principle of State responsibility is dealt with separately. The principal approach so far adopted by the Commission on liability is to highlight the principle of prevention and several articles have been developed in this regard.³⁶ The emphasis on prevention highlights the importance of preserving and protecting the environment as opposed to dealing with compensation for damage done to the environment, and it thus attempts to enhance the value of the environment as a value by itself.

Most of these principles relate to the duty to cooperate, notify and render assistance. They also impose a duty of due diligence upon the State to enact appropriate legislation and monitor hazardous activities through periodic audits and inspections and by adopting policies which promote accountability and transparency in the maintenance and conduct of such activities as bear a high risk of damage or which are otherwise hazardous.³⁷

³⁴ L. F. E. Goldie, "Development of an International Environmental Law—An Appraisal", in J. L. Hargrove, ed., *Law, Institutions and Global Environment*, (Oceana, 1972), pp. 131-133.

³⁵ A. E. Boyle, "Nuclear Emergency and International Law: An Environmental Perspective", *BYIL*, vol. 69 (1989), p. 269.

³⁶ The concept of "prevention" elaborated by the International Law Commission so far revolved around the attribution of responsibility to the State, the requirement of prior authorization of activities which involve a risk of causing significant transboundary harm, the obligation to prevent and minimize the risk of significant transboundary harm, the duty to cooperate, the duty to apply the principle of non-discrimination, the duty to notify and inform and consult other States, the duty to inform the public, the rights of the States likely to be affected, and the factors involved in an equitable balance of interests.

³⁷ For the latest report on the subject, see J. Barboza, twelfth report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, document A/CN.4/475. See also Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the Gen-*

The work of the International Law Commission is nearing completion as far as the question of prevention is concerned but various questions are still left out regarding the circumstances and limits within which compensation could be claimed for actual damage suffered. The relevance as precedents in this regard of earlier cases like the *Trail Smelter* arbitration, the *Corfu Channel* case and the *Lac Lanoux* arbitration is also questionable. While those cases provide some important principles for guidance, they do not deal with more complicated issues of damage which arise when pollution involves more than one actor³⁸ or when it reaches a certain level of threshold of harm over a period of time, or with harm or damage caused to the global commons, where claims could be expected to be made on behalf of the entire international community and not on behalf of a specific claimant capable of showing a tangible injury.³⁹

The principles of notification and mutual assistance which have developed in the context of, first, the sharing of international water-courses and, second, in the context of accidents resulting in atomic radiation⁴⁰ require more time, the development of a body of coherent State practice and wider consensus before they can be regarded as clear principles of international liability. Moreover, the reaction of States to the Chernobyl accident was quite divided and their practice was not uniform in dealing with post-accident claims.⁴¹

In addition to the above, the problem of fixing appropriate thresholds for determining legal harm, to which we have referred above, is equally important in this context for quantifying actual compensation and for assigning appropriate shares to different actors or operators involved.

eral Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10), pp. 238-244, for the text of the draft articles with consolidated renumbering.

³⁸ According to Professor Ian Brownlie, the cumulative process that results in pollution involves problems of identifying tortfeasors, of establishing evidence of causation, and the remoteness of damage. He is doubtful whether the changes in law could circumvent these problems. I. Brownlie, "A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection," *Natural Resources Journal*, vol. 13 (1973), pp. 179-189.

³⁹ John Woodlife explains in his article that the United Kingdom has failed to get compensation from the Soviet Union as the Chernobyl accident was unforeseeable for the latter and did not result in any direct injury which would enable the former to get compensation. See J. Woodlife, "Chernobyl: Four years On", *ICLQ*, vol. 39 (1990), p. 461.

⁴⁰ See L. Malone, "The Chernobyl Accident: A Case Study in International Law Regulating State Responsibility for Transboundary Nuclear Pollution," *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 12 (1987), pp. 203-206. See also R. Falk, "The Global Environment and International Law: Challenge and Response", *Kansas Law Review*, vol. 23 (1975), p. 403.

⁴¹ J. A. Schlickman *et al.*, eds., *International Environmental Law and Regulation* (Salem, NH, Butterworth, 1991), p. 141.

In the above context, the principle that the polluter or user should bear the cost of pollution with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment has gained considerable strength as a policy. The main objective of this principle is to internalize environmental costs and to promote the use of economic instruments⁴² to preserve and protect the environment. This polluter or user pays principle was originally recommended by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Council in May 1972. Since then, it has acquired greater legal content in the Western European context, having been introduced in 1987 in the Single European Act. The polluter pays principle was also incorporated in the 1992 Paris Convention for the Protection of the Marine Environment in the North-East Atlantic. The principle was also given effect in the Eastern European context and within the framework of the United Nations Economic Commission for Europe. At the global level, the principle was incorporated in Principle 16 of the Rio Declaration. It was also referred to as a legal principle in the 1990 London International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Cooperation.

The principle as endorsed at Rio is essentially an economic principle,⁴³ and could be implemented subject to some important exceptions. It could have further several variations in its implementation. The definition of the cost of pollution prevention, control and reduction measures is one that could vary from region to region and from time to time. It is, however, generally understood that, within the OECD, the costs of such measures could include the cost of preventing accidents capable of causing damage to the environment as well as the cost of clean-up after an accident and the cost of restoring the environment to its original value as far as possible. The 1971 Convention Relating to Civil Liability in the Field of Maritime Carriage of Nuclear Material, as amended, evidences this, without specific reference marks, but by certain limitations, e.g., concerning the amount payable, the definition of damage etc.

State subsidies to encourage farmers and other small-scale industries to adopt more environmentally friendly practices within a State and subsidies to be provided to less developed countries to encourage

⁴² See P. H. Sand, "International Economic Instruments for Sustainable Development: Sticks, Carrots and Games", *Indian Journal of International Law*, vol. 36 (1996), pp. 1-16; D. Clark and D. Downes, eds., *What Price Bio-Diversity Conservation?* (Centre for International Environmental Law, July 1995), p. 3; and "The Developing Countries Concerns Arising out of Usage of Economic Instruments in Environment Control", in *The Use of Economic Instruments in Carbon-Dioxide Mitigation: A Developing Country Perspective* (UNEP, 1995), pp. 65-70.

⁴³ A. Kiss, "The Rio Declaration on Environment and Development", in Campiglio, Pineschi, Siniscalco and Treves, *op. cit.* (footnote 20 above), p. 61.

and enforce more environmentally friendly practices within their jurisdiction should also be considered as useful economic instruments for the implementation of the polluter pays principle.⁴⁴

In so far as there is a direct relationship between the use of natural resources resulting in degradation of the environment and the benefits sought to be gained by the operator or user, there appears to be no difficulty in applying the polluter or user pays principle. But where such direct linkage cannot be established, application of this principle would either be unreasonable or difficult. Furthermore, the imposition of standards not universally approved in this regard and which are not sensitive to the developmental needs of the developing countries could also result in the erection of indirect or artificial trade barriers.⁴⁵ In other words, it is important to ensure that the application of the polluter or user pays principle should not only be seen from an economic point of view but also from the point of view of equity.

Many of the principles discussed and related have at least one common thread running through them. The basic goals of enhancement, preservation, protection, conservation and harmonious utilization of the environment, as well as the measures to be taken to prevent and reduce damage to the environment would have to be approached, for their realization, as a matter of common concern of the entire international community.

Each State and participant involved should contribute to the achievement of these goals on the basis of both the direct responsibility that they bear for the damage and their capacity to contribute to the enhancement of the environment as a value. Moreover, the international funding mechanism and transfer of environmentally friendly technologies to the needy countries and, much more importantly, the capacity-building within the developing countries must be organized as an international obligation. Articulation of standards to promote, protect and preserve the environment should be based on general and global consensus while implementation of these standards should be left to States through national mechanisms. In addition to the development of international standards to preserve and protect the environment, there is also a need for fixing thresholds to define legal harm

⁴⁴ For the detailed history and the component elements of the polluter pays principle, see United Nations, document A/CN.4/471.

⁴⁵ The recent controversy concerning United States import bans on yellow-fin tuna caught by Mexican vessels on the high seas in violation of United States fisheries laws is a case in point. For United States measures on yellow-fin tuna imports, see General Agreement on Tariffs and Trade document DS21/R (1991). On the impact of trade on the environment, see R. Repetto, *Trade and Sustainable Development* (Geneva, UNEP, 1994). See also C. Stevens, "International Trade and Environmental Standards", *Human Potential in Environment and Development*, vol. 1 (April 1995), pp. 9-11.

and to quantify damages by way of compensation or other remedies, such as restoration of the environment.

For any effort to enhance, preserve and protect the environment to succeed, it should project the environment as a common heritage of mankind. Inherent in such an approach is the recognition that the goal of preserving and protecting the environment cannot be isolated from considerations of development, equity and social justice.

LE DROIT AU DÉVELOPPEMENT

Ahmed Mahiou

Au moment où l'Organisation des Nations Unies fête son cinquantième anniversaire, il est opportun de faire le bilan d'une œuvre considérable même si elle est controversée tant il est vrai que tout ce qui touche à la vie des Etats, des nations, des peuples et des individus ne peut rester à l'abri de discussions et de passions. Née pour instaurer et maintenir la paix sur les décombres de la seconde guerre mondiale et dans le contexte de la confrontation Est-Ouest, l'Organisation des Nations Unies a évité une troisième guerre mondiale mais au prix de nombreux conflits armés localisés, d'une guerre froide tenace et de l'occultation d'un certain nombre de crises latentes qui couvaient à l'ombre de l'équilibre de la terreur. Dans la mesure où l'action politique des Nations Unies a été bloquée ou gênée pendant une longue période, cela a contribué à certains égards à accorder plus d'attention à l'action économique et sociale, surtout avec l'accès à l'indépendance d'un grand nombre de pays du Sud. Cette action a incontestablement culminé en 1974 par la consécration solennelle du nouvel ordre économique international (NOEI) dont l'instauration demeure toujours une revendication légitime malgré les profonds changements qui ont affecté la société internationale.

Le développement a été le thème dominant des débats entre le Nord et le Sud; depuis le début des années 60, les instances internationales se sont préoccupées des voies et moyens d'atténuer ou d'effacer l'écart entre les pays développés et les pays en développement. De ces préoccupations ont émergé le droit international du développement, le NOEI et le droit au développement dont on a voulu faire le fondement juridique des transformations qu'il convient d'apporter dans les relations économiques mondiales. En effet, si les fondements politiques, économiques et sociaux du NOEI étaient largement connus grâce à l'action du groupe des 77 et des pays non-alignés, le fondement juridique semblait plus incertain et était mal perçu. Cet aspect secondaire au départ parce que la lutte était d'abord idéologique revient au premier plan car les revendications du Sud n'ont de chance de prendre forme que si elles trouvent une traduction juridique, avec l'élaboration de nouvelles normes et institutions susceptibles d'engager les Etats et les organisations internationales. Pour trouver cette base juridique, la réflexion et l'action se sont orientées

vers le droit au développement dont il convient de rappeler la genèse, le contenu et la portée.

1. La genèse du droit au développement

Comme pour tout concept nouveau, il est malaisé d'établir avec exactitude la paternité du droit au développement ainsi que la date de son apparition dans le langage international, tant il y a d'auteurs et d'instances dont les préoccupations se sont rencontrées. Aux efforts des Nations Unies se sont ajoutés ceux de la doctrine pour faire admettre sinon l'expression elle-même, du moins les idées sous-jacentes au droit au développement.

1. L'action des Nations Unies

C'est sans doute dans les travaux des Nations Unies, notamment ceux du Conseil économique et social, que l'idée d'un droit au développement transparait, d'abord indirectement puis plus nettement pour devenir un enjeu, au fur et à mesure que l'idéologie du développement pénètre le système des Nations Unies. Le devoir des Etats d'agir en faveur du développement économique et social des individus et des peuples s'affirme et se précise en passant progressivement du plan éthique au plan juridique. Un lien plus étroit s'établit entre les droits de l'homme classiques, reconnus par la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle de 1948, et le développement.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 est l'un des premiers textes à établir ce lien, en complétant la Déclaration universelle dont le contenu économique était très limité. Certes, le Pacte n'emploie pas l'expression « droit au développement », mais il invite les Etats à « favoriser le bien-être général » (article 4), à « assurer un développement économique, social et culturel constant et un emploi productif » (article 6, paragraphe 2); il énumère également toute une série de droits relatifs au travail, à la santé, l'éducation, etc., considérés comme inhérents à la dignité de l'homme et qui ont un lien incontestable avec le développement dès lors que cette notion est comprise dans un sens large.

D'autres textes sont venus ensuite conforter l'idée que le développement individuel et collectif est une tâche prioritaire devant entraîner des obligations tant à l'égard des Etats sur le plan national, régional et international qu'à l'égard des organisations internationales¹.

¹ Pour ne citer que les principales résolutions de l'Assemblée générale, mentionnons les suivantes qui jalonnent le cheminement des idées relatives au droit au développement :
— résolution 2542 (XXIV) du 16 décembre 1969 : Déclaration sur le progrès et le développement social;

Notons que si ces textes et d'autres encore font du développement la notion centrale autour de laquelle s'ordonnent ou devraient s'ordonner les actions des Etats et des organisations internationales concernées, ils ne mentionnent pas encore expressément le droit au développement. Pour que l'expression entre effectivement dans le langage onusien, il faut attendre le 21 février 1977 lorsque la Commission des droits de l'homme a demandé au Secrétaire général des Nations Unies une étude sur « les dimensions régionales et nationales du droit au développement comme droit de l'homme ». Sur cette base un premier rapport est établi le 11 décembre 1978² suivi assez rapidement par d'autres rapports complémentaires³ du 13 novembre 1980 et du 31 décembre 1981. Peu après, le 2 mars 1977, la Commission fait un pas encore plus important en réaffirmant que « le droit au développement est un droit de l'homme et que l'égalité de chances en matière de développement est une prérogative aussi bien des nations que des individus qui les composent ». Cette conception inspire directement la résolution 34/46 du 23 novembre 1979 de l'Assemblée générale qui déclare que « le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme », lui donnant ainsi une reconnaissance officielle et solennelle.

Toujours à l'initiative de la Commission des droits de l'homme, le Conseil économique et social crée un groupe de travail de quinze experts, le 8 mai 1981, avec pour mission d'étudier la portée et le contenu du droit au développement. Le groupe a travaillé de 1981 à 1984 pour parvenir à un rapport adressé à la Commission des droits de l'homme en 1985 et discuté très âprement pour savoir s'il fallait ou non recommander à l'Assemblée générale l'adoption d'un texte sur le droit au développement. Finalement, l'Assemblée est saisie et elle adopte la déclaration sur le droit au développement par la résolution 41/128 du 4 décembre 1986⁴.

— résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970: Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats;

— résolutions 3201 et 3202 (S. VI) du 1^{er} mai 1974: Déclaration sur l'instauration d'un nouvel ordre économique international et Programme d'action concernant son instauration;

— résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974: Charte des droits et devoirs économiques des Etats;

— résolution 3362 (S.VII) du 16 septembre 1975 sur le développement et la coopération économique internationale.

² Document E/CN.4/1334.

³ Documents E/CN.4/1421 et 1488.

⁴ La résolution a été adoptée par 146 voix contre 1 (Etats-Unis) et 8 abstentions. Notons qu'auparavant, l'Assemblée générale avait déjà voté d'autres résolutions inspirées de préoccupations relatives au droit au développement: résolutions 32/130 du 16 décembre 1977; 34/46 du 23 novembre 1979; 35/174 du 15 décembre 1980; 36/133 et 36/136 du 14 décembre 1981; 37/199 et 37/200 du 18 décembre 1982.

2. La position de la doctrine

Si l'on consulte les ouvrages de droit international des décennies 70 et 80, y compris ceux qui traitent du droit international du développement, le droit au développement n'apparaît pas ou très furtivement. On a l'impression que les juristes refusent ou hésitent à reconnaître ce nouveau droit ou, à tout le moins, s'interrogent sur sa valeur en droit positif, comme le montrent les différentes opinions qui cherchent à le rattacher soit aux droits humains fondamentaux, soit à la dette incombant aux pays colonisateurs, soit à l'équité qui doit trouver son expression dans les relations économiques internationales.

a) *La genèse du droit au développement* est liée à tout un contexte idéologique et éthique, celui de la période de la décolonisation où l'on voulait justifier l'aide aux nouveaux Etats; elle porte l'empreinte d'un courant de pensée favorable à la solidarité internationale dans un souci de charité et de justice. Ce courant tiers-mondiste né de la rencontre de plusieurs sensibilités de tendance humaniste, chrétienne, anticoloniale, socialiste, voulait sensibiliser les opinions publiques nationales et l'opinion publique internationale aux problèmes du développement. Il y a donc un appel à la solidarité internationale sur la base d'un devoir moral pour les peuples comme pour les Etats d'agir en faveur du développement et d'apporter une aide à ceux qui sont démunis. Bien que cette approche soit reçue avec sympathie, on lui reproche de reposer sur une base subjective et fragile, puisque le devoir moral est éminemment fluctuant et dépend de la perception que chacun peut avoir des obligations qui en découlent. Comme l'a rappelé le Ministre sénégalais des affaires étrangères, lors de la Conférence du groupe des 77 à Alger en octobre 1967 : « le problème du développement et les divers concours qu'il requiert de la part des puissances industrialisées doivent sortir du domaine de la morale, pour ne pas dire d'un certain esprit de charité condescendante. Ils doivent constituer une obligation juridique... »⁵.

Vers la fin des années soixante, l'idée d'une obligation juridique fait son chemin. C'est encore à Alger qu'une voix s'élève en 1969 pour dire : « nous devons proclamer pour le Tiers-Monde le droit au développement »; cette déclaration du cardinal Duval rencontre un écho auprès de l'évêque français dont les évêques font une relecture de l'encyclique *Populorum Progressio* pour découvrir, en 1971, qu'elle constitue « un véritable traité sur le droit au développement »⁶. Ainsi, le halo de spiritualisme et d'idéalisme qui entoure le droit au dévelop-

⁵ Cité par J. R. Henry, *Mutations du droit international du développement — La France et l'Afrique*, thèse, Nice, 1977, p. 86.

⁶ Voir H. Sanson, « Le droit au développement comme norme métajuridique en droit international du développement », in M. Flory, A. Mahiou et J. R. Henry, éd., *La formation des normes en droit international du développement*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1984.

pement s'atténue et commence à se dissiper lorsque les juristes vont s'en préoccuper pour lui donner un fondement plus solide en le rattachant à la Charte des Nations Unies et aux droits de l'homme. Le professeur Virally, qui est l'un des meilleurs analystes du problème, montre de façon convaincante le passage de l'idéologie du développement au droit du développement puis au droit au développement, à travers une étude des résolutions de l'Assemblée générale et des obligations qui en découlent pour la communauté internationale; il conclut que le droit au développement est à la fois un droit de l'homme et un droit des peuples dont la réalisation incombe à l'ensemble des Etats et en particulier aux Etats les plus développés⁷. Cette réflexion sera prolongée et approfondie par une nombreuse doctrine qui s'interrogera sur les liens qui peuvent exister entre le droit au développement et les droits de l'homme et pour aboutir à des conclusions diverses. En effet, si pour beaucoup d'auteurs, il y a à travers cette filiation les voies et moyens de reconnaître, d'insérer et de réaliser le droit au développement tant en droit interne qu'en droit international⁸, pour d'autres, il serait vain, voire erroné d'établir une telle filiation et de prétendre créer des pseudo-droits de solidarité qui n'ont ni sujet, ni objet, ni débiteur, mais qui sont simplement des vœux, des revendications et des incantations⁹.

⁷ Voir M. Virally, « La deuxième décennie des Nations Unies pour le développement : essai d'interprétation parajuridique », *AFDI*, 1970, vol. 16, p. 9 et suiv.; « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats », *ibid.*, 1974, vol. 20, p. 57 et suiv.; « Où en est le droit international du développement ? », *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1975, p. 279 et suiv.; « Panorama du droit international contemporain », *Recueil des cours...* 1983-V, vol. 183, p. 303 et suiv.

⁸ Parmi une abondante littérature, citons K. M'Baye, « Le droit au développement comme un droit de l'homme », *Revue internationale des droits de l'homme*, 1972, vol. 5, p. 505; T. Van Boven, « Right to Development and Human Rights », *Review of the International Commission of Jurists*, n° 28, p. 49; Ph. Alston, "Development and the Rule of Law: Prevention Versus Cure as a Human Rights Strategy", in *Development, Human Rights and the Rule of Law* (Report of the Conference on Development and the Rule of Law), Oxford, Pergamon Press, 1981, p. 31; H. Gros Espiell, « The Right to Development as a Human Right », *Texas International Law Journal*, 1981, vol. 16, p. 189; A. Pellet, « Note sur quelques aspects juridiques de la notion de droit au développement », in Flory, Mahiou et Henry, *op. cit.* (supra note 6), p. 71; R. Y. Rich, « The Right to Development as an Emerging Human Right », *Virginia Journal of International Law*, 1983, vol. 23, p. 287; J. J. Israel: « Le droit au développement », *RGDIP* 1983, t. 87, p. 5; S. R. Chowdhury, E. M. G. Denters et P. J. I. M. de Waart, édit., *The Right to Development in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992.

⁹ Les points de vue les plus critiques sont ceux de J. Donnelly, "In Search of the Unicorn: the Jurisprudence and Politics of the Right to Development", *California Western International Law Journal*, 1985, vol. 15, p. 473 et suiv.; F. Sudre cité par M. H. Sinkondo, « De la fonction juridique du droit au développement », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1991, vol. 68, p. 275; R. Pelloux, « Vrais et faux droits de l'homme — Problèmes de définition et de classification », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1981, vol. 96, p. 53.

b) *Pour un autre courant doctrinal*, le droit au développement est une dette contractée par les puissances coloniales qui ont profité de leur domination pour s'enrichir au détriment des pays du Sud. Ce point de vue, avancé d'abord comme argument politique et économique, s'efforce de s'inscrire comme argument juridique susceptible de fonder et de justifier l'aide aux pays en développement; celle-ci ne serait que « la restitution de ce dont ils ont été frustrés au cours de plusieurs siècles »¹⁰. Les juristes du Tiers-Monde empruntent cette voie pour lier l'aide au préjudice engendré par le pillage des ressources avec la responsabilité morale qui en découle et qui est susceptible d'engendrer une responsabilité juridique¹¹. M. Bedjaoui estime que le débat est ouvert sur les conditions de restitution de richesses mal acquises¹² et la réparation des injustices passées tout en considérant qu'il s'agit d'un « difficile problème qui charrierait sans fin des contentieux aigres et grinçants »¹³. M. Bennouna constate l'existence d'une « obligation qui pèse sur les anciennes puissances coloniales de réparer tous les préjudices et dommages occasionnés dans le passé aux nouveaux Etats »¹⁴, mais sans donner d'autres précisions sur les tenants et aboutissants de ce régime de responsabilité.

c) M. Bedjaoui qui récuse la lecture du droit au développement à travers les droits de l'homme, cherche apparemment à lui donner un fondement plus ample et plus sûr en s'efforçant de l'ancrer dans le *jus cogens*¹⁵. Il estime que le droit au développement, d'une part, est un corollaire du droit à la vie, d'autre part, découle directement du droit à l'autodétermination et possède donc la même nature, enfin, repose sur la solidarité internationale liée elle-même à l'existence de la communauté internationale et à la préservation de l'espèce humaine. Ce triple rapprochement lui permet de conclure qu'il y a une filiation entre le droit au développement et le *jus cogens*. Toutefois, l'argumentation est loin d'être convaincante. On peut relever une certaine contradiction dans la mesure où l'auteur, après avoir récusé toute approche se rattachant aux droits de l'homme, invoque le droit à la vie et la préservation de l'espèce humaine qui sont les premiers des droits fondamentaux de l'homme. Par ailleurs, le lien établi entre le droit au

¹⁰ Voir la déclaration précitée du Ministre sénégalais des affaires étrangères en 1967.

¹¹ Voir K. M'Baye : « Le droit au développement » in *Le droit au développement*, Sijthoff et Noordhoff, 1980, p. 78 et suiv.

¹² Voir M. Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 1979, p. 96.

¹³ Voir M. Bedjaoui, « Le droit au développement » in M. Bedjaoui, éd., *Droit international : Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, t. 2, p. 1260.

¹⁴ Voir M. Bennouna, *Droit international du développement*, Paris, Berger-Levault, 1983, p. 21.

¹⁵ Voir Bedjaoui, *op. cit.* (supra note 13), p. 1254 et suiv.

développement et le droit à l'autodétermination n'a pas nécessairement toutes les implications qui lui sont attribuées; un peuple peut revendiquer et exercer le droit à l'autodétermination en refusant les avantages éventuels de la dépendance et en acceptant de faire face aux graves difficultés économiques qui peuvent en résulter parce que sa dignité est à ce prix. Ensuite, si la solidarité internationale est une notion noble de nature à justifier l'existence et la sauvegarde d'une communauté internationale, elle reste encore du domaine du sentiment et de l'éthique; elle ne correspond présentement et malheureusement à aucune norme de droit et encore moins de *jus cogens*; les graves événements de la vie internationale viennent rappeler chaque jour les carences dramatiques et parfois l'absence de solidarité et d'interdépendance entre les Etats, les nations et les peuples. L'interdépendance économique dans le cadre d'une économie-monde ne signifie pas forcément l'établissement ni même la volonté d'instaurer une solidarité humaine plus profonde et *a fortiori* une solidarité juridique avec toutes les conséquences qui lui sont inhérentes. Enfin, il n'est pas sûr que le rattachement au *jus cogens* soit un élément de nature à donner plus de valeur juridique au droit au développement; en effet, la notion de *jus cogens* demeure très controversée lorsqu'il s'agit d'identifier les règles qui en font partie; en outre la référence à l'accord de la communauté internationale dans son ensemble — selon la formule de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités — devient un obstacle de taille, puisque beaucoup d'Etats développés qui n'acceptent pas déjà de reconnaître au droit au développement la valeur d'une simple norme juridique, s'opposent encore plus fermement à ce qu'il puisse accéder au rang de norme impérative, comme nous le verrons plus loin.

d) *Un autre fondement du droit au développement est recherché dans le principe d'équité en raison non seulement des fonctions qui sont traditionnellement reconnues à l'équité en droit international (seconder, suppléer ou corriger la rigueur de la règle internationale pour éviter des conséquences injustes)¹⁶, mais aussi et surtout en raison de la place éminente que l'équité occupe dans les relations économiques internationales¹⁷. C'est au nom du traitement juste et équitable que l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) postule une participation effective de tous les Etats aux échanges*

¹⁶ Voir M. Chemillier-Gendreau, « L'équité », in *Droit international: Bilan et perspectives*, op. cit. (supra note 13), t. 2, p. 283; P. Reuter, « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *Revue belge de droit international*, 1980, p. 165; V. Lowe, « The Role of Equity in International Law », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, p. 54.

¹⁷ Voir G. Feuer, « Technique juridique et valeurs morales en droit international du développement », *Mélanges Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 230, et plus spécialement p. 242 et suiv.; Sinkondo, op. cit. (supra note 9), p. 271, et plus spécialement p. 286 et suiv.

mondiaux, que les principes et règles sont modulés pour tenir compte des niveaux de développement. C'est en s'appuyant sur l'équité que la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) et les autres institutions des Nations Unies ont œuvré pour faire admettre, avec plus ou moins de bonheur, tout un ensemble de nouvelles normes et institutions qui ont contribué à donner une assise et un contenu au droit au développement (stabilisation du prix des produits de base, dérogations au principe de la réciprocité en droit commercial international, contrôle des sociétés transnationales, aide au transfert de technologie, etc.). C'est encore en arguant de l'équité que les pays du Sud ont obtenu que les accords multilatéraux ou bilatéraux de coopération soient adaptés à leurs situations économiques réelles dans la perspective de les aider à passer progressivement du statut d'assistés à celui de partenaires.

Dans le droit international du développement, le recours à l'équité n'est plus simplement une référence abstraite; elle est le fondement formel de la plupart des principes et règles qui lient les Etats dont elle inspire l'interprétation et les solutions; elle est parfois la substance même de la règle de droit lorsque les textes internationaux mentionnent les principes équitables comme sources de droit applicables à des situations déterminées. On rejoint alors la conclusion de la Cour internationale de justice selon laquelle «la notion juridique d'équité est un principe général de droit directement applicable en tant que droit» et la Cour «doit appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes...»¹⁸.

Si l'équité est si présente en matière de développement, c'est que les relations économiques internationales sont l'expression d'un rapport de force et qu'il est important de les corriger à la fois pour des raisons morales (ne pas affaiblir davantage le plus faible) et pour des raisons politiques et juridiques (ne pas susciter le rejet des règles, et assurer une certaine sécurité juridique). Le droit au développement en tant que principe équitable devient alors un concept idéologique nécessaire au droit¹⁹ avec pour fonction de rendre acceptable ou supportable l'ordre international prévalant.

Le débat sur les fondements du droit au développement est loin d'être clos, ce qui n'est guère étonnant. Etant au confluent de valeurs éthiques, de données économiques, de croyances idéologiques et de principes juridiques, il est normal que son profil juridique soit difficile-

¹⁸ Affaire du Plateau continental Tunisie-Libye, C.I.J. Recueil 1982, p. 60.

¹⁹ Pour reprendre la formule de Chemillier-Gendreau, *op. cit.* (*supra* note 16), p. 292.

ment saisissable²⁰. En tant que notion juridique émergente et avant d'acquérir son autonomie, elle doit inévitablement s'appuyer sur d'autres principes déjà consacrés, apparaître assez inconsistante et ambivalente avec différents rattachements et emprunts qui semblent donner des arguments aux adversaires du droit au développement. Mais n'en va-t-il pas ainsi que pour toute notion juridique nouvelle dont l'affirmation et la consécration sont rarement un phénomène spontané ou immédiat, mais plutôt obéissent à un cheminement long et complexe qui découvre ou recouvre ces îlots juridiques²¹. Il n'est pas inexact de dire que le droit au développement est d'abord un ensemble de faits juridiques avant d'être un concept juridique. C'est pourquoi il est utile de voir quel contenu peut lui être donné pour mieux saisir ses caractéristiques et évaluer sa portée juridique.

II. Le contenu du droit au développement

Lors de l'élaboration du texte de la déclaration, le contenu du droit au développement a été l'objet de discussions et d'objections vives puisque l'on était encore dans une phase d'opposition et parfois de confrontation entre les différents groupes d'Etats avec les divisions Est-Ouest et Nord-Sud²². A certains égards, la Déclaration de 1986 représente le dernier grand texte d'une période riche d'intenses débats qui s'est ouverte à la fin des années soixante et s'est achevée au milieu des années quatre-vingt. Même si le juriste peut estimer que les controverses ont été excessivement idéologiques, polémiques et parfois éloignées du droit, il n'en demeure pas moins qu'elles ont été très fécondes en interpellant la plupart des principes et règles du droit international, en incitant à leur approfondissement, leur réinterprétation ou leur révision dans l'optique du droit international du développement et d'un nouvel ordre économique international²³. C'est précisément cette optique qui a suscité les craintes des pays développés sur le contenu qu'il convient de donner au droit au développement, notamment au regard des droits de l'homme, du droit

²⁰ Voir G. Abi-Saab, « Le droit du développement », *Annuaire suisse de droit international*, 1988, vol. 44, p. 9.

²¹ Voir R. J. Dupuy, « Thème et variations sur le droit au développement », *Mélanges Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 263 et suiv.

²² Voir C. A. Colliard, « L'adoption par l'Assemblée générale de la déclaration sur le droit au développement (4 décembre 1986) », *AFDI*, 1987, vol. 33, p. 614 et suiv.

²³ Voir M. Flory, *Droit international du développement*, Paris, Presses universitaires de France, 1977; A. Pellet, *Le droit international du développement*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1987; M. Benchikh, *Droit international du sous-développement*, Paris, Berger-Levrault, 1983; Bennouna, *op. cit.* (supra note 14); G. Feuer et H. Cassan, *Droit international du développement*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1991; I. Seidl-Hohenvelden, « International Economic Law », *Recueil des cours... 1986-III*, vol. 198, p. 9 et suiv.

des peuples à disposer d'eux-mêmes, du droit international du développement et du NOEI.

1. Droit au développement et droits de l'homme

Etant donné que la genèse du droit au développement s'est inscrite dans la perspective des droits de l'homme, la question se pose de savoir dans quelle mesure et comment s'effectue la jonction entre les deux. Les droits de l'homme sont habituellement des droits précis et concrets permettant à chaque personne de revendiquer leur respect face aux autorités étatiques qui refusent de leur donner effet. Le droit au développement par son caractère très général et abstrait ne peut pas ou peut difficilement s'incarner dans une obligation ayant un titulaire et un débiteur clairement identifiables. Pour sortir de cette difficulté, on a évoqué l'idée selon laquelle le droit au développement serait la somme ou la synthèse de tous les droits économiques et sociaux dont il permettrait la réalisation; c'est lorsque le développement est effectivement engagé que l'on peut satisfaire le droit à la santé, au travail, à l'éducation, etc. Cette approche fait comprendre l'intérêt ou la priorité que revêt le développement ainsi que les interconnexions qu'il entretient avec d'autres droits de l'homme, mais elle ne suffit pas pour donner un contenu autonome et définir un droit spécifique. On a suggéré également d'analyser le droit au développement par référence à une perspective historique et à une classification qui le range dans les droits de l'homme de la troisième génération (droits de solidarité incluant le droit à l'environnement et le droit à la paix), venant compléter ceux de la première génération (droits civils et politiques) et de la deuxième génération (droits économiques et sociaux)²⁴. Là encore, cette approche met en relief l'évolution des conceptions en matière de droits de l'homme, mais sans vraiment justifier les tenants et les aboutissants d'un droit au développement comme notion juridique ayant un contenu propre et des effets précis.

En adoptant la Déclaration de 1986, l'Assemblée générale n'a pas retenu une notion unitaire, puisque le droit au développement revêt déjà une double dimension, collective et individuelle. Dans sa dimension collective, son objet est le développement global des Etats, nations et peuples, y compris les minorités qui les composent; dans sa dimension individuelle, il recouvre les droits civils et politiques ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels. Si, dans un souci de

²⁴ Voir K. Vasak, « La Déclaration universelle des droits de l'homme, 30 ans après », *Courrier de l'UNESCO*, novembre 1977; « Pour une troisième génération des droits de l'homme », in *Mélanges Pictet*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 837 et suiv.; Ph. Alston, "A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?", *Netherlands International Law Review*, 1982, p. 307 et suiv.; A. Holleaux, « Les lois de la troisième génération des droits de l'homme: ébauche d'étude comparative », *Revue française d'administration publique*, 1980, p. 527 et suiv.

compromis, ces deux dimensions sont acceptées par tout le monde, des divergences surgissent à propos de la hiérarchie entre elles; alors que les pays développés mettent l'accent sur l'aspect individuel en s'opposant à ce que les nécessités du développement national servent d'alibi pour mettre en cause les droits civils et politiques, les pays du Sud mettent l'accent sur l'aspect collectif en arguant des particularités de leurs sociétés où les droits individuels sont relativisés par leur insertion dans des valeurs communautaires. Bien que ces divergences se soient beaucoup atténuées, elles persistent et se manifestent à l'occasion des débats que suscite le difficile processus de démocratisation qui est à l'œuvre dans la plupart des pays en développement.

2. Le droit au développement et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

S'il y a une filiation qui ne fait pas de doute, c'est celle qui s'est établie entre le droit au développement et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, compte tenu de la signification et de la portée acquises par ce dernier principe. Alors que dans une première phase, celle des années 60, le droit à l'autodétermination avait une signification essentiellement politique en ce qu'il justifiait l'accès à l'indépendance de nouveaux Etats, il va s'enrichir et s'approfondir au cours des années 70 pendant lesquelles il est apparu que la souveraineté serait incomplète si elle se limitait à son aspect politique et excluait son aspect économique. Le glissement de la souveraineté politique vers la souveraineté économique s'opère avec l'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles et c'est tout à fait logiquement qu'un second glissement va s'opérer pour introduire le droit au développement.

Cela ne veut pas dire pour autant que la parenté entraîne une assimilation entre des principes qui se déduisent les uns des autres. Il est incontestable que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est une règle fondamentale ayant la nature de *jus cogens* en tant que seule source pouvant légitimer la naissance et l'existence d'un Etat dans l'ordre international. La souveraineté permanente sur les ressources naturelles est à la fois un droit plus précis et second par rapport au droit à l'autodétermination dont il est dérivé; quoi que l'on dise, l'existence d'un Etat comme membre de la communauté internationale n'est pas en cause du seul fait qu'il n'exerce pas une totale maîtrise sur ses ressources naturelles; on constate même paradoxalement un abandon des nationalisations et un recul du contrôle des sociétés transnationales qui sont de nouveau invitées à participer à la mise en valeur et à la gestion des ressources naturelles²⁵. Le droit au

²⁵ Ce retournement de situation est la conséquence de l'échec des politiques étatiques, de l'effondrement du bloc socialiste et des encouragements des institutions financières internationales.

développement est encore plus vague et moins contraignant dans la mesure où le concept de développement n'a aucune définition économique reconnue et encore moins juridique; il y a autant de conceptions du développement qu'il y a de conceptions de l'homme et de la société et la communauté internationale est loin de parvenir à un accord, malgré les progrès récents avec la reconnaissance d'un «développement durable» à l'issue de la Déclaration de Rio du 13 juin 1992²⁶.

La Déclaration de 1986 constitue à bien des égards une sorte d'auberge espagnole où chacun peut trouver ce qu'il apporte, ce qui a permis de satisfaire à l'époque les pays en développement, les pays développés occidentaux et les pays socialistes. Pour les premiers, il s'agissait de lier et de conforter un certain nombre de principes collectifs : droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, souveraineté sur les ressources naturelles, libre choix des modèles de développement, participation au processus de décision internationale, droit à une assistance internationale. Pour les seconds, il s'agissait de réaffirmer la primauté du respect et des règles établies, notamment celles relatives aux droits de l'homme, aux libertés fondamentales et aux principes libéraux démocratiques. Pour les troisièmes, il s'agissait de mettre l'accent sur la coexistence pacifique, le droit de vivre en paix et le désarmement. Cet aspect hétéroclite ne facilite pas l'élaboration et l'affinement de la notion de droit au développement dont l'insertion dans l'espace normatif international reste largement subordonnée à l'évolution de la coopération entre les Etats.

3. Le droit au développement, le droit international du développement et le NOEI

Le contenu du droit au développement ne peut être saisi, en réalité, que si on le replace dans le contexte de son émergence, c'est-à-dire au moment où le droit international du développement et le NOEI piétinent et ne parviennent guère à trouver les voies et moyens d'une transposition juridique efficace par suite des objections et oppositions des pays développés ainsi que des échecs rencontrés par la plupart des pays du sud dans leurs politiques de développement. En effet, les revendications du groupe des 77, après avoir trouvé un écho favorable dont la manifestation la plus spectaculaire date de 1974, année de l'adoption de la déclaration sur le NOEI et de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, ont commencé à se disperser, à se fractionner et à se perdre au sein des différentes instances internationales. Il faut donc mener un combat incessant sur chaque

²⁶ Voir A. Ch. Kiss et S. Doumbe-Bille, « La Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio-de-Janeiro, 3-14 juin 1992) », *AFDI*, 1992, vol. 38, p. 823 et suiv.

revendication devant chaque forum particulier, pour expliquer et défendre par des argumentations spécifiques le bien-fondé de la position de chaque Etat. Dans une telle stratégie de négociation où il s'agit d'examiner concrètement les règles les unes après les autres et les situations cas par cas, il est évident que les pays du Sud sont loin d'être dans la même situation. Non seulement il y avait déjà la distinction entre les pays les moins avancés et les autres, mais d'autres éléments de diversification et de division apparaissent sur de nombreux fronts comme l'accès au marché international, la hausse du prix des matières premières et notamment des hydrocarbures, l'acquisition et la maîtrise de la technologie, le contrôle des investissements et des sociétés transnationales, les droits sur les ressources des zones maritimes, etc. Autrement dit, le front commun constitué depuis la fin des années 60 et consolidé pendant les années 70, commence à se lézarder au début des années 80, alors même qu'aucune avancée substantielle du NOEI n'est encore intervenue.

L'émergence d'un droit au développement apparaît ainsi comme une bonne stratégie pour cristalliser à nouveau une revendication collective, donner une plus grande cohérence aux principes et règles épars du droit international du développement et une meilleure assise juridique au NOEI²⁷. Le droit international du développement qui regroupe l'ensemble des règles régissant les rapports Nord-Sud en tenant compte de la finalité du développement, pour se distinguer du droit international économique, n'est qu'une construction doctrinale pour singulariser, présenter et expliquer les dérogations introduites en faveur des Etats selon leur niveau de développement; bien qu'il ait introduit les techniques et méthodes permettant de contester les règles existantes, il ne peut à lui seul donner un fondement satisfaisant aux revendications du Tiers-Monde. Avec le NOEI un pas de plus est accompli par une radicalisation des objectifs et la définition de tactiques devant servir à les atteindre par la réforme des règles, institutions et procédures gouvernant les relations économiques internationales. Il manquait l'élément stratégique, c'est-à-dire le moyen de fonder juridiquement l'action de tous les agents impliqués dans la conduite des réformes qu'il s'agisse des Etats développés ou en développement, des organisations internationales, des sociétés transnationales, des peuples ou des individus. Le droit au développement va être

²⁷ Voir W. D. Verwey, « The New International Economic Order and the Realization of the Right to Development and Welfare — A Legal Survey », in F. E. Snyder et S. Sathirathai, édit., *Third World Attitudes Toward International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1987, p. 825 et suiv. Toutefois, selon un autre point de vue, « faire du droit au développement un principe d'un nouvel ordre juridique n'a pas de sens. Ce droit au développement ne peut être un principe c'est-à-dire un soubassement juridique de la société internationale, il en est un objectif »; voir F. Borella, « Le nouvel ordre économique international et le formalisme juridique », *Mélanges Chaumont*, op. cit. (*supra* note 21), p. 81 et suiv.

cet élément stratégique dont le contenu correspond incontestablement à la conjoncture du moment en essayant de faire la synthèse entre des exigences diverses en matière de développement, de droits de l'homme, de coopération internationale et de participation de tous à l'épanouissement individuel et collectif de l'être humain²⁸. Il reste à déterminer la portée juridique d'une notion qui semble s'être diluée au fur et à mesure que les États se sont efforcés de la cerner et de lui accorder un statut correspondant à leurs attentes respectives.

III. La portée du droit au développement

Reconnaître un droit c'est naturellement et traditionnellement rechercher les créanciers de ce droit et les débiteurs de l'obligation correspondante. Une partie de la doctrine s'est effectivement engagée dans cette voie pour aboutir à des conclusions contradictoires, les unes pour nier et les autres pour justifier l'existence d'un droit au développement. Cette approche résulte du fait que le droit au développement est appréhendé comme un droit de l'homme, alors qu'il n'est pas que cela ainsi que nous l'avons vu précédemment. On peut se demander si une telle approche est pertinente pour rendre compte des tenants et aboutissants d'un droit aussi composite et complexe que le droit au développement où chaque acteur concerné est à la fois titulaire de certains droits et de certaines obligations. C'est ce qu'il convient de montrer en examinant respectivement la position des États, des organisations, des individus et des autres groupes ou collectivités (peuples et populations, communauté internationale).

I. Pour les États

Il est important de noter que la plupart des dispositions de la Déclaration de 1986 commencent par l'expression suivante : « les États doivent... », ce qui a pour conséquence d'en faire des débiteurs de toute une série d'obligations à l'égard des individus et des peuples ou entre eux afin de créer les conditions favorables à la réalisation du droit au développement. En revanche, la solution est moins claire sur l'autre point essentiel non tranché par la Déclaration qui n'a pas voulu attribuer explicitement la qualité de titulaires du droit au développement aux États du Sud et celle de débiteurs à ceux du Nord. C'est indirectement ou par préterition qu'on peut déduire l'une ou l'autre qualité sans pour autant que les droits des uns et les obligations des autres soient suffisamment précis et contraignants. Hormis le rappel de certains principes fondamentaux classiques (droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, souveraineté sur les richesses et ressources naturelles, coopération entre les États), nous sommes plutôt sur le terrain de la « soft law »

²⁸ Voir Colliard, *op. cit.* (*supra* note 22), p. 624.

dont chacun peut prétendre tirer avantage pour appuyer son point de vue, défendre ses droits et intérêts et réfuter les revendications des autres. Chacun des articles porte l'empreinte de l'ambivalence puisque chaque obligation est énoncée en termes souples et nuancés et, lorsque l'obligation est plus ferme ou impérative, elle concerne davantage le comportement que le résultat (devoir de coopérer, de formuler des politiques ou de prendre des mesures, de respecter les grands principes du droit international). A cet égard, il est permis de s'étonner de l'opposition des Etats-Unis et de l'abstention de quelques autres Etats développés²⁹, puisque non seulement leurs engagements internationaux ne se trouvent pas aggravés par les dispositions de la Déclaration, mais celles-ci leur offrent des moyens de pression sur les pays en développement par le lien établi entre les droits de l'homme et les politiques de développement. Du fait de ce lien, les pays du Sud sont contraints d'accepter que l'ordre juridique international vienne interférer dans l'ordre juridique interne, alors que durant la phase de revendication d'un NOEI, ils avaient réussi à éviter pareille interférence, en occultant les aspects internes du sous-développement³⁰. Désormais, ils ont « la responsabilité première de la création des conditions nationales » — en plus des conditions internationales — favorables à la réalisation du développement et ils doivent s'en acquitter dans « le respect et la jouissance des droits de l'homme » (article 3, alinéas 1 et 3). De ce fait, les pays du Tiers-Monde ne sont pas simplement titulaires du droit au développement, ils sont également débiteurs d'obligations en liaison directe avec ce droit; ils ne peuvent plus revendiquer l'un sans avoir à rendre compte de la manière dont ils accomplissent les devoirs afférents aux autres droits de l'homme. Les Etats développés, dans la mesure où ils ont le devoir d'aider les bénéficiaires du droit au développement, sont en droit de veiller au « plein respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et à la « participation active libre et utile au développement » de tous les individus, ainsi qu'à « la répartition équitable des avantages qui en résultent ». C'est en quelque sorte la légitimation d'un certain droit de regard dans les affaires intérieures par le biais du développement, même si cette ingérence doit être comprise avec toute la prudence qui

²⁹ L'opposition américaine est motivée selon l'explication du vote par l'aspect confus et imprécis de la Déclaration, le lien développement/désarmement et l'idée que le développement dépend des transferts du Nord vers le Sud. L'abstention des autres pays (Danemark, Finlande, République fédérale d'Allemagne, Irlande, Islande, Israël, Japon et Royaume-Uni) se fonde sur deux raisons majeures : la priorité des droits individuels sur les droits des peuples et le refus de considérer que l'assistance au développement est une obligation du droit international (voir R. Rich, "The Right to Development: A Right of Peoples?", in J. Crawford, éd., *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 39).

³⁰ Voir A. Mahiou, « Nouvel ordre international et ordres internes des pays en développement », *Mélanges Gonidec*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 511 et suiv.

s'impose, contrairement à ceux qui parlent d'un droit ou devoir d'ingérence³¹.

2. Pour les organisations internationales

La Déclaration principale sur le droit au développement ne mentionne pas les organisations internationales et le rôle qui leur incombe; leur ombre plane cependant lorsque certains articles parlent de la coopération ou de l'assistance internationales puisque celles-ci s'effectuent essentiellement par le biais des organisations internationales. Ce silence s'explique par le fait que deux autres résolutions votées le même jour les concernent directement; l'une est frappante par la longueur de son intitulé qui explicite nettement les préoccupations pratiques: «Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales» (résolution 41/131): l'autre d'un intitulé très bref «Droit au développement» (résolution 41/133) concerne la mise en œuvre de ce droit et exige des efforts au plan international et national en accord avec les principes du NOEI, la Charte des droits et devoirs économiques des Etats et la stratégie pour la troisième décennie pour le développement, notamment en ce qui concerne l'aide économique, la stabilité monétaire et le problème de la dette. Ces deux résolutions se veulent opérationnelles en précisant les voies et moyens pour donner effet à la Déclaration principale, en s'adressant directement aux organisations internationales ainsi qu'aux Etats et en dessinant «une sorte de programme économique»³² que les pays développés refusent d'avaliser³³.

Ce refus est très significatif de la volonté des pays occidentaux d'empêcher les organisations internationales et spécialement les Nations Unies de s'occuper de la mise en œuvre du droit au développement selon une stratégie qui a longuement mûri à travers les multiples techniques utilisées pour précisément donner effet à des résolutions dont la valeur juridique reste toujours l'un des points les plus

³¹ A propos du débat relatif à l'ingérence humanitaire, voir M. Bettati et B. Kouchner, édit., *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987; M. Bettati, «Un droit d'ingérence?», *RGDIP*, 1991, t. 95, p. 639 et suiv.; M. J. Domestici-Met, «Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire», *AFDI*, 1989, vol. 35, p. 117 et suiv.; E. K. Kovassi, «Sécurité et droit d'ingérence dans les rapports entre l'Europe et l'Afrique», *Mélanges Merle*, Paris, Economica, 1993, p. 249 et suiv.; O. Ksorten et P. Klein, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction?*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

³² Selon l'observation de Colliard, *op. cit.* (*supra* note 22), p. 615.

³³ La résolution 41/131 s'est heurtée à l'opposition des Etats-Unis et l'abstention de 21 pays développés, tandis que la résolution 41/133 s'est heurtée à l'opposition de 11 d'entre eux et l'abstention de 12 autres.

controversés en droit international³⁴. Parce que justement l'effet juridique obligatoire des résolutions est contesté, les Nations Unies ont eu recours, sous la pression du groupe des 77, à un système très élaboré de surveillance, de suivi et d'évaluation permettant peu à peu d'exercer une sorte de contrainte institutionnalisée sur les Etats, faisant naître le sentiment qu'ils ont des obligations à remplir. La doctrine n'a pas manqué de relever le paradoxe de l'existence d'instruments de mise en œuvre de textes non obligatoires par eux-mêmes alors que le droit international se caractérise plutôt par la carence de tels instruments³⁵. Cette stratégie qui a parfois atteint ses objectifs dans le passé en harcelant les pays développés à travers les mécanismes onusiens, a cependant moins de chances de se déployer actuellement. En effet, son succès correspond à un contexte particulier qui n'existe plus : la division Est-Ouest dont les pays en développement ont su jouer a pris fin; la forte solidarité des pays en développement n'est plus qu'un souvenir que l'on ranime pour certaines commémorations; la prééminence occidentale (et plus particulièrement américaine) à propos de toute action dans l'ordre international rend pratiquement impossible toute initiative sans son aval au sein des organisations internationales universelles³⁶. Pour que celles-ci prennent en charge ce qui leur incombe au titre au droit du développement, il faudrait que les pays occidentaux prennent davantage conscience qu'il est de leur intérêt de voir les pays du Sud s'ancrer dans le développement économique et social afin de leur éviter des crises graves pouvant aller jusqu'à l'effondrement³⁷.

C'est ici que la notion de communauté internationale prend une certaine signification et que l'on peut se demander si et comment elle peut être l'un des débiteurs d'une créance individuelle et collective comme le soutiennent certains auteurs³⁸. Admettre ainsi que la communauté internationale est un sujet de droit international ne va pas de soi et on ne voit pas pour l'instant qui va l'incarner juridiquement

³⁴ Il serait vain de vouloir mentionner la trop abondante littérature sur le sujet (voir P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 360 et suiv.)

³⁵ Voir Pellet, *op. cit.* (*supra* note 23), p. 46; Flory, Mahiou et Henry, *op. cit.* (*supra* note 6); P. Slinn, "Implementation of International Obligations Toward Developing States: Equality or Preferential Treatment?", in W. E. Butler, éd., *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 165.

³⁶ Voir G. Blanc, « Peut-on encore parler d'un droit du développement ? », *Journal de droit international*, 1991, p. 903 et suiv.

³⁷ Voir Y. Daudet, éd., *Les Nations Unies et le développement — le cas de l'Afrique*, Paris, Pedone, 1994.

³⁸ Voir K. M'Baye, « Le droit au développement et les droits de l'homme », *Revue sénégalaise de droit*, 1977, p. 37; Vasak, « Pour une troisième génération des droits de l'homme », *op. cit.* (*supra* note 24), p. 841.

pour être titulaire de droits et d'obligations, à moins de considérer les Nations Unies comme étant son mandataire parce que c'est l'organisation la plus universelle. Il n'en demeure pas moins que la notion de communauté internationale n'est pas simplement une figure de rhétorique juridique depuis la multiplication des textes internationaux qui s'y réfèrent expressément³⁹ et la reconnaissance de l'existence et de la protection d'un patrimoine commun de l'humanité; cela a une incidence normative en ce sens que l'on tend à identifier des intérêts supérieurs à ceux des Etats et appelant une action solidaire de tous pour en assurer la défense⁴⁰. Certains auteurs ont voulu d'ailleurs tirer une conclusion plus vigoureuse encore en soutenant que le droit au développement étant une condition de l'existence de la communauté internationale revêt de ce fait même le statut de norme impérative du droit international; mais nous avons vu précédemment que cette déduction n'est pas convaincante en l'état actuel du droit international.

3. Les individus

Etant donné que la problématique de la Déclaration de 1986 est celle des droits de l'homme, il n'est pas surprenant que le droit au développement s'ordonne autour de l'être humain; selon l'article 1, alinéa 1, «le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme» et selon l'article 2, alinéa 1, «l'être humain est le sujet central du développement et doit donc être le participant actif et le bénéficiaire du droit au développement». C'est à partir de ces prémisses que l'on déduit et canalise les droits et devoirs des autres sujets du droit au développement. Sur ce point, la ténacité occidentale a porté ses fruits face aux résistances des pays socialistes de l'époque et des pays en développement qui répugnaient à donner la priorité à une conception individualiste des droits de l'homme et du développement. L'individu est bien le premier titulaire de tout un ensemble de droits que lui reconnaît le droit international et que doit lui reconnaître le droit interne de chaque Etat, lequel est ainsi tenu d'une obligation solennellement proclamée.

Toutefois, l'individu n'a pas que des droits et, sur l'insistance de l'ensemble des autres pays, on a introduit la référence aux devoirs envers les collectivités dont il est membre; on retrouve ici l'influence

³⁹ Il s'agit non seulement des nombreuses résolutions des Nations Unies mais aussi de conventions aussi importantes que celles sur le droit des traités, l'espace extra-atmosphérique, le droit de la mer, la protection du climat et la conservation des ressources biologiques.

⁴⁰ Voir R. J. Dupuy, «Communauté internationale et disparités de développement», *Recueil des cours... 1979-IV*, vol. 165; B. Conforti, «Humanité et renouveau de la production normative», *Mélanges R. J. Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p. 113 et suiv.; P. M. Dupuy, «Humanité, communauté et efficacité du droit», *ibid.*, p. 133 et suiv.

latino-américaine⁴¹ et africaine⁴², qui accorde une place importante à la notion de devoir individuel. Selon l'article 2, alinéa 2, le plein respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales tient compte des « devoirs envers la communauté, qui seule peut assurer l'entier et libre épanouissement de l'être humain ». Il y a ainsi un consensus pour trouver une conception équilibrée où le droit au développement présente en même temps des aspects individuels et des aspects collectifs, avec toute la richesse et la complexité que comporte un tel droit, surtout dès lors que d'autres collectivités ou groupes peuvent le revendiquer.

4. Les autres collectivités ou groupes

Le peuple est, avec l'homme, le principal titulaire et bénéficiaire du droit au développement. Toutefois, l'allusion au peuple ne va pas sans ambiguïté, surtout en raison de la liaison avec le principe fondamental du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et son corollaire, le droit à la pleine souveraineté sur les richesses et ressources naturelles. Cela a pour conséquence de faire apparaître les droits du peuple comme des droits de l'Etat et plus précisément du nouvel Etat qui émerge à l'issue du processus de décolonisation. Mais d'autres dispositions de la Déclaration introduisent une sorte de dissociation afin que le peuple puisse veiller sur l'intérêt général et soit en droit d'exiger cela de l'Etat⁴³. Ainsi, l'ensemble de la population doit bénéficier de l'amélioration du bien-être, participer activement et librement au développement avec une répartition équitable des avantages qui en résultent. Ceci induit un système de fonctionnement démocratique de l'Etat et un minimum de solidarité et de justice sociale entre les différentes composantes de la population. L'attention particulière accordée aux femmes en tant que groupe spécifique est présente bien que timorée car il est simplement indiqué qu'elles doivent avoir une participation active dans le processus de développement; or, on connaît leur importante contribution aux activités économiques de la

⁴¹ Voir la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme adoptée à Bogotà en mai 1948 et la Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969.

⁴² Voir la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.

⁴³ La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été sans doute une source d'inspiration sur ce point, du moins d'après certaines interprétations de son article 21 (voir F. Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 182). Notons également la clause de sauvegarde contenue dans la résolution III adoptée en même temps que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 selon laquelle, dans le cas d'un territoire dont le peuple n'a pas encore exercé son droit à l'autodétermination, « les dispositions relatives à des droits ou intérêts visés dans la Convention sont appliquées au profit du peuple de ce territoire dans le but de promouvoir sa prospérité et son développement ».

plupart des sociétés sans qu'elles en retirent le légitime profit dont elles sont parfois exclues; la Déclaration aurait pu être plus exigeante et plus explicite pour répondre à l'attente des femmes.

Une autre lacune de la Déclaration concerne les minorités. Certes, à travers le respect des droits de l'homme et la participation de tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, les membres des minorités sont protégés individuellement. Il reste que l'aspect collectif du droit au développement serait davantage couvert si les droits des minorités étaient reconnus formellement en tant que tels⁴⁴.

Cette brève analyse du droit au développement est loin d'épuiser toute la substance d'une notion riche et prometteuse mais dont la consécration et la mise en œuvre demeurent problématiques. Depuis l'adoption de la Déclaration en 1986, peu de résultats tangibles sont visibles⁴⁵, surtout que le dialogue Nord-Sud est en panne; les pays du Sud trop préoccupés par leurs difficultés internes participent de moins en moins à l'élaboration et à l'application des décisions internationales qui sont devenues, en matière économique, l'apanage d'une troïka constituée par les Etats-Unis, l'Union européenne et le Japon. Dans la conjoncture actuelle, les pays en développement ne doivent pas trop se faire d'illusion sur la démarche consistant à donner une consistance juridique au droit au développement, mais ils ne doivent pas pour autant y renoncer car le jeu en vaut la peine et surtout il n'y a pas, pour le moment, d'autre stratégie de remplacement pour faire valoir un certain nombre de revendications légitimes et introduire un peu plus d'équité dans les relations économiques internationales.

⁴⁴ Notons que lors des consultations globales sur le droit au développement en 1990, celles-ci ont été élargies au-delà des représentants des Etats pour inclure les représentants d'organisations non gouvernementales et ceux des populations autochtones (voir R. L. Barsh, "The Right to Development as a Human Right: Results of the Global Consultation", *Human Rights Quarterly*, 1991, vol. 13, p. 322 et suiv.).

⁴⁵ Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport d'ensemble établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 1990/18 de la Commission des droits de l'homme* (document des Nations Unies E/CN.4/1991/12 et Add.1).

LE DROIT AU DÉVELOPPEMENT EN TANT QUE DROIT DE L'HOMME

Salifou Fomba

Introduction

Selon le Juge M. Bedjaoui, le droit au développement est un droit de l'Etat ou du peuple, bien avant d'être un droit de l'individu, et ce n'est pas la lecture individuelle mais l'approche collective et communautaire du droit au développement qui situe la nature véritable du problème et des solutions qu'il doit comporter¹. Cette opinion est d'autant plus juste qu'il importe d'éviter d'avoir une approche artificielle du rapport entre l'individu, le peuple et l'Etat. Sous le bénéfice de cette réserve très pertinente, l'objet de cette étude est de poser un regard de « codificateur » sur le thème d'actualité qu'est le droit au développement en tant que droit de l'homme. L'expression « droit de l'homme à un développement durable » peut être considérée comme en étant la version la plus récente². Pour ce faire, nous allons nous efforcer d'aborder le sujet sous l'angle d'une éventuelle contribution de la notion de droit au développement à la codification et/ou au développement progressif du droit international des droits de l'homme³. Concrètement parlant, il s'agira de tenter de répondre à un certain nombre de questions. On peut les résumer ainsi : la notion de droit au développement comme un droit de l'homme n'est-elle ou ne serait-elle qu'une vue de l'esprit ? En d'autres termes, ce droit existe-t-il ? Si oui, quels en sont le fondement juridique, le destinataire, le contenu et la portée juridique ? Si non, est-il souhaitable, et surtout possible, qu'un tel droit existe ? Sous quelle forme juridique ? Pour quels destina-

¹ M. Bedjaoui, « Propos libres sur le droit au développement », in *Mélanges Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. II, pp. 15-44.

² Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur les travaux de sa troisième session*, document des Nations Unies E/CN.4/1995/27.

³ L'article 15 du Statut de la Commission du droit international définit ces deux notions ainsi : la codification consiste à « formuler avec plus de précision et [à] systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales » ; le développement progressif, lui, consiste « à rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des Etats. »

taires, avec quel contenu et quelle portée juridique ? Dans quelle mesure apporterait-on ainsi une contribution au développement progressif du droit international des droits de l'homme ?

I. La notion de droit au développement comme un droit de l'homme existe-t-elle en droit international positif ?

Ainsi posée, cette question invite naturellement à faire le tour des sources du droit international pour savoir si l'une d'elles est porteuse de cette notion, et dans l'affirmative, à en établir le degré d'acceptation internationale. En faisant l'économie de longues recherches sur ses sources lointaines et proches, l'on sait que la notion de droit au développement comme un droit de l'homme a été consacrée par la fameuse Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1986 sur, justement, le droit au développement⁴. Dès lors, la question se pose de savoir si cette « forme d'acte juridique » qu'est la Déclaration fait ou non partie du droit international positif. Mais cela renvoie à d'autres questions plus complexes qui débordent quelque peu le cadre de la présente étude. On en citera trois. Existe-t-il une véritable théorie des actes juridiques internationaux pouvant s'inspirer un tant soit peu de l'ordonnement juridique qu'on trouve à l'intérieur de l'Etat ? Quels seraient alors le rôle et la place de la Déclaration de 1986 dans cet édifice ? Et quel en serait l'effet juridique pour les Etats ? Autant de questions dont il est toujours intéressant de débattre théoriquement. Mais force est de reconnaître le caractère peu « opérationnel » que de tels débats prennent souvent. Aussi nous nous bornerons à faire ici quelques observations élémentaires. Elles s'articulent autour d'une idée centrale : pour construire une théorie des actes juridiques internationaux, et partant, en déterminer le degré de juridicité, il faut, à l'instar du droit interne, recourir à deux critères essentiels, la forme et le fond. Or, selon qu'on mettra l'accent sur l'un ou l'autre, on aura une approche différente de la question, aboutissant ainsi à des conclusions différentes.

En appliquant ces deux critères d'appréciation au texte de la Déclaration de 1986, l'on peut faire des remarques de deux ordres. D'abord, il s'agit d'un texte qui a la forme d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies⁵. La question se pose dès lors de savoir si un tel acte trouve un écho dans ce qui doit être considéré comme le dogme de la théorie des sources du droit international, c'est-à-dire l'Article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice; encore que l'énumération des actes qui y sont

⁴ Résolution 41/128 du 4 décembre 1986, adoptée par 146 voix contre 1 avec 8 abstentions.

⁵ On ne tirera pas ici argument de la nature juridique et des pouvoirs de l'Assemblée générale en vertu de la Charte.

mentionnés ne soit pas complète du point de vue de la terminologie usitée par l'ensemble des sujets du droit international. Il n'est donc pas possible d'examiner la Déclaration de 1986 à la lumière de l'Article 38. Ensuite, du point de vue du fond, il s'agit d'un texte qui véhicule une valeur fondamentale de la civilisation humaine tout court, à savoir le thème multidimensionnel du développement. Une question on ne peut plus fondamentale pour l'existence humaine dans sa diversité.

Parmi ces deux critères, lequel convient-il de privilégier, si tant est qu'il faille prendre position ? En partant du constat de l'imperfection, à tous égards, de la société internationale par rapport à la société interne, nous pensons qu'il est peu utile de se perdre dans des considérations d'ordre formel. Au contraire, nous sommes d'avis qu'il faut attacher beaucoup plus d'attention à la valeur matérielle des textes, c'est-à-dire à leur contenu concret. Au surplus, on peut utilement attirer l'attention sur une résolution importante adoptée par l'Institut de Droit international en 1987⁶. Ce texte propose un véritable statut juridique pour les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. En effet, les conclusions qui y sont contenues portent sur les questions suivantes : statut des résolutions, catégories de résolutions, standards et exigences de procédure, libellé des résolutions, adoption des résolutions, mise en œuvre des résolutions, problèmes particuliers aux résolutions déclaratoires de droit et problèmes particuliers aux résolutions développant le droit. Il serait intéressant d'étudier le texte de la Déclaration de 1986 à la lumière de ce guide méthodologique fort utile établi par l'Institut de Droit international.

II. Quelle est la portée *ratione personae* et *ratione materiae* du droit au développement comme un droit de l'homme ?

Le paragraphe 1 de l'article premier de la Déclaration de 1986 consacre *expressis verbis* le droit au développement comme un droit de l'homme :

« Le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement. »

Il en ressort clairement que la portée *ratione personae* de ce droit s'étend non seulement à l'homme en tant qu'individu, mais aussi au peuple. Son caractère individuel et collectif est ainsi souligné. Quant

⁶ Voir *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1987, vol. 62-II, p. 275.

à sa portée *ratione materiae*, elle concerne deux sortes de droits. Le premier, c'est le droit pour chaque individu de participer et de contribuer à un développement global qui repose sur la pleine réalisation de tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales. Le second, c'est le droit pour chaque individu de bénéficier de ce développement global, d'en partager les fruits. Certes, les deux droits sont complémentaires. Mais les éléments de cette définition matérielle soulèvent la question même de l'autonomie technique de la notion de droit au développement.

III. La notion de droit au développement comme un droit de l'homme est-elle une notion autonome ?

D'emblée, on peut répondre que cette notion n'apparaît pas comme ayant une autonomie conceptuelle propre, mais plutôt comme une notion générique de renvoi. C'est ce qui ressort clairement du libellé du paragraphe 1 de l'article premier de la Déclaration de 1986, où l'on parle de « droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés ».

On constate donc que le droit au développement renvoie à tous les droits de l'homme qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux ou culturels. En tant que catégorie conceptuelle, le droit au développement n'est que le contenant unique de ce contenu pluriel. Dès lors, on peut se poser la question de savoir s'il est nécessaire de consacrer formellement la notion de droit au développement comme un droit de l'homme.

IV. Est-il nécessaire de codifier la notion de droit au développement comme un droit de l'homme ?

Nous pensons qu'il n'est pas besoin de consacrer plus formellement la notion de droit au développement comme un droit de l'homme. Car elle existe déjà — du point de vue de la forme — dans la résolution déclaratoire de 1986 en tant que notion générique de renvoi, ce qui semble plaider contre la nécessité de la consacrer dans un instrument juridique international plus formel, tel qu'une convention. Ce serait même dans une certaine mesure superfétatoire, car il ne servirait à rien de lui conférer une autonomie formelle, si celle-ci ne reposait pas sur une autonomie de contenu, de fond. Or, ce contenu matériel est déjà reflété dans les instruments qui confèrent aux individus des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, dont la réalisation effective permet d'atteindre le plein épanouissement humain.

Donc, plutôt que de chercher à codifier la notion elle-même, il faut s'atteler à développer les règles juridiques régissant les notions auxquelles renvoie la notion fondamentale, fondatrice. Il se trouve que ces notions de renvoi sont déjà consacrées par des instruments internationaux de portée universelle ou régionale. Le problème est de les rendre plus efficaces, notamment en développant les règles concernant les mécanismes d'application, de contrôle et de sanction des droits énoncés dans les différents textes juridiques⁷. Mieux, toute politique juridique dans ce sens devrait s'attacher à poser des normes plus « impératives » pour les Etats, en termes d'obligations non seulement de résultat, mais aussi et surtout de moyen. Cela est d'ailleurs confirmé par l'approche retenue par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, en ce qui concerne la question du droit au développement comme un droit de l'homme⁸. Celle-ci part du présupposé suivant : le droit au développement en tant que droit de l'homme existe, c'est une sorte de droit naturel. Cela suffit largement pour légitimer cette notion et lui assurer une reconnaissance internationale. Dès lors, le vrai débat ne porte plus sur son existence et sa reconnaissance, mais plutôt sur la manière de rendre ce droit effectif, d'une part en identifiant les obstacles à sa réalisation, et d'autre part en dégageant les voies et moyens d'y remédier. D'ou la nécessité de clarifier — *de lege lata* ou *de lege ferenda* — les obligations respectives des différents acteurs de la réalisation du droit au développement.

V. Quelles sont, *de lege lata*, les implications de la notion de droit au développement pour l'individu, l'Etat et la communauté internationale ?

En partant du fait que la base actuelle du droit international concernant cette question se trouve dans la Déclaration de 1986, on peut, dans une certaine mesure, considérer ce texte comme étant la *lex lata*. Après tout, ce texte ne fait que renvoyer, quant au fond, aux obliga-

⁷ Il s'agit notamment des textes suivants : Déclaration universelle des droits de l'homme; Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979; Convention relative aux droits de l'enfant de 1989; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990; ainsi que des conventions régionales sur les droits de l'homme.

⁸ Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur sa deuxième session*, document E/CN.4/1995/11 et *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur les travaux de sa troisième session*, document E/CN.4/1995/27.

tions de respect des tous les droits de l'homme par ailleurs codifiés. Or, il ne fait aucun doute que ces droits sont plus ou moins acceptés et appliqués par les Etats. En réalité, pour l'individu il n'y a pas de problème, étant donné qu'il n'est pas sujet direct du droit international, mais plutôt son destinataire et son bénéficiaire particulier. Aussi allons-nous passer en revue les obligations mises à la charge des Etats et de la communauté internationale par la Déclaration de 1986.

En laissant de côté la question de sa valeur juridique, il convient d'abord de se tourner vers le préambule. On y trouve, d'une part, des « obligations primaires », et d'autre part, des « obligations secondaires »⁹. La première catégorie recouvre deux exigences fondamentales pour les Etats : premièrement, l'obligation que la Charte des Nations Unies leur impose de promouvoir le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction aucune¹⁰; et, deuxièmement, l'obligation de créer les conditions favorables au développement des peuples et des individus. Pour ce qui est des principes pouvant être considérés comme découlant des « obligations primaires », il faut mentionner : l'érection de l'être humain en sujet central du processus et en principal bénéficiaire de toute politique de développement, l'importance égale de tous les droits de l'homme, la non-sélectivité dans leur mise en œuvre et l'égalité des chances des individus en matière de développement.

En ce qui concerne la portée du dispositif, la partie la plus juridique de la Déclaration de 1986, on constate qu'il stipule un certain nombre d'obligations *uti singuli et/ou erga omnes*. Certaines ne sont en fait que la formulation expresse des principes déjà énoncés dans le préambule. Au nombre de celles-ci, on peut citer : l'obligation d'appliquer le principe du « développement humain » selon lequel l'homme est au début et à la fin du processus de développement et l'obligation d'assurer le plein épanouissement de l'être humain par la promotion et la protection d'un ordre politique, social et économique approprié¹¹.

La Déclaration insiste en outre beaucoup sur l'obligation *erga omnes* de coopérer à la mise en œuvre du droit au développement¹². En effet, il est notamment demandé à tous les Etats d'assurer le plein respect des principes du droit international touchant les relations ami-

⁹ Pour autant que ces expressions aient un sens et soient appropriées ici. En tout cas, elles sont empruntées à la terminologie employée par la Commission du droit international dans ses travaux de codification concernant la responsabilité des Etats.

¹⁰ Voir l'Article 1, paragraphe 3, de la Charte.

¹¹ Voir l'article 2, paragraphes 1 à 3, et l'article 3, paragraphe 1, de la Déclaration. Ces dispositions se recoupent d'ailleurs dans une sorte de litanie.

¹² Voir l'article 3, paragraphes 2 et 3, et l'article 4, paragraphe 1.

cales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies et de coopérer pour assurer le développement et en éliminer les obstacles, le but étant de créer un nouvel ordre économique international qui soit plus juste et favorable à la pleine jouissance des droits de l'homme.

Tirant parti de l'inégalité des Etats, on a mis à la charge de la communauté internationale une obligation particulière, celle d'assurer un développement plus rapide des pays en développement, en leur apportant une assistance internationale efficace¹³. Le respect universel et effectif de tous les droits de l'homme et des libertés fondamentales au profit de tous, sans distinction aucune, est une exigence fondamentale¹⁴. On rappelle également le devoir d'accorder une attention urgente et égale aux droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, ainsi que celui d'éliminer les obstacles au développement résultant de leur non-respect¹⁵.

La reconnaissance du lien étroit entre « désarmement » et « développement » est faite sous forme d'obligation *erga omnes*¹⁶, en termes de résultat et de moyen. En effet, il est demandé aux Etats trois choses : a) promouvoir la paix et la sécurité internationales, car c'est la condition *sine qua non* pour réaliser le développement; et pour ce faire, b) tout mettre en œuvre pour réaliser le désarmement général et complet sous un contrôle international effectif et, c) affecter les ressources financières ainsi libérées au développement global, en particulier celui des pays en développement.

Une obligation est également imposée aux Etats de prendre des mesures unilatérales pour réaliser le droit au développement¹⁷. Il s'agit de traduire *in concreto* le principe d'égalité des chances de tous dans l'accès aux ressources de base, à l'éducation, aux services de santé, à l'alimentation, au logement, à l'emploi et à une répartition équitable du revenu. Un accent particulier est mis sur le respect du principe fondamental de la participation populaire en tant que facteur important du développement et de la pleine réalisation de tous les droits de l'homme¹⁸. Les femmes doivent jouer un rôle actif à cet égard, et l'Etat est tenu de combattre toutes les injustices sociales dont celles-ci sont victimes¹⁹. D'autre part, et cela est important, la Déclaration de 1986 oblige *expressis verbis* les Etats à ne pas violer

¹³ Voir l'article 4, paragraphe 2.

¹⁴ Voir l'article 5 et l'article 6, paragraphe 1.

¹⁵ Voir l'article 6, paragraphes 2 et 3.

¹⁶ Voir l'article 7.

¹⁷ Voir l'article 8, paragraphe 1.

¹⁸ Voir l'article 8, paragraphe 2.

¹⁹ Voir l'article 8, paragraphe 1.

les droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme²⁰.

Enfin une autre obligation existe, et pas des moindres : le devoir pour les Etats de prendre des mesures unilatérales et collectives pour assurer l'exercice intégral et un renforcement progressif du droit au développement²¹. Ces mesures peuvent consister à formuler, adopter et mettre en œuvre des décisions ou initiatives d'ordre politique, législatif et autre. Il convient de remarquer ici que le mandat du Groupe de travail sur le droit au développement créé par la Commission des droits de l'homme²² peut être placé dans ce cadre. En effet, le rôle du Groupe est double : identifier les obstacles à la réalisation de la Déclaration de 1986 et proposer les voies et moyens d'y remédier. Par conséquent, le Groupe d'experts, à la fin des ses travaux, en 1995, a proposé l'adoption d'un certain nombre de mesures tant au niveau national qu'au niveau international²³. Ses conclusions et recommandations doivent être considérées comme s'inscrivant dans la perspective d'un développement progressif du droit au développement. D'où une approche *de lege ferenda* des implications normatives et institutionnelles de cette notion.

VI. Quelles seraient, *de lege ferenda*, les implications de la notion de droit au développement pour l'individu ?

Poser le postulat selon lequel le droit au développement existe en tant que droit de l'homme conduit à soulever la question des conséquences actuelles, mais aussi et surtout futures, d'un tel droit. Aussi importe-t-il de s'arrêter un instant sur la question des implications normatives et institutionnelles futures dudit droit. L'implication normative essentielle est que tout individu aurait ainsi un droit dont il pourrait pleinement jouir, la contrepartie normative étant le devoir pour l'Etat et la communauté internationale d'en assurer l'exercice effectif. Quant aux autres implications juridico-institutionnelles, elles peuvent s'articuler autour des points suivants : la dimension horizontale et verticale du droit au développement, le problème de son opposabilité à l'Etat quel qu'il soit et où qu'il soit, le problème du contrôle de la légalité ou de la mise en œuvre du droit au développement par l'Etat, ainsi que le problème des organes et mécanismes de contrôle — nature, compétence, procédure, etc. La première implication serait donc la reconnaissance

²⁰ Voir l'article 9, paragraphe 2.

²¹ Voir l'article 10.

²² Voir la résolution 1993/22 de la Commission des droits de l'homme.

²³ Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur sa cinquième session*, document E/CN.4/1996/24, par. 172-297.

de la dimension à la fois horizontale et verticale de ce droit. Cela voudrait dire que l'individu aurait le droit de s'en prévaloir, selon le cas, à l'encontre de son Etat national mais aussi de tout Etat étranger²⁴. Une deuxième implication essentielle serait l'institution d'un véritable contrôle de légalité²⁵, qui pourrait ou devrait s'exercer tant au niveau national qu'au niveau international. Ainsi seraient compétents non seulement les tribunaux nationaux, mais aussi d'éventuelles juridictions internationales. Il faut noter ici qu'il n'existe pas encore de cour internationale mondiale des droits de l'homme et que la fortune des cours régionales est inégale. Cela dit, c'est un véritable droit de recours individuel qui serait ainsi établi. Certes la question se pose du degré de crédibilité et de faisabilité d'un tel mécanisme.

Dans l'article précité, le Juge Bedjaoui met en garde contre le danger d'un tel schéma. Selon lui, « la logique interne d'un droit au développement réclamé par l'individu contre la communauté internationale tourne court, car le moins que l'on puisse dire serait que ce droit ne peut pas être opérationnel pour l'instant, faute de mécanismes efficaces d'application »²⁶. Dès lors, ajoute-t-il, « [q]ue reste-t-il d'autre à l'individu candidat au développement ? Se retourner contre l'Etat ou la collectivité à laquelle il appartient, c'est-à-dire réduire le droit au développement en tant que droit de l'homme à une interpellation de l'individu contre l'Etat dans le cadre national ? »²⁷ Pour le Juge Bedjaoui, c'est là précisément où se situent « le piège et le danger de l'ancrage du droit au développement dans les droits de l'homme, dont on n'a que trop tendance à en privilégier la jouissance à la seule échelle individuelle »²⁸. Poursuivant son raisonnement, il voit dans une telle approche la source d'une double erreur. Le premier argument « contre » est le fait que le droit international actuel n'a peut-être pas la vocation et sûrement pas l'« outillage » pour intervenir légitimement et efficacement dans les rapports internes entre l'Etat et son ressortissant. Le deuxième argument hostile est que l'Etat le mieux disposé à assurer à son citoyen son droit au développement se heurte à une cruelle impasse, dès lors que l'environnement international bloque l'élan de cet Etat vers le développement²⁹. Par conséquent, pense le Juge Bedjaoui, le droit international désignerait un « bouc émis-

²⁴ N'oublions pas que les droits de l'homme de l'individu migrant sont également importants et pris en compte par les grands instruments internationaux, notamment la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990.

²⁵ Un tel contrôle est quasi inexistant dans le droit international actuel des droits de l'homme.

²⁶ Bedjaoui, *op. cit.* (*supra* note 1), p. 18.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

saire » dans une situation dont l'Etat ainsi interpellé n'est pas responsable. Aussi, « une approche du droit au développement à partir des droits de l'homme en tant que droits individuels aboutirait à une dangereuse occultation du problème international de fond »³⁰. Enfin, lorsqu'il souligne le caractère injuste et inefficace du recours de l'individu contre l'Etat pour la satisfaction du droit au développement, dans un cadre d'occultation des données internationales véritables, le Juge Bedjaoui ne manque pas, à raison, de fustiger la fragilité des jeunes Etats africains à cet égard³¹.

D'une façon générale, nous partageons les opinions émises par l'éminent juriste du Tiers-Monde. Cela dit, pour être complet sur la question de l'approche *de lege ferenda* du droit au développement comme un droit de l'homme, il convient de mentionner la position du Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme. D'abord, le Groupe d'experts, considérant que le droit au développement va plus loin que le développement lui-même, reconnaît que l'approche du développement centrée sur les droits de l'homme est une nouveauté³². Aussi le Groupe identifie-t-il une double condition *sine qua non* de la réalisation du droit au développement : la détermination des critères et objectifs minimaux et la mise en place d'un mécanisme permettant de rendre des comptes³³. D'autre part, le Groupe est d'avis qu'il faut opérer un développement progressif du droit international des droits de l'homme. En effet, les experts constatent que si le mécanisme de mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été renforcé par le Protocole facultatif s'y rapportant, celui du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est à la traîne. Aussi recommandent-ils que la question des protocoles facultatifs se rapportant à ce dernier Pacte soit examinée d'urgence, le but étant de renforcer le principe du caractère universel, indivisible et interdépendant de tous les droits de l'homme reconnus au plan international³⁴. Du coup, cela pose le problème des implications *de lege ferenda* du droit au développement en ce qui concerne les Etats et la communauté internationale.

³⁰ *Ibid.*, p. 19.

³¹ *Ibid.*, p. 20.

³² Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur les travaux de sa troisième session*, document E/CN.4/1995/27, par. 63.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, par. 81.

VII. Quelles seraient, *de lege ferenda*, les implications de la notion de droit au développement pour les Etats et la communauté internationale ?

Pour répondre à cette question, il convient d'examiner les rapports du Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme³⁵. Pour établir ses rapports, le Groupe d'experts a demandé, par l'intermédiaire du Secrétaire général des Nations Unies, aux Etats, organisations internationales et organisations non gouvernementales de lui fournir des informations sur la façon dont ils perçoivent la question du droit au développement, les obstacles à ce droit et les voies et moyens d'y remédier. Nous allons donc tenter de faire un bilan sommaire des réponses reçues par catégorie.

a) *Les Etats et le droit au développement*

A la question de savoir si les Etats appliquent la Déclaration de 1986, le Groupe de travail a reçu un nombre limité de réponses écrites³⁶, mais il a aussi entendu plusieurs exposés oraux sur ce point. Selon le Groupe, malgré leur nombre limité, ces réponses écrites peuvent être considérées comme relativement représentatives des préoccupations et des vues à la fois des pays développés et des pays en développement. Cela dit, les diverses opinions exprimées sont révélatrices des différences qui existent entre les pays. Néanmoins, elles fournissent des éléments pour entreprendre une analyse préliminaire de la question examinée.

De ces réponses variées, on peut recenser les éléments suivants : une vision globale des différentes dimensions du droit au développement³⁷; une pratique nationale accordant la priorité à certains aspects du droit au développement par rapport à d'autres; le constat de l'interdépendance entre les dimensions nationale et internationale de la question; l'identification de certaines conditions préalables nécessaires au développement³⁸; l'importance accordée à la participation

³⁵ Voir surtout *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur sa deuxième session*, document E/CN.4/1995/11 et *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur les travaux de sa troisième session*, document E/CN.4/1995/27.

³⁶ Voir *Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution 1993/22 de la Commission des droits de l'homme*, document E/CN.4/AC.45/1994/4 et Add.1.

³⁷ Il s'agit des aspects suivants : indivisibilité; dimensions individuelles et collectives; droit de participer à la réalisation du développement et de bénéficier de ses résultats; dimensions économiques, sociales, culturelles et politiques du droit au développement.

³⁸ Telles que la paix, le respect du droit international ou le non-recours à l'agression.

populaire au développement³⁹; l'identification de mesures pouvant et devant être prises sur le plan national; la perception du droit au développement comme un moyen permettant l'exercice de tous les droits de l'homme; le constat de la nécessité d'instaurer un environnement économique favorable au développement à l'échelon international⁴⁰; la reconnaissance du rôle essentiel et primordial de l'Etat dans la réalisation du droit au développement; l'importance accordée au renforcement de la coopération et l'aide internationales; ou encore le constat de la nécessité de créer des mécanismes efficaces pour promouvoir et surveiller l'application du droit au développement.

b) *Les organisations internationales et le droit au développement*

Le Groupe de travail a entrepris des consultations auprès des représentants de plusieurs institutions et organismes internationaux dans un double objectif : d'une part, recueillir des renseignements sur l'application du droit au développement dans leurs programmes et activités et évaluer les obstacles à cette application; d'autre part, faire une prospection des voies et moyens par lesquels ils ont appliqué le droit au développement ou pourraient le faire à l'avenir. Les observations écrites et orales ont mis en évidence les problèmes que pose l'application de la Déclaration de 1986.

Si certains représentants ont déclaré avoir, tacitement ou formellement, pris en compte les principes et objectifs énoncés dans la Déclaration, il demeure que cette reconnaissance, en se limitant aux principes généraux, laisse entière la question de leur traduction *in concreto*⁴¹. Trois grandes difficultés ont été recensées : a) l'insuffisance des transferts de ressources multilatéraux, bilatéraux et privés, par rapport aux besoins croissants; b) la répartition inégale de ces ressources, dont une trop petite partie est consacrée au domaine social, indépendamment des objectifs essentiellement économiques; et c) l'approche exclusivement sectorielle motivée par la croissance économique. Heureusement, une réorientation a été amorcée à cet égard, sous l'influence, en particulier, de certaines conférences mon-

³⁹ Notamment pour les femmes, les groupes vulnérables et les populations autochtones.

⁴⁰ Dont les obstacles ont pour nom, entre autres : relations commerciales internationales, protectionnisme, dette, amnusement de l'aide internationale, sanctions et autres mesures coercitives.

⁴¹ Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur sa deuxième session*, document E/CN.4/1995/11, par. 32. A noter que le Fonds des Nations Unies pour la population avait fait figurer le droit au développement dans la documentation pour la Conférence internationale sur la population et le développement tenue au Caire en 1994.

diales récentes⁴². Ainsi, par exemple, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne en 1993 a adopté les concepts énoncés dans la Déclaration de 1986. Il en découle au moins deux conséquences : l'obligation de coopérer au niveau international et le devoir d'intégrer ces concepts dans les politiques et programmes de tous les organes et institutions des Nations Unies en fonction de leurs domaines de compétence, ainsi que des institutions nées des accords de Bretton Woods, dont la toute nouvelle Organisation mondiale du Commerce⁴³. Sur un plan général, il ressort des rapports publiés par différents organes des Nations Unies que les objectifs visés par la communauté internationale lorsqu'elle avait institué le droit au développement ne sont pas encore atteints pour toutes les personnes et tous les peuples, et ce pour diverses raisons⁴⁴.

c) *Les organisations non gouvernementales et le droit au développement*

Dans ce cas également, le Groupe de travail a reçu un nombre limité de réponses écrites, mais il a aussi entendu des exposés oraux. Il en ressort que si certaines organisations non gouvernementales ont une approche globale de la mise en œuvre du droit au développement, en menant leurs activités tant sur le plan national que sur le plan international, leur attention a été focalisée ces dernières années sur l'environnement économique international⁴⁵. Pour le reste, en ce qui concerne la portée *ratione materiae* de leurs réponses, les organisations non gouvernementales ont mis l'accent sur le fait que le développement est un processus global et multidimensionnel; que le droit au développement est fondé sur certains principes essentiels que les Etats doivent respecter⁴⁶; que la pauvreté et les inégalités croissantes sont des obstacles importants. Elles ont également insisté sur l'insuffisance de la participation populaire au développement; la nécessité d'une démocratie adaptée aux réalités locales; les insuffisances des institutions financières internationales; et la reconnaissance du rôle primordial des Etats dans la mise en œuvre des dimensions indivi-

⁴² En particulier, la huitième session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (Carthagène, 1992); le Sommet « Planète Terre » (Rio, 1992); la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 1993); la Conférence internationale sur la population et le développement (Caire, 1994); le Sommet mondial pour le développement social (Copenhague, 1995); la quatrième Conférence mondiale sur les femmes (Beijing, 1995).

⁴³ Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur sa deuxième session*, document E/CN.4/1995/11, par. 37.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 42.

⁴⁵ Voir *Rapport du Secrétaire général présenté en application de la résolution 1993/22 de la Commission des droits de l'homme*, document E/CN.4/AC.45/1994/5.

⁴⁶ Il s'agit des principes suivants : non-discrimination, égalité, équité, justice sociale, solidarité et autosuffisance.

duelles et collectives du droit au développement. Elles ont identifié pas moins de treize obstacles à l'exercice de ce droit⁴⁷ et proposé un train de quatorze mesures en vue de sa réalisation tant au niveau national qu'au niveau international⁴⁸. Il faut noter que ces propositions sont très importantes, dans la mesure où elles invitent à une réflexion approfondie sur la délicate et difficile problématique des grandes mutations qualitatives de l'ordre social, économique, financier, politique et juridique actuel du monde.

d) *Les obstacles nationaux et internationaux à la réalisation du droit au développement*

La question centrale est d'identifier les facteurs sous tous azimuts qui font particulièrement obstacle à la réalisation du droit au développement qui est considéré non seulement comme un droit universel de tous les individus et de tous les peuples, mais aussi comme un droit mettant en évidence l'indivisibilité et l'interdépendance de tous les droits de l'homme, qu'ils soient économiques, sociaux, culturels, civils ou politiques. Cette conception du droit au développement a des implications normatives et institutionnelles qui s'articulent autour de questions fondamentales telles que l'existence *de lege lata* de normes juridiques claires et précises ou l'opportunité d'en adopter *de lege ferenda*, l'attribution et la mise en œuvre de la responsabilité de leur application ou encore la coopération internationale dans ce domaine. Enfin, il faut noter ici que dans les réponses écrites et orales qu'ils ont fournies au Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme, les Etats ont mis l'accent sur les obstacles tant nationaux qu'internationaux⁴⁹.

e) *Les conclusions et recommandations du Groupe de travail*

La question pertinente qui se pose ici est de savoir si, et dans quelle mesure, les conclusions et recommandations du Groupe de travail donnent plus au moins clairement des indications sur d'éventuelles normes juridiques et institutionnelles existantes ou à établir sur la question du droit au développement. Les vues du Groupe d'experts constituent en fait une synthèse des enseignements tirés des réponses écrites et orales fournies par les différents acteurs de la scène internationale que sont les Etats, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales. Ces réactions diverses sont porteuses d'un certain nombre de principes — anciens ou nouveaux — d'essence philosophique, morale, politique ou juridi-

⁴⁷ Voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur les travaux de sa troisième session*, document E/CN.4/1995/27, par. 47.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 48-49.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 30-35.

que, dont il faudrait tirer les conséquences du double point de vue normatif et institutionnel⁵⁰. C'est de cette manière que l'on pourra identifier clairement les possibilités réelles ou virtuelles d'évolution du droit international des droits de l'homme, lequel est intimement lié au droit international économique, et partant, au droit international tout court.

La Commission des droits de l'homme, par sa résolution 1996/15, a créé un groupe intergouvernemental d'experts ayant pour mandat d'élaborer une stratégie d'application et de promotion du droit au développement, tel que celui-ci est énoncé dans la Déclaration sur le droit au développement, sous ses aspects intégrés et multidimensionnels, en tenant compte notamment des conclusions du Groupe de travail sur le droit au développement. Il sera donc intéressant de suivre les travaux de ce nouveau groupe pour savoir si on va dégager quelques orientations dans le sens d'une meilleure codification ou d'un développement progressif du droit international.

Conclusion

Le droit au développement comme un droit de l'homme existe dans la mesure où il a été proclamé, notamment par la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1986. Certes, en l'état actuel d'une conception timide de la théorie générale des actes juridiques internationaux, il s'agit plutôt d'un droit « mou ». Mais cela, c'est la forme. Sur le fond, ce texte véhicule une valeur philosophique fondamentale pour l'humanité. Nul ne saurait le nier. Toutefois, du point de vue technique, il est permis de considérer que ce n'est pas une notion autonome, mais plutôt une notion générique qui renvoie à toutes les autres catégories plus ou moins autonomes de droits de l'homme déjà existantes. Aussi nous pensons que le problème n'est pas tant de changer de « chapeau juridique » parce que ce dernier serait trop grand, mais plutôt de consolider la « tête porteuse » parce qu'elle n'est pas suffisamment forte. En définitive, il ne serait pas tellement utile de chercher à passer d'une simple déclaration à un texte plus ferme, par exemple, une convention sur le droit au développement. A notre avis, mieux vaut, et c'est là le vrai débat, se préoccuper d'élaborer, par exemple, une convention générale sur les voies et moyens permettant d'obtenir une meilleure application des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Car, en fait de droit au développement, c'est bien de cela

⁵⁰ Pour la liste complète, voir *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur sa deuxième session*, document E/CN.4/1995/11, par. 77-94, et *Question de la réalisation du droit au développement — Rapport du Groupe de travail sur le droit au développement sur les travaux de sa troisième session*, document E/CN.4/1995/27, par. 70-97.

qu'il s'agit. Pour le reste, il faut reconnaître que derrière ce sujet se profile l'ensemble des grandes préoccupations du monde contemporain — à la fois des individus, des peuples et des États. Certes il y a là un grand rêve de juriste. Mais un rêve porteur d'espoir !

PEACE THROUGH DISARMAMENT? LEGAL ASPECT

Chusei Yamada

Introduction

1. With the end of the scourge of World War II came the dawn of the nuclear age. For the last half century, mankind has endeavoured to meet the challenge of this age and to attain peace and security. One and, for that matter, the major part, of such endeavours has been in the field of disarmament. The United Nations is now at the turning point after 50 years from its inception. At the same time, we are now in the middle of the decade which the United Nations has designated as the "Decade of International Law". It would therefore be most appropriate to review the legal regimes in the field of disarmament which the international community has developed over the last 50 years and to consider ways and means of consolidating and strengthening such regimes for future generations.

2. The word "disarmament" is often used as a synonym of arms control, i.e., quantitative limitations on certain weapons. In this paper, however, it is used in a wider context so as to include any restriction on weapons, whether on production, possession, deployment or use of such weapons. The legal regimes of existing disarmament agreements can be classified broadly into the following three categories, though some of the agreements may contain elements belonging to different categories.

- (1) Demilitarization: Non-military use of certain areas;
- (2) Arms control: Restriction on the production, possession or deployment of certain weapons; and
- (3) Laws of warfare: Restriction on, or prohibition of, the use of certain types of weapons in time of war.

The conceptual characteristics and legal implications of each regime are discussed in section II below.

3. The present study is limited to the multilateral disarmament agreements which are open to universal participation and to such regional agreements forming a component part of the universal system

establishing nuclear-weapon-free zones.¹ Bilateral agreements such as those between the United States of America and the Russian Federation (SALT, INF, START, ABM, etc.) and regional agreements such as those for Europe (CFE Treaty, Open Skies Treaty, etc.), however important disarmament agreements as they may be, are all excluded from the study.

I. Past Disarmament Efforts

1. Demilitarization Regime

4. Demilitarization is one of the most effective means of disarmament. It reserves a certain area for exclusively peaceful use. The Antarctic Treaty² makes the whole of Antarctica (the area South of 60° South Latitude) a demilitarized zone. It stipulates that "Antarctica shall be used for peaceful purposes only. There shall be prohibited *inter alia* any measures of a military nature, such as the establishment of military bases and fortifications, the carrying out of military maneuvers, as well as the testing of any type of weapons" (article I, paragraph 1). The same is true for the moon and other celestial bodies within the solar system (other than the earth): the Outer Space Treaty³ forbids any military use of celestial bodies (article IV). The same prohibition is reaffirmed by the Agreement on Celestial Bodies⁴ though with lesser significance as yet due to the fact that the latter agreement has been ratified by only a handful of States which do not at present possess the capability to explore outer space.

5. Accordingly, under existing positive international law, completely demilitarized areas are the following: Antarctica on the earth and the moon and other stars (excluding man-made satellites) in outer space.

2. Arms Control Regime

6. Efforts for arms control agreements are designed to reduce the risk of outbreak of war through restrictions on the production, possession and deployment of certain types of weapons in peace-time. The

¹ In the text, short titles are used for each agreement. The full titles are given in footnotes. The dates are those on which instruments were open for signature by States.

² Antarctic Treaty of 1 December 1959, United Nations, *Treaty Series*, vol. 402, p. 71.

³ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies of 27 January 1967, *ibid.*, vol. 610, p. 205.

⁴ Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies of 18 December 1979, *ibid.*, vol. 1363, p. 3.

multilateral arms control regime so far achieved relates entirely to nuclear weapons and other weapons of mass destruction.

a. *Nuclear Disarmament*

7. Nuclear disarmament agreements form the core of all disarmament efforts as it is nuclear war that could annihilate mankind. There exist, in the arsenal of nuclear-weapon States, nuclear warheads that could destroy the whole population on earth more than several times; this is what is called "overkill". It is therefore natural that the overwhelming majority of multilateral disarmament agreements relates to nuclear disarmament. These agreements can be classified into the following categories:

- (a) nuclear non-proliferation;
- (b) limitation on deployment of nuclear weapons;
- (c) nuclear-free zones;
- (d) nuclear testing.

(a) Nuclear Non-Proliferation

8. The NPT⁵ which was extended in 1995 for an indefinite period constitutes the cornerstone of the nuclear non-proliferation regime. Since its content is so well known, it does not require any commentary. Its purpose is to prevent any State other than the five nuclear-weapon States (the United States, the Russian Federation, China, the United Kingdom and France) from becoming nuclear-weapon States. It would only suffice to note, for the present study, that the NPT does not place on the five nuclear-weapon States any obligation relating to the use or deployment of their nuclear weapons. Their obligations are those of not transferring their nuclear weapons and technologies to non-nuclear-weapon States (article I) and of pursuing disarmament negotiations in good faith (article VI).

9. The dissolution of the Soviet Union constituted a crucial test for nuclear non-proliferation. There was at least a theoretical possibility of that the number of nuclear-weapon States would almost double as a result of the break-up of the Soviet Union, as the Soviet nuclear weapons were deployed in the territories of the several Republics which formed the Soviet Union. It was indeed fortunate for the cause of nuclear non-proliferation that an agreement was reached to the effect that the Russian Federation would be the sole successor State to

⁵ Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons of 1 July 1968, *ibid.*, vol. 729, p. 161.

the NPT and that all the other Republics which became independent would join the NPT as new as non-nuclear-weapon States.

(b) Limitation on Deployment of Nuclear Weapons

10. The Seabed Treaty⁶ prohibits emplanting or emplacing on the seabed and the ocean floor and in the subsoil thereof, beyond 12 miles from the baseline of the coastal State from which the breadth of its territorial sea is measured, any nuclear weapons as well as structures, launching installations or any other facilities specially designed for storing, testing or using such weapons (articles I and II).

11. There are several other agreements which limit the deployment of nuclear weapons. Demilitarization, by itself, forbids the deployment of nuclear weapons. Accordingly, Antarctica is made free of nuclear weapons. The Outer Space Treaty is more specific on this question. It not only forbids to instal nuclear weapons in orbit around the earth or on celestial bodies but also to station them in outer space in any other manner (article IV). The Agreement on Celestial Bodies reaffirms this prohibition of emplacement of nuclear weapons on celestial bodies, including their emplacement in orbit around those bodies.

12. With those legal limitations on deployment prescribed in various agreements, a nuclear-weapon State can deploy its nuclear arsenal in the following areas: on its territory and its contiguous zone, including underground and in the air, as well as on the high seas and under water (both beyond the contiguous zone) and in the air space over the high seas. It can also deploy its nuclear weapons in the territory of other States with their consent.

(c) Nuclear-Free Zones

13. Nuclear-free zones which are established on the initiative of States in certain regions contribute to strengthening the nuclear non-proliferation regime and at the same time expand the limitation on the deployment of nuclear weapons. The Treaty of Tlatelolco⁷ makes the whole of Latin America a denuclearized zone. It is to be noted that five nuclear-weapon States outside the region have accepted this nuclear-free zone by ratifying its Protocol II, while some of them attached declarations and reservations on transit and transport privileges and the rules of international law (law of the sea). The Treaty of

⁶ Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and Ocean Floor and in the Subsoil Thereof of 11 February 1971, *ibid.*, vol. 955, p. 115.

⁷ Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean of 14 February 1967, *ibid.*, vol. 634, p. 326.

Rarotonga⁸ establishes the South Pacific Nuclear Free Zone. All the nuclear-weapon States have now finally accepted this Treaty. The Treaty of Pelindaba⁹ establishes a nuclear-weapon-free zone in Africa, and Southeast Asia has also been declared nuclear free since 1995.¹⁰

(d) Nuclear Testing

14. Nuclear testing has two consequences. First, it contaminates the environment. Second, it contributes to the development of nuclear weapons. In other words, restricting or banning nuclear tests would either prevent environmental pollution or restrain nuclear-weapon programmes of nuclear-weapon States. Existing agreements for the restriction of nuclear testing are more relevant to the first aspect, as they prohibit nuclear tests in a certain environment. They do not restrict nuclear testing as such, while it is true that these restrictions result, in reality, in placing some constraints on the numbers and size of the tests.

15. The Partial Test Ban¹¹ prohibits the carrying out of any nuclear weapon test explosion, or any other nuclear explosion at any place in the atmosphere, beyond the limits of the atmosphere including outer space, or under water, including territorial waters or high seas. Testing of nuclear weapons on celestial bodies in outer space is also prohibited by the Outer Space Treaty (article IV) and the Agreement on Celestial Bodies (article 3). This leaves only the underground as a place where nuclear testing is permitted. There are further restrictions to this. Underground testing is not permitted in Antarctica (Antarctic Treaty, article V) and in the nuclear-free zones in Latin America (Treaty of Tlatelolco, article I, paragraph 1(a)) and the South Pacific (Treaty of Rarotonga, article 6). It is particularly to be noted that French acceptance of the Treaty of Rarotonga in March 1996 legally confirmed its decision to close down its Mururoa Atoll nuclear-test ground located within the region.

16. Underground nuclear tests could provide nuclear-weapon States with all necessary data and technology to retain reliability of their existing nuclear arsenal as well as to further develop such arsenal. The adoption by the General Assembly of the United Nations, on 10 September 1996, of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty is therefore crucially important.

⁸ South Pacific Nuclear Free Zone Treaty of 6 August 1985, *ILM*, vol. XXIV (1985), p. 1442.

⁹ African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty of 11 April 1996, *ibid.*, vol. XXXV, p. 705.

¹⁰ Treaty on the Southeast Asia Nuclear-Weapon-Free Zone of 15 December 1995, *ibid.*, p. 639.

¹¹ Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and under Water of 5 August 1963, United Nations, *Treaty Series*, vol. 480, p. 43.

b. *Other Weapons of Mass Destruction*

17. Chemical and biological means of warfare have been condemned by the conscience of the world as criminal and their use has long been prohibited by laws and customs of war. Yet chemical weapons had been stockpiled and the research on biological warfare had not been abandoned. However, epoch-making progress has been achieved in eliminating these heinous weapons from our planet.

18. The Biological Weapons Convention¹² and the Chemical Weapons Convention¹³ prohibit under any circumstances to develop, produce, otherwise acquire, stockpile or retain these weapons and also obligate States to destroy such weapons they possess. The Chemical Weapons Convention has an elaborate and intrusive verification regime and also establishes an international agency to administer such verification as in the case of the NPT.

19. The deployment of these weapons of mass destruction has been prohibited in certain areas together with nuclear weapons. These prohibitions were provided, as described in paragraphs 10 through 12 above, under the Antarctic Treaty, the Outer-Space Treaty, the Seabed Treaty and the Agreement on Celestial Bodies. However, these restrictions have been superseded since the existence of such weapons is now totally banned.

3. *Laws of Warfare*

20. Since the St. Petersburg Declaration of 1868, followed by the 1907 Hague Convention,¹⁴ laws and customs of war have been developed on the basis of the principle of international law that the right of belligerents in an armed conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited, and also the principle which prohibits the use in armed conflicts of weapons and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering. After World War II, these rules have been reaffirmed by the four Geneva Conventions of 1949 and the two Additional Protocols¹⁵ to protect the victims

¹² Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction of 10 April 1972, *ibid.*, vol. 1015, p. 163.

¹³ Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction of 13 January 1993, *ILM*, vol. XXXII (1993), p. 800.

¹⁴ Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907, Carnegie Endowment for International Peace, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (New York, Oxford University Press, 1915).

¹⁵ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, p. 31; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 12 August

of war. But they only provide a general formula repeating what is now a principle of customary law as stated in the preceding sentence (see article 35 of Protocol I). In view of the vast development of weapons, there was a need to legislate explicitly what specific types of weapons are to be prohibited weapons.

21. The Geneva Protocol,¹⁶ which was concluded in 1925, prohibits the use in war of poison gases and of bacteriological methods of warfare. As discussed in paragraphs 17 and 18 above, chemical weapons and bacteriological (biological) and toxin weapons are now removed from the earth by the Chemical Weapons Convention and the Biological Weapons Convention. Coupled with the prohibition on the use of these weapons under customary law, mankind is finally free from such heinous means of warfare.

22. The ENMOD Convention,¹⁷ while it appears to be a disarmament agreement by emphasizing the need for progress in the field of disarmament in its preambular paragraphs, is a law of warfare. It stipulates in the operative part the prohibition of the engagement in military or any other hostile use of environmental modification techniques (article I), such techniques being those for changing—through the deliberate manipulation of natural process—the dynamics, composition or structure of the earth, including its biota, lithosphere, hydrosphere and atmosphere, or of outer space.

23. The Inhumane Weapons Convention¹⁸ is a follow-up of the laws and customs of war of the 1907 Hague Convention. Its purpose is to prohibit or restrict the use of certain conventional weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects. It is an umbrella treaty to which protocols on regulating specific categories of weapons are annexed. It prohibits the use of any weapon the primary effect of which is to injure by fragments

1949, *ibid.*, p. 85; Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949, *ibid.*, p. 135; Geneva Convention relative to the protection of Civilian Persons in Times of War of 12 August 1949, *ibid.*, p. 287; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (Protocol I) of 8 June 1977; *ibid.*, vol. 1125, p. 3; and Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) of 8 June 1977, *ibid.*, p. 609.

¹⁶ Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare of 17 June 1925, League of Nations, *Treaty Series*, vol. XCIV (1929), p. 65.

¹⁷ Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques of 18 May 1977, General Assembly resolution 31/72 of 10 December 1976, annex.

¹⁸ Convention on the Prohibition or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects of 10 April 1981, document A/CONF.95/15 and Corr. 2, annex.

which in the human body escape detection by X-rays (Protocol I); prohibits or restricts the use on land of mines, booby-traps and other devices in such a way as to endanger the civilian populations (Protocol II); and also prohibits or restricts the use of incendiary weapons (Protocol III). The treaty establishes a review mechanism and Parties later adopted the text of the Protocol on blinding laser weapons (Protocol IV of 13 October 1995) and the amendment of Protocol II on land-mines (3 May 1996).

24. There exists no treaty which explicitly prohibits the use of nuclear weapons. It is the most contentious issue whether under general international law, the use of nuclear weapons is totally prohibited or whether only such use as would also apply to conventional weapons under the laws and customs of warfare is prohibited. The advisory opinion rendered by the International Court of Justice on 8 July 1996, in response to a request by the General Assembly of the United Nations, did not solve the question.

II. Review of Existing Agreements

I. Legal Implications of Disarmament Agreements

25. Arms control agreements as classified in this paper constitute an entirely different body of law from that of the laws of warfare. Arms control agreements place quantitative restrictions on specific weapons. They are based on a security concern and its purpose is to prevent war. Such agreements operate only in time of peace and would become scraps of paper as it were if war breaks out. The rationale for this argument is that since the purpose of arms control agreements is to prevent a war from occurring, such agreement would no longer be valid in time of war when it failed to accomplish its purpose. That certainly was the case of all arms control agreements such as naval armament limitation treaties concluded before World War II.

26. What would be the fate of current arms control agreements? The Biological Weapons Convention and the Chemical Weapons Convention belong to the category of arms-control agreements, though the Chemical Weapons Convention has an element of laws of warfare, as it prohibits the use of chemical weapons (article I, paragraph 1(b)). As such, they would lose validity in time of war. It could be argued, nonetheless, that, since the use of these weapons is prohibited under international law, there is no justification for these agreements not to be binding in time of war. It must be noted, however, that, even if they remained in force in time of war, many of the provisions of the Chemical Weapons Convention, particularly those concerning intrusive verification could simply not function in reality in an environment of armed conflict.

27. Nuclear arms control agreements raise most difficult problems as to the evaluation of their legal status in time of war. A major element to be considered here is that there exists no positive universal agreement which prohibits the use of nuclear weapons in time of war. The Partial Test Ban will certainly cease to be operative if nuclear war breaks out. It is absurd to argue that a test ban is still in force while nuclear devices are exploding in military use. Some extremists argue that the Partial Test Ban remains in force in time of war and as it prohibits any nuclear explosions, it prohibits the use of nuclear weapons in the environment defined by it. It is not proper to attempt to deal with such an important issue as the use of nuclear weapons through a back-door. The NPT is a borderline case. Non-nuclear-weapon States might take the stand that it has become inoperative in time of war and there is no need to invoke the right of withdrawal (article X, paragraph 1) in such a case to relieve themselves from the obligations in the Treaty. In any event, it is apparent that the verification regime, which safeguards the nuclear non-proliferation regimes, would cease to function in time of nuclear war. It is most likely that the Seabed Treaty and nuclear-weapon-free zone agreements would meet the same fate, depending on the military necessity of the nuclear-weapon States.

28. On the other hand, laws of warfare are based on a concept distinct from that of arms control agreements. They are qualitative armaments regulations and their aim is to protect the human rights of the victims of war. Accordingly, they are now denominated "humanitarian laws". They apply only in time of war. More precisely, they apply to all cases of declared war or of any other armed conflict, to armed conflict not of an international character and to internal armed conflict. There is an effort to expand their application to emergency situations. As different as they may be from arms control agreements their regulation of the use of specific weapons is no doubt strengthened by the existence at the same time of arms control agreements prohibiting the production and possession of such weapons.

29. Demilitarization agreements belong yet to another category. They are more similar to arms control agreements than to laws of warfare as they are based more on security considerations rather than on human rights concerns for the victims of war. Nevertheless, it should be pointed out that demilitarization agreement such as the Antarctic Treaty, the Outer Space Treaty and the Agreement on Celestial Bodies were all originally designed to provide for international cooperation in the exploration and peaceful use of Antarctica and outer space for the common benefit of mankind. Disarmament elements in these agreements are rather a by-product of the main goal. As such, it could well be argued that they should remain in force also in time of war, though full implementation of all the provisions could not be expected.

2. Cause of the Success of Existing Agreements

30. In considering future course of actions to be taken in concluding further multilateral disarmament agreements, it is worthwhile to ponder over the reasons why it was possible for States to agree on existing disarmament agreements. It might sound cynical, but most agreements were made possible because they did not conflict, at the time of their conclusion, with the vested interests of States. When the Antarctic Treaty and the Outer Space Treaty were negotiated, there existed no military use either in relation to Antarctica or outer space. The Seabed Treaty is another example. There was no fixture deployment of nuclear weapons or other weapons of mass destruction on the seabed. There was no such need, as vast underwater areas were available for submarines fitted with nuclear weapons which were less detectable than fixed structures on the seabed. The NPT did not change the *status quo* which existed at the time of signing of the Treaty in 1968. In fact, it froze that *status quo*. Nuclear-free zones were initiated and promoted by non-nuclear-weapon States. They also froze the *status quo* in the respective regions. The Partial Test Ban did prohibit atmospheric and underwater tests which had been actually conducted. However, it was all-apparent by that time that such tests could no longer continue in the light of their radioactive contamination of the earth. As to chemical weapons, during World War II both sides possessed vast stocks thereof. However, chemical weapons were not used in combat perhaps due to the fear of retaliation. Both sides knew that these weapons were non-usable in reality.

III. Consolidating Future Disarmament Efforts

1. Pre-empting Future Armaments

31. The argument in paragraph 30 above might seem to belittle the value of existing agreements. On the contrary, they are important legal instruments conducive to world peace and security. The lessons we must learn from this is that we should be imaginative and always forward-looking, trying to pre-empt futuristic weapons and military methods.

32. As an example, the question of new types of weapons of mass destruction so far non-existent, which would utilize such energy as laser or fuel-air explosive bombs (FAE), might be addressed now. It is much easier to regulate such weapons before they are developed and possessed by States.

2. Strengthening the Prohibition of Specific Weapons

33. As noted in paragraph 23 above, the Inhumane Weapons Convention establishes a mechanism for strengthening the prohibition of specific weapons by its review process. Restrictions on anti-personnel land mines are far from satisfactory in view of the large number of civilian casualties. The restrictions on sea-mines formulated as far back as 1907 need to be reviewed. There is only a legally non-binding resolution with respect to small-calibre weapons systems. These are the weapons for which follow-up is called for by making use of the review process. It should be stressed here again that the laws of warfare on the restriction and prohibition of the use of specific weapons would be more effective if they were accompanied by the parallel disarmament agreements on the prohibition of the production and possession of such weapons as noted above.

3. Nuclear Disarmament

34. Future action must also be directed toward attacking the real and hard-core issue of disarmament. That is, to dismantle the nuclear arsenal. Most of existing disarmament agreements relating to the nuclear issue explicitly declare that the measures embodied therein are not an end in itself but a step toward the final goal of the elimination of nuclear weapons. Such declarations must not be allowed to remain only as empty slogans.

35. The real test for the NPT was not the question of its indefinite extension but it is the progressive role it fulfils as a step toward the final goal of a nuclear-free world. The progress in nuclear disarmament, including the eventual possibility of nuclear-weapon States becoming non-nuclear-weapon States, will strengthen the non-proliferation regime by reducing inherent discriminatory elements in the Treaty and thus inducing non-parties to join the regime. A comprehensive nuclear-weapon test-ban is another effort in the same direction.

36. The reduction of nuclear weapons have so far been negotiated solely by the United States and the Russian Federation. They have concluded significant agreements to reduce their delivery systems. Yet their stock of nuclear warheads is still larger at present than in 1968 when the NPT was concluded. The other three nuclear-weapon States are yet to join in this effort. It is the primary responsibility of the nuclear-weapon States themselves to engage in efforts for nuclear-weapons reductions. However, now that the Cold War is over, there must be multi-lateral endeavours where both nuclear and non-nuclear weapon States would discuss the whole spectrum of security problems, including nuclear weapons.

4. Verification

37. Verification provides trust in disarmament agreements. Its importance should not be underestimated. The NPT has an elaborate verification regime by the International Atomic Energy Agency. Yet it proved insufficient as evidenced in the case of Iraq. The Chemical Weapons Convention has an intrusive verification regime. The incident involving the use of Sarin gas by some religious cult sect in Japan, which took place in 1995, illustrates the difficulty of such verification. Other disarmament agreements do not have an inspection regime as such, while some of them have general provisions for open access for that purpose. It is true that a certain disarmament regime requires a treaty-specific verification system. The Comprehensive Nuclear-Test-Ban certainly needs its own verification system. Nevertheless, it might be useful to give thought to an idea of a unified verification regime covering several agreements which lack adequate verification measures.

5. Legal Validity of Disarmament Agreements in Time of War

38. As discussed in paragraphs 25 through 29 above, the legal validity of demilitarization agreements and arms control agreements in time of war is rather precarious. It is desirable that future agreements include provisions which explicitly specify whether the treaty as a whole or specific provisions may apply in time of war.

Conclusion

39. It must be borne in mind that disarmament is not an end in itself but it is only a means through which we attempt to attain the peace and security of mankind. Disarmament efforts therefore would bear fruit only when security concerns are met and alternate means for security are provided. Confidence-building is also a vital element in fomenting an environment conducive to disarmament. Accordingly, the United Nations must provide the necessary guidance for a concerted and coordinated disarmament approach.

AN INTERNATIONAL CRIMINAL RESPONSIBILITY OF STATES?

Robert Rosenstock

Introduction

This article will examine the question of the inclusion of the notion of so-called crimes by States in the Commission's draft on the topic of State responsibility. It will seek to do so in a broad context.

The record of accomplishment of the International Law Commission over the better part of the last half century is impressive. It has produced both instruments codifying and developing major areas of international law and instruments dealing with ad hoc problems.¹ This record is a reflection of the quality of the Commission and the assistance it has received in the form of comments along the way by Governments and by scholars. Where these comments have been thoughtful and forthcoming, the Commission has been well placed to produce final drafts which are acceptable to States and intellectually sound. The difference between the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind that emerged on first reading and the text which emerged on second or final reading is a case in point. Where Governments have been casual or otherwise not forthcoming or in disagreement on issues which the Commission has failed adequately to bridge, the results have been stillborn drafts or unratified conventions.²

¹ Examples of the former include the law of the sea, diplomatic and consular protection, the law of treaties; examples of the latter include the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, and the draft Statute for an International Criminal Court.

² Examples falling within this category may be thought to include the products of the Commission's work on: arbitral procedure, status of the diplomatic courier and the diplomatic bag, most-favored-nation clauses, succession of States in respect of States property, archives and debts and perhaps jurisdictional immunities of States and their property. While there may be specific causes in each case, a general problem that can be found in all of these examples is a failure of communication between States and the Commission. A failure that the record suggests is not a failure of the Commission to heed the views of States but a failure of States to communicate them. Of course, it is not suggested that the fact that instruments in force do not result from a particular exercise means that the effort made no contribution but rather that the contribution fell short of what might have been.

At present, the major codification exercise before the Commission is the law of State responsibility. The Commission finished its "first reading" of a draft on the topic in 1996, albeit in less than unanimous agreement on key aspects.³

The topic on State responsibility is a vast one cutting across all of international law. It raises a number of questions which the Commission has sought to answer in its draft. The draft which has emerged on first reading will now be available for comment by States and scholars. The three main parts of the draft: (1) origin of international responsibility, (2) content, forms and degrees of international responsibility, and (3) settlement of disputes, raise a number of important and difficult issues. This is all the more true as the Commission has, on several key issues, such as restrictions on reparation, limits on countermeasures, dispute settlement and the notion of "crimes by States", by no means confined itself to codification of existing law. There is, moreover, not unanimity within the Commission on these matters. The early and considered views of States and scholars on this draft will be essential if the Commission is to produce a second or final draft which is generally acceptable to States and which is intellectually sound.

This essay will focus on one of the important and difficult questions, namely the decision of the Commission in 1976 to divide internationally wrongful acts by States into two major categories: "international delicts" and "international crimes". This division is highly controversial. At the forty-sixth session of the International Law Commission, in 1994, some faint signs began to appear of efforts to narrow some, though not all, of the gaps between those members who favoured retaining the qualitative distinction between "crimes" and "delicts" and those who viewed internationally wrongful acts by States as lying along a quantitative continuum ranging from trivial to extremely serious wrongful acts.⁴ In a footnote to the word "crime" the first time it appears in Part Two of the draft articles, the Commission at its forty-eighth session, in 1996, stated the following:

³ The practice and rules of the Commission are to produce a completed first draft or "reading". The draft is submitted to Governments and the General Assembly of the United Nations for written and oral comments. The Commission then undertakes a second reading and produces a final draft which it submits to the General Assembly.

⁴ Professor Pellet stated at the 2341st meeting that, "if the word 'crime' gave rise to concern... that word could simply be replaced by another. It would, however, be quite impossible, in his view, to discard the idea behind article 19 because the differentiation between ordinary internationally wrongful acts and those that were particularly serious for the international community as a whole was, quite simply, a reality that was rooted in positive law". *Yearbook... 1994*, vol. 1, p. 82.

"The term 'crime' is used for consistency with article 19 of Part One of the articles. It was, however, noted that alternative phrases such as 'an internationally wrongful act of a serious nature' or 'an exceptionally serious wrongful act' could be substituted for the term 'crime' thus, *inter alia*, avoiding the penal implication of the term."⁵

While this language does not eliminate the problems created by a qualitative distinction, it at least carries the promise of avoiding the penal implications of the use of the term 'crime'. The author is a committed advocate of the view that the notion of "crimes by States" is variously unsound and without legal or conceptual foundation. This article is, in part, an unabashed piece of advocacy for that view. It is the author's hope that those, both Governments and scholars, who agree that the qualitative distinction between "delicts" and "crimes" is ill-advised, will weigh in support of that view. It is furthermore the author's hope that those with more objective, contemporary and productive arguments in favour of the distinction between "crimes" and "delicts" than have been available to date will also weigh in.

Even if the Commission had not completed its first reading on State responsibility, this would be an appropriate time to reexamine the issue of "crimes by States", which was elaborated by the Commission in the 1970s. Since that time, the Cold War ended, apartheid is gone and much time has now passed since the end of colonialism. These, no longer contemporary, elements not only infused the 1970s debate concerning so-called crimes of States with passion and agitation propaganda at the cost of reason, they made it appealing for anyone seeking African and East European support in an election to carry favour with both groups by advocating the notion.

In order to reach a sensible answer to the question whether the notion of so-called crimes of States should be retained, it will be useful, *inter alia*, to examine the basis, if any, in State practice for such a notion, what particular consequences can be assigned to the situation of a "crime" that are different from those of a "delict" or, more particularly, different from a violation of an *erga omnes* obligation not denominated as a "crime" and whether the inclusion of the notion of such "crime" will create any special requirements or problems in the area of dispute settlement. Finally, it may be worth reflecting whether tossing the notion of "crime" around in the context of the conduct of States will adversely impact on the developments in the field of criminal responsibility of individuals (*viz.* the creation of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Vio-

⁵ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, p. 141.

lations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991; the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994; the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind; and the work in the General Assembly on the Commission's draft Statute for an International Criminal Court).

Background

The International Law Commission adopted the article containing the idea of "crimes of States", article 19 of Part One, in 1976.⁶ A brief history of the Commission's consideration of the notion of "crimes of States" and related issues may help to illuminate some of the issues.

The fact that article 19, as drafted, is internally less than wholly consistent; the inbuilt circular reasoning of its paragraph 2; the fact that its specific examples are so strikingly dated; the fact that it ought to make the hair of any serious lawyer stand on end to see phrases like "such as" in a context that purports to be establishing crimes; the absence of any notion of *mens rea*; the separation of the term "equal rights" from "self-determination", the Charter of the United Nations

⁶ *Yearbook... 1976*, vol. II (Part Two), pp. 72 and 95.

Article 19 reads as follows:

"International crimes and international delicts

1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject matter of the obligation breached.

2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.

3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from:

(a) a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;

(b) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;

(c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;

(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.

4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict."

to the contrary notwithstanding; the general vagueness of the article which purports to create or even codify, if you will, criminal law of a novel nature; the norm asserted in paragraph 4 preventing the application of the notion of delict and its consequences to a so-called crime are all problems that may not be systemic and that could theoretically be cured by redrafting. The totality of these defects, however, makes any redrafting a daunting task and creates doubts that the theoretical ability to cure the many defects can in practice be carried out.

The issue as to whether there should be different categories of wrongful acts was first raised in the Commission in 1956 by the then Special Rapporteur on State responsibility, Mr. Garcia Amador.⁷ Mr. Garcia Amador suggested a category beyond "delicts" that would be "punishable" and which in various ways resembled the category described in paragraph 3 of article 19.

The Commission rejected the proposed distinction.⁸ But for the Cold War and some of the weird notions and openings for opportunism it spawned, the matter might have died there. The Soviet bloc, however, spurred on by the writings of Professor Tunkin, took up the cudgels and argued for broadening the topic of responsibility beyond the field of the treatment of aliens. Professor Tunkin and his Soviet bloc colleagues urged the inclusion of primary rules including rules which inescapably encompassed the notion of the criminal responsibility of States.⁹ In addition to appealing to the Soviet bloc, the notion of the criminal responsibility of States had immediate appeal to the newly independent African and Asian States eager to declare colonialism illegal and to criminalize the flagrant and institutionalized violation of human rights involved in the practice of apartheid.

In 1960, Mr. Garcia Amador ceased to be a member of the Commission. In 1962, the Commission appointed a subcommittee to review the question of the scope and nature of the Commission's work on the topic. Some Commission members favoured restricting the work to primary rules concerning responsibility for aliens, others, such as those from the Soviet bloc, wanted to focus on peace and

⁷ *Yearbook...* 1956, vol. II, pp. 182-83 and 211-213, document A/CN.4/96. The Garcia Amador approach was a little more attached to State practice and devoid of the anomalies of article 19 in that he related it to criminal acts by individuals acting as organs of the State. He also, it may be noted, sought to raise the issue in terms of its consequences, i.e., a distinction between "merely wrongful" and "punishable" rather than tackling the issue in its politicized abstract while leaving consequences to be worried about later.

⁸ *Ibid.*, vol. I, pp. 228, 231, 237-242 and 246.

⁹ *Yearbook...* 1962, vol. I, pp. 29 and 37. The Soviet bloc onslaught commenced at the fifteenth session of the General Assembly of the United Nations, in 1960, with the usual near identical statements by substantially the entire bloc (see documents A/C.6/15/SR.651, 653, 654, 655, 657, 658 and 662). It was reflected in the work of the International Law Commission by 1962.

security issues with the focus on the substance of the rules which, if breached, would give rise to responsibility, i.e., a text the main function of which would be to set forth primary rules in the crucial but limited area of peace and security. The third or compromise position, which eventually carried the day, was to broaden the topic of State responsibility from responsibility for injury to aliens to cover all the consequences of the breach of any primary obligation and also to limit the topic to secondary rules.¹⁰

How the decision to restrict the topic to secondary rules, the Soviet objectives to the contrary notwithstanding, mutated into an edifice that included something like article 19, which is as clear a statement of a primary rule as one can imagine, is not apparent even on reading through the records. Of course, if one were to abandon the search for a logical link, one might wonder if a cynical or opportunistic deal was implicitly made. In exchange for Soviet acceptance of an overall scope beyond that of merely peace and security and a primary focus on secondary rules, the Soviets would be handed the crown jewel of the agitation propagandist, the highly emotionally charged notion of "international crimes" committed by States.

The work of the Commission on State responsibility lay relatively dormant for some years as the Commission focused on other topics. The debate in the Commission in the late 1960s reflected continued Soviet hammering on the peace and security issues. By 1969, the Commission was agreeing to recognize "the greater or lesser importance to the international community of the rules giving rise to the obligations violated, and the greater or lesser seriousness of the violation itself". And, "... cases in which... a particularly serious offence might also give rise to the establishment of a legal relationship between the guilty [sic] State and a group of States, or... the entire international community".¹¹

¹⁰ The Commission explained the distinction between "primary" and "secondary" as follows:

"In its previous drafts, the Commission has generally concentrated on defining the rules of international law which, in one sector of inter-State relations or another impose specific obligations on States, and may, in a certain sense, be termed 'primary'. In dealing with the topic of responsibility, on the other hand, the Commission is undertaking to define other rules which in contradistinction to those mentioned above, may be described as 'secondary' inasmuch as they are concerned with determining the legal consequences of failure to fulfil obligations established by the 'primary' rules... Only [these 'secondary' rules fall] within the sphere of responsibility proper."
Yearbook... 1973, vol. II, pp. 169-170, document A/9010/Rev.1, paras. 40-41.

¹¹ *Yearbook... 1969*, vol. II, p. 233, document A/7610/Rev.1, para. 81. *N.B.* the revealing use of the term "guilty". Reference to use of this term in connection with the notion of the "war of aggression" certainly existed during the League of Nations days in draft treaties and in preambular languages. What is not noted is that these references in all identifiable cases contemplated individual criminal responsibility, not the criminal responsibility of a State.

By 1973, the Commission had reached the point of expressly wondering whether contemporary international law should acknowledge a distinct and more serious category of internationally wrongful acts, which might perhaps be described as "international crimes". The reasons for such a step were not articulated. This notion received loud support from the Soviet bloc and some developing countries which tended to look to Moscow for inspiration or were at least susceptible to Soviet agitation propaganda, and some quieter support from other quarters. Various members of the Commission were attracted in general terms by the notion of a class of wrongful acts which might have more serious consequences than others, though there was not any consensus as to what those consequences might be. Some members looked to more severe consequences in terms of damages or punishment; others looked to the class of States entitled to react to the wrongful act. The discussion was preliminary and inconclusive.¹²

Article 19

By the mid-1970s, the Special Rapporteur, Professor, later Judge, Ago, had become completely convinced, if he ever had any doubts, that it was useful to distinguish between "delicts" and "crimes". Under his leadership, the Commission provisionally adopted article 19 in 1976. A self-confident, determined and respected Special Rapporteur, avidly supported by the members from the Soviet bloc and a handful of individuals from the Third World, was a formidable force in 1976.

Such argumentation as was supplied in support of the final slide over the brink relied on casual usage of florid language by politicians in various contexts lacking any element of *opinio juris* and not intended to result in anything like article 19, recent acceptance by many members of the international community of the notion of *jus cogens* in the context of the law of treaties and some *obiter dicta* in the case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*,¹³ as well as *dicta* in other International Court of Justice decisions or advisory opinions. Why the relationship between *jus cogens* and article 19 did not strike the members of the Commission as being about as convincing as attempting to argue that for a court to find a contract *contra bonos mores* and decline to enforce it (e.g., a contract to discourage marriage) implied that the act involved was criminal is unclear. It is one thing to have a policy safeguarding certain interests of the national or international community and quite a separate matter to denominate particular conduct contrary to that policy as criminal. This distinction should be easy to perceive at the international plane where

¹² *Yearbook... 1970*, vol. 1, pp. 184 *et seq*; *Yearbook... 1973*, vol. 1, pp. 5-14, and vol. II, p. 172, document A/9010/Rev.1.

¹³ *I.C.J. Reports 1970*, p. 3.

there is an appropriate system for declaring treaties void *ab initio*. The acceptance of the notion of *jus cogens* was conditioned on acceptance of the system, i.e., on express acceptance of a role for the International Court of Justice.¹⁴ There is no comparable institution for designating certain actions as criminal, no likelihood States would consider accepting one and no basis whatsoever for dealing with the notion of States as criminals.¹⁵

International Court of Justice *Dicta*

The leap from the *dicta* in *Barcelona Traction* (mention of "obligations of a State toward the international community... obligations which by their very nature... are the concern of all States"¹⁶) to article 19 is even more gravity-defying. In *Barcelona Traction* the Court declined to find responsibility because it did not recognize the standing of Belgium to bring action on behalf of the Belgian shareholders of a Canadian corporation which had been allegedly defrauded by Spanish authorities. The most that could plausibly be inferred from this *dicta* is the Court's inclination not to be thought to deny completely the existence of *erga omnes* obligations, not that there are qualitatively different kinds of obligations. In other words, the Court was speaking to the scope of application, to whom the obligation ran, not the nature of the obligation, civil or criminal.

What seems to have happened is that a large majority of the members of the Commission became caught up in the mood of the moment. As the commentary puts it, "... there has gradually arisen the conviction".¹⁷ A revealing statement, suggesting that what transpired was more a decision based on general circumstances and not a conclusion flowing from practice, various general statements in the com-

¹⁴ See the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, particularly articles 53, 64 and 66(a) thereof.

¹⁵ For an excellent discussion of the inadequacy of the International Court of Justice to perform this function from a strong supporter of the Court, see G. Arangio-Ruiz, fifth report on State responsibility, document A/CN.4/453/Add.3, para. 106 *et seq.* What is probably the definitive comment on the role of the Court in such matters: "... let us be realistic: The idea that a significant part of UN member States would be prepared to involve the Court in the issues listed in Article 19 is simply utopian". B. Simma, "International Crimes: Injury and Countermeasures-Comments on Part 2 of the ILC work on State responsibility", in J. H. H. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi, eds., *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* (Berlin, W. de Gruyter, 1989), p. 307. In fairness, it must be acknowledged that in its discussion of the content of article 19, as opposed to the rationale for its existence, the Commission admits that peremptory norms and crimes are not quite the same thing.

¹⁶ *I.C.J. Reports 1970*, p. 32.

¹⁷ *Yearbook... 1976*, vol. II (Part Two), p. 102, para. (15) of the commentary to article 19.

mentary to the contrary notwithstanding.¹⁸ Perhaps some thought that if a notion such as *jus cogens* could be swallowed by those who had originally expressed doubts maybe anything would fly.

A careful reading of the Commission's commentary to article 19 does not take the matter much further. There is an acknowledgement that "[f]ormerly, the view was generally shared that the rules of general international law relating to State responsibility provided for a single regime of responsibility applying to all internationally wrongful acts of the State, whatever the content of the obligations breached by such acts".¹⁹ One might have expected such a statement to lead to a careful analysis of the reasons for that view and why it had changed or should change.

The decision of the International Court of Justice in the *South-West Africa* case is lightly discussed and great stress placed on some *dicta* in the advisory opinion of the Court on the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.²⁰ The Commission and the commentary ignore the fact that the Convention speaks to crimes by individuals and that there is no basis whatsoever anywhere in the advisory opinion on which to ground a notion of "crimes by States". The most that can be squeezed out of the *dicta* is that some of what is in the Convention has become customary international law and perhaps some basis for the notion of *erga omnes* violations. Even if weight can be accorded to isolated *dicta*, the most the sum of all the *dicta* in question can be made to suggest is the existence of certain *erga omnes* obligations. One could imagine a reasonable and logical inference from these *dicta* as being a scheme or regime pursuant to which certain internationally wrongful acts are deemed to breach an obligation essential for the protection of fundamental interests of the international community and thus an obligation *vis-à-vis* all other States. A valid rationale for an *erga omnes* rule or a norm which could even qualify as *jus cogens*. This is,

¹⁸ *Ibid.*, pp. 117-118, para. (54) of the commentary to article 19.

¹⁹ *Ibid.*, p. 97, para. (6) of the commentary to article 19.

²⁰ Presumably, the Commission swept the legislative history of the Genocide Convention under the rug because it clearly demonstrated that, at the time the Genocide Convention was adopted, States had in mind the civil responsibility of States, *not* criminal responsibility, and that was a "former" view, no longer shared by Professor Ago and his colleagues. See S. Rosenne, "War Crimes and State Responsibility", *Israel Yearbook on Human Rights* (1993), pp. 63 *et seq.* It is one thing to establish conduct by an individual as criminal and imputable to a State as *parens patriae* which in turn is civilly liable, and quite another to assert that the State is also criminally liable. Those who imply the latter result do not explain by what alchemy, logic and experience or precedent they transfer the *mens rea* of the individual to the legal person of the State. Perhaps the answer is that they mean crime when they speak of individuals and something else when they speak of States. Humpty Dumpty said "words mean what I say they mean". Mr. Dumpty came to a bad end.

however, hardly a basis for concocting notions of penal responsibility of States or the use of terms suggesting such responsibility.

The Commission simply ignored the record and confused a necessary condition with a sufficient condition. The existence of a notion of *erga omnes* violations is a necessary condition if one were to develop a viable notion of "crimes of States", but assuredly not a sufficient one. To suggest, as the commentary does, that the "*Naulilaa*" award's²¹ recognition of Portugal's right to take countermeasures or, more precisely, armed reprisals, was an implicit recognition of a separate category of wrongful act, strains the imagination and, *inter alia*, ignores the developments in the law concerning the use of force effected by the Charter of the United Nations. The commentary suggests that the finding that the breach of the initial obligation and the failure to make reparation were independent bases for reprisal constitutes recognition of "different forms of responsibility". Even if it were not from an era which, as even the commentary admits, made no distinction based on the character of the obligation breached, all the "*Naulilaa*" award demonstrates is the lack of any need for the distinction given the flexibility of the system.

This "argumentation" by the Commission in the 1976 commentaries is followed by a series of analogies, namely (a) *jus cogens* and the law of treaties, discussed above; (b) individual responsibility for certain crimes; and (c) a description of the system of the Charter of the United Nations. In addition to these analogies, various writers are relied upon, not surprisingly beginning with Mr. Tunkin. In lieu of anything better, the commentary cites authorities such as Philip Jessup as implicitly supporting the idea of "international crimes of States" on the grounds that they recognize the existence of *erga omnes* violations.²²

For those who do not find arguments by analogy as very satisfactory bases for creating an entirely novel legal notion, there is the total absence of State practice to support such a leap. For those who might not find citation of Tunkin *et al.* a sufficient basis, there is the absence of any discussion of what might be the consequences of such a novel invention as "crimes of States". The absence of any discussion of such consequences, the truly critical issue, is explained away as the product of forbearance, since such questions must be taken up in another Part of the Commission's draft. When the Commission dealt with Part Two in the 1980s and 1990s, there was insistence, on the part of the proponents of article 19, on not reopening Part One. Serious

²¹ *Responsibility of Germany arising out of damage caused in the Portuguese colonies of southern Africa*, UNRIIAA, vol. 11, pp. 1025 *et seq.*

²² Ph. Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction* (New York, MacMillan, 1948), pp. 11 *et seq.*

reflection in the Commission was, in short, stifled as premature in the beginning and precluded thereafter.

The trendy 1970s nature of what was going on when article 19 was adopted is crystal clear from the content of the article and the apparent total lack of concern to link any leap to the notion of criminal responsibility of States with some idea of the legal consequences for States or the international legal system of such a notion beyond noting in general terms that “the only justification... is to enable the consequences... to be differentiated...”²³ The fact, as noted above, that the elaboration of the substance laden article 19 was inconsistent with the decision to limit the entire exercise to secondary rules was ignored entirely. The more subtle, inclusive, useful and, in various ways, less troublesome notion of *erga omnes* obligations, devoid of the excitement of the use of the glaring word “crime” as it was, was not only apparently ignored but worse yet, implicitly prejudiced by the formulation of article 19.

Article 19 is a reflection of the political climate and mood of the 1960s and 1970s and little more. The complete absence of State practice provides no basis for regarding the notion as *lex lata*; nor do preposterous assertions by the Commission in its commentary, such as “...conventional instruments—including, in particular, the United Nations Charter...—which show that breaches of certain international obligations are recognized as international crimes”.²⁴

Indeed, if one were to take account of State practice, one would have to note that the documents relating to the surrender of Germany and Japan and the statutes and judicial decisions relevant to the Nürnberg and Tokyo International Military Tribunals do not speak of the criminal responsibility of States. Considering the horrors of the Second World War and the deeds perpetrated by the axis powers, it is reasonable to assume that had there been any basis for speaking of “crimes of States”, there would have been some hint of it in one or another of these documents. In fact, the Judgment at Nürnberg states the following: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law be enforced”.²⁵ That statement seems to the author as valid today as it was then.

²³ See *Yearbook... 1976*, vol. II (Part Two), p. 117, para. (52) of the commentary to article 19.

²⁴ *Yearbook... 1976*, vol. II (Part Two), p. 120, para. (64) of the commentary to article 19.

²⁵ *Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgement* (United States Government Printing Office, 1947), p. 53. *N.B.* the implication that to focus on so-called crimes of States will, in the informed opinion of the Judgement, weaken the focus where it counts—i.e., on individuals.

The issue, therefore, is whether there is a compelling basis for endorsing the notion of "crimes of States" as a statement *de lege ferenda* or an example of progressive development. While some publicists from some nations endorse the concept some of the time, none provide compelling legal or logical grounds for regarding the notion as existing.²⁶ That the 1976 commentary expresses in strong terms that it would be a mistake to believe there is only one regime of responsibility is undeniable. But saying it did not make it so in 1976, and does not make it so in 1996. State practice, if it existed, could, but there is no such State practice. Indeed, one of the noteworthy aspects of the commentary to article 19 is its one sidedness and its failure to acknowledge the existence, much less analyse the substance of, contrary views, the requirements of the Statute of the International Law Commission to include differing views in the commentary to a draft submitted on first reading to the contrary notwithstanding.²⁷ The explicit rejection of the idea of "crimes of States" by such States as Australia, France, Greece, Sweden, United Kingdom and United States underlines the non-existence of the idea as *lex lata* and some of the problems that will be created by efforts to press the notion as a matter of progressive development of the law.

Aside from the delicious base it provides for agitation propaganda, the case for creating the notion of "crimes by States" therefore does not seem very compelling unless there were to be some basis in Part Two of the Commission's draft articles on State responsibility dealing with consequences of a breach which would seem to require or be importantly enriched by the existence of two separate regimes of responsibility and that one of them be denominated as "crimes".

Consequences of a Breach

A normal reader, even a trained lawyer, on reading the term "crime" would be likely to assume that we have entered the realm of penal law and that some form of collective punishment or guilt is envisaged by way of consequences. Indeed, it is hard to imagine why anyone would choose to use the word "crime" absent an intent to inflict punitive damages of some sort. While one can only guess at what the Commission had in mind in 1976, it seems reasonable to assume that it did not have in mind collective guilt or punishment in violation of the rule *impossi-*

²⁶ See A. J. J. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States* (The Hague, Kluwer, 1996). While the author of this article is not prepared to agree with all of de Hoogh's positions, some of which are taken as givens when they should be challenged, such as article 19 itself, this is the best work on the issues written to date.

²⁷ Statute of the International Law Commission, Article 20(b).

bile est quod societas delinquat.²⁸ One must assume that the Special Rapporteur and the Commission knew that the term "crime", in addition to creating the impression of collective punishment, would suggest the idea of impartial trial and judgement. Whether the International Court of Justice was considered a suitable institution is not indicated, but it seems unlikely on a variety of grounds.²⁹ The Commission was doubtless aware that Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice deals with "reparation... for the breach of an international obligation" and that consequently there seems a potential clash between draft article 19 and the Statute of the Court. One must also assume the Special Rapporteur, Professor Ago, and the members of the Commission recognized that facilitating the use of an emotive term such as "crime" would, in specific instances, elevate the level of the dispute when what is likely to be needed is to lower the level of accusation and counteraccusation.

In light of the Commission plunging ahead with article 19 in spite of all the obstacles or grounds for caution, one must assume that the Commission envisaged important consequences flowing from the distinction. It would, after all, have been a far simpler matter to recognize that there are a range of more and less serious breaches and that the consequences should relate to the seriousness. Indeed, common sense and well-established practice led to the conclusion that such a notion must be presumed to exist for what the Commission calls delicts and for other wrongful acts as well. The Commission even suggests that such a range of consequences would be necessary for so-called crimes.³⁰

It is possible that the Commission had in mind the notion of fault or more precisely the intentional commission of a wrongful act, but

²⁸ The Commission in its commentary to article 30 of Part One did, however, take the position that countermeasures may not only be used to "secure performance but to inflict punishment". *Yearbook... 1979*, vol. II (Part Two), p. 116, para. (3) of the commentary to article 30. In its commentary to article 19, the Commission says it uses the term "crime" "because it has come into common use in the practice of States...". *Yearbook... 1976*, vol. II (Part Two), p. 118, para. (59) of the commentary to article 19. The absence of convincing examples of meaningful "common use" is striking. Some scholars suggest that punitive damage awards against private commercial corporations provide a basis for ignoring the *impossible est maxime*. This ignores the distinction between profit motivated purchasers of shares and people who happen to find themselves resident or nationals of a State as well as numerous other differences between a State and a private corporation.

²⁹ See footnote 15 above. See also *Oppenheim's International Law*, 9th ed., R. Jennings and A. Watts, eds. (Harlow, Essex, Longman, 1992), vol. I: *Peace*, p. 533, footnote 13, *contra*, to the effect that there would be nothing to prevent the Court from finding criminal responsibility if so authorized by a treaty. (No supporting argumentation is provided.)

³⁰ *Yearbook... 1976*, vol. II (Part Two), p. 117, para. (53) of the commentary to article 19.

no such statements were made at the time. It is, in any event, not very plausible to attempt to transfer the notion of *mens rea* from the realm of criminal law *vis-à-vis* individuals to the law of State responsibility. And if the Commission had had the notion of fault in mind in 1976 or subsequently, would not such a notion have a place in the realm covered by the term "delicts" as well? Indeed, the language of article 42 dealing with reparation strongly suggests, at the least, that the omission of fault elsewhere was conscious.³¹

Since the Commission, in 1976, declined to involve itself in the legal consequences of the neologistic elements of article 19 save for a few comments in passing by individual members, it was left for the future members of the Commission and future Special Rapporteurs to determine what the consequences might be and, in the end, whether they were such as to justify or mandate the retention of article 19 of Part One. Indeed, the case for the retention of article 19 or any other regime which seeks to elaborate qualitatively different categories of internationally wrongful acts, depends on the establishment of an overwhelming need for it emerging from the analysis of the consequences. As de Hoogh puts it, on "whether it is possible to envisage a regime of responsibility applicable to international crimes that would be substantially aggravated compared to the regime of responsibility applicable to international delicts".³²

Before embarking on an examination of what the Commission has done with regard to consequences, it should be noted that nothing in the system of the Charter of the United Nations in general or Chapter VII of the Charter in particular requires or is facilitated by such a distinction. The Charter system was created at a time when no such distinction between categories of breaches existed. The Charter system has functioned without experiencing any impediment flowing from such a unitary view of the responsibility regime. Indeed, given that the role of the United Nations in this area is to restore or maintain peace, any regime focused on secondary rules of State responsibility is largely irrelevant. This is true because the Charter system is a self-contained system in which Articles 1, 2, 23, 24, 25 and Chapter VII provide the necessary basis and flexibility for such action as is contemplated and as has been taken to date. The Commission is well advised not to attempt to include the Charter system in its regime for State responsibility and expressly to exclude it. In fact, this is basically the approach recommended by Professor Riphagen when he

³¹ Article 42 provides in paragraph 2 that: "In the determination of reparation, account shall be taken of the negligence or the *wilful* act or omission of: (a) the injured State; or (b) a national [thereof]" (emphasis added). Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, p. 141.

³² De Hoogh, *op. cit.* (footnote 26 above), p. 397.

served as Special Rapporteur and the one the Commission has followed in article 39 of its draft.³³

The Commission, in its commentary to article 30 of Part One suggests that countermeasures to acts of a criminal character could be punitive in nature³⁴—a not particularly appealing rationale for the inclusion of the concept and not one that the Commission has followed, at least not expressly.

The somewhat baroque and theoretical matrix within which the Commission has dealt with consequences of a breach involve “objective” and “subjective viewpoints” within the framework of “substantive and instrumental consequences”. The distinction between the objective and subjective viewpoints is well explained by the most recent Special Rapporteur, Professor Arangio-Ruiz, as follows:³⁵ Objective viewpoint—“whether and in what way the severity of the breaches in question aggravates the content and reduces the limits of the consequences—substantial and instrumental—that characterize an ordinary [sic] *erga omnes* breach”; subjective viewpoint—whether the importance of the rule breached involves any changes in the relationship between the wrongdoer and all other States or the injured States themselves. The substantive consequences are the sum of the legal obligations of the wrongdoer resulting from the act or omission and the instrumental consequences, the measures that may be taken in response. In his analyses of the substantive consequences, Professor Arangio-Ruiz identified what in his view were the only aspects concerning which the question of a different regime for “crimes” could result in a different regime in terms of substantive consequences—namely, are those forms of reparation subject to certain limits with regard to delicts subject to lesser or no limits when the wrongful act is a “crime”? Professor Arangio-Ruiz implicitly recognized a lack of any basis in State practice for a distinction based on a division of wrongful acts into the categories of “delict” and “crime”.

Professor Riphagen, the previous Special Rapporteur, shared the view that a special regime for the consequences of a “crime”, save perhaps for the Charter’s provisions concerning aggression, does not reflect *lex lata*.³⁶ Professor Riphagen differentiated the regime for the

³³ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 139-140.

³⁴ *Yearbook... 1979*, vol. II (Part Two), paras. (2) and (22) of the commentary to article 30.

³⁵ See Arangio-Ruiz, fifth report on State responsibility, *op. cit.* (footnote 15 above), para. 61 *et seq.*

³⁶ *Yearbook... 1983*, vol. II (Part One), pp. 11 and 13, document A/CN.4/366 and Add.1, paras. 58 and 67.

consequences of a "crime" and that of any other delict only with regard to the instrumental consequences, treating the substantive consequences as the same for both "delicts" and "crimes". He would not only forbid any State to recognize as legal the situation created by such a "crime" or assist a perpetrator in maintaining the situation created by the "crime", but would obligate all other States to afford "mutual assistance in carrying out the [aforesaid] obligations".³⁷

The propriety or legal soundness of this approach is not as questionable as its necessity. Is a State free to recognize as legal the results of a situation brought about by delictual conduct, particularly that which violates an *erga omnes* obligation? Is a State free to aid and abet a wrongdoing state in maintaining the consequences of its delictual conduct that violates an *erga omnes* obligation? If the answer to either of these questions is negative, then the provisions seem thin justification for including such a notion as "crimes of States", not to mention the problems created by the *a contrario* implications in the broader, *erga omnes*, context. It is not altogether clear what the practical effect could be of the requirement of mutual assistance with regard to non-recognition and not aiding and abetting. To the extent that the situation involves a use of force, in contravention of the Charter of the United Nations, and self-defence, or other conduct which can plausibly be said to threaten the peace, the cases in which assistance by third States seems most pressing, the regime of the Charter whereby third States are, in appropriate circumstances, free to aid but obligated to do so only on decision by the Security Council, seems preferable and sufficient. The remaining relevant cases that could be plausibly denominated as "crimes" but which would not amount to threats to the peace are likely to be so few and far between as to make this an insufficient ground to institute the notion of "crimes of States".

Professor Arangio-Ruiz, who served as Special Rapporteur from 1987 until May of 1996, raised the question as to whether the requirement of a demand can be satisfied by a demand from anyone but the principal victim, if any, suggesting that it might be relevant to distinctions in Part Two based on article 19 of Part One. To the extent that this concern is valid, it should be equally valid for all *erga omnes* violations or, as article 40 as currently drafted establishes, for cases in which the prime victim is not a State.³⁸

So far as claims for reparation are concerned, there would seem to be no basis for going beyond what is already in or what could be

³⁷ *Yearbook... 1982*, vol. II (Part One), p. 48, document A/CN.4/354 and Add.1 and 2 (proposed article 6).

³⁸ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, p. 140.

added, without any need for article 19 of Part One, to the articles dealing with delicts. There seems no basis for distinguishing between the moral damage caused by violation of an *erga omnes* obligation such as those contained in the Universal Declaration of Human Rights or one of the Human Rights Covenants and a particular act that was unfashionable enough or whose prohibition was regarded as insufficiently threatening to the governing elites of the majority of States to make it on to the article 19 list. So far as the right to take countermeasures is concerned, there seems, save for the inherent right of individual or collective self-defence as recognized in the Charter, with one possible exception little basis for granting States "indirectly injured" by a "crime" or by a violation of an *erga omnes* obligation a right to take countermeasures. The one possible exception, would be the idea of a right of humanitarian intervention *uti singuli*. While humanitarian intervention pursuant to a recommendation or decision by a competent United Nations organ should raise relatively few concerns and for reasons already stated does not depend on the existence of a notion of "crimes by States", the question of a right of humanitarian intervention *uti singuli* is more complex and debatable and should not be resolved as an incidental consequence of article 19 of Part One of the draft articles on State responsibility. As noted above, some scholars suggest that, although countermeasures are not acceptable legally if they go beyond being means to compel compliance with primary or secondary obligations and constitute punishment, that limitation may not exist in the case of "crimes".³⁹ To grant explicitly so broad a right of countermeasures *uti singuli* would seem questionable, to grant such a right upon approval of the community of States, redundant in the light of Chapter VII of the Charter.⁴⁰

So far as measures involving the use of force are concerned, Article 2 and Chapter VII of the Charter state the law and it is neither necessary nor appropriate for the Commission to involve itself in these issues as part of its draft articles on State responsibility. In addition to it being unnecessary from a legal point of view for the Commission to do so, particularly in the context of State responsibility, it would be imprudent on several levels. It is highly questionable whether such issues should be dealt with by a body of independent experts rather than a body of governmental representatives such as

³⁹ See K. Zemanek, "The Unilateral Enforcement of Obligations", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1987), pp. 32 and 37-38, on this issue and in general, for a particularly illuminating analysis of the structure of the International Law Commission's handling of primary and secondary rules, the place and limits of countermeasures (reprisals) therein, and a proper view of "self-contained" regimes.

⁴⁰ See, for example, E. Jiménez de Aréchaga, "Crimes of States, *Jus Standi* and Third States", in Weiler, Cassese, Spinedi, *op. cit.* (footnote 15 above), p. 255.

produced the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations.⁴¹

With all this in mind, the Commission decided at its forty-seventh session not to reopen the discussion of Part One and reconsider the questions posed by article 19. The Commission also decided not to postpone the consideration of the consequences of article 19 to a second reading when both article 19 and the consequences could have been considered together, as suggested by then Professor, now Judge, Vereschetin when he was Chairman of the International Law Commission at its forty-sixth session. Instead, the Commission decided to treat article 19 as a given for the purposes of completing the first reading of Parts Two and Three. Part One was argued to have been completed on first reading in 1976.

In considering the consequences of article 19 for Parts Two and Three, the Commission had before it the proposals of Professor Riphagen, the results of its preliminary consideration of the Riphagen proposals and the far more extensive and ambitious proposals put forward by Professor Arangio-Ruiz.

Professor Riphagen and Professor Arangio-Ruiz were in agreement in large measure that the substantive consequences of a "crime" and a "delict" were largely the same. Professor Arangio-Ruiz also agreed in large measure with Professor Riphagen's proposals for instrumental consequences. Professor Arangio-Ruiz, however, also recommended the creation of a complex regime for handling accusations that a "crime" had been committed by a State. He proposed that the General Assembly and the Security Council be authorized to decide whether "... the allegation is sufficiently substantiated as to justify the grave concern of the international community..." and if it so decided, States Members of the United Nations party to the State responsibility convention could "bring the matter to the International Court of Justice by unilateral application for the Court to decide by a judgement whether the alleged international crime has been or is being committed. ...". States were to be barred from taking countermeasures until this matter was decided, though they were to be permitted to take "... such urgent, interim measures as are required to protect the rights of an injured State or to limit the damage..." subject to the requirement of proportionality.⁴²

⁴¹ General Assembly resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970.

⁴² G. Arangio-Ruiz, eighth report on State responsibility, document A/CN.4/476 and Add.1 and Corr.1.

Professor Arangio-Ruiz's complex scheme was not endorsed by the Commission which in turn led Professor Arangio-Ruiz to resign as Special Rapporteur.⁴³

The reasons Professor Arangio-Ruiz's proposals were not accepted included but were not limited to the fact: that some members thought aspects of it were contrary to the Charter; that given the length of time it would take for a matter to be handled by the General Assembly or the Security Council and then the International Court of Justice it was impractical; the unfairness of putting greater hurdles in the way of countermeasures against a "crime" than in response to a "delict"; the unlikelihood that States would be prepared to accept the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice in the extremely sensitive area of so-called crimes.

The regime finally adopted by the Commission for dealing with the particular consequences of an act denominated as a "crime" is contained in articles 51, 52 and 53, which in turn affect articles 43 and 45.⁴⁴ Article 40, moreover, provides that all States may be regarded as injured States when the right which was infringed by the act of a State "has been created or is established for the protection of human rights and fundamental freedoms"; and "if the internationally wrongful act constitutes an international crime...".

Article 52 removes two limitations on the right of the injured State to restitution in kind when the internationally wrongful act is a "crime", namely, where the burden on the wrongdoing State is disproportionate to the benefit to the injured State and where restitution in kind would jeopardize the political independence or economic stability of the wrongdoing State would be jeopardized.

The other consequence of the internationally wrongful act being denominated a "crime" would be that all States would be obligated:

(a) not to recognize as lawful the situation created by the "crime";

(b) not to render aid or assistance to the State which has committed the "crime" in maintaining the situation so created;

(c) to cooperate with other States in carrying out the obligations under sub-paragraphs (a) and (b) above; and

(d) to cooperate with other States in the application of measures designed to eliminate the consequences of the "crime".

⁴³ See documents A/CN.4/SR.2436 and 2438.

⁴⁴ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 142-143 and 146.

The totality of the consequences derived from denominating a wrongful act as a "crime" do not, in the writer's opinion, amount to a compelling case for maintaining the distinction. The *a contrario* implications *vis-à-vis* other *erga omnes* obligations, moreover, are seriously disturbing. By the very application of these consequences to "crimes", the Commission appears to be denying them to other *erga omnes* violations as well as other situations of wrongful acts to which at least some of them ought to apply. What possible reason could exist for not applying most if not all of these consequences to all *erga omnes* violations?

Finally, there is the question as to whether it is necessary to have a regime for determining if a particular wrongful act is a "crime". The consequences of denominating a wrongful act a "crime" as set out in articles 51 and 52 do not seem to require a special regime, both because they are not so significant and because they arise only at the award stage after a determination. A plausible case can, however, be made that, although States are free to take the measures contained in article 53, if they are to be obligated to take such steps, an authoritative prior determination would be extremely helpful, if not essential. The problems in elaborating a regime that States could reasonably be expected to accept and that could issue a determination which would be effective for all States are enormous. Are the provisions of article 53 in their present form, or in any form, necessary?

These questions, like so many others, raise the issue as to whether the category of "crimes" is necessary. This issue in this context should be answered in light of the question whether there are acts that the international community would denominate as "crimes" which are not also a threat to the peace, a breach of the peace or an act of aggression. If the acts constitute threats to the peace or more, they provide a basis for action by the Security Council, including the action provided for by article 53 as well as more rigorous action. If this does not convince the proponents of the notion of "crime" to drop the idea, thought will need to be given to whether it is necessary or possible to create a mechanism for determining whether a "crime" has been committed which in no way, legally or practically, cuts across the authority and ability of the United Nations to act under Chapter VII of the Charter.

Conclusion

There is no basis in State practice for distinguishing between "delicts" and "crimes". There does not, in the view of the writer, seem to be any logically or politically compelling reason to create such a distinction. Nothing in the Commission's work on the consequences of a breach appears sufficiently significant to compel the creation of a new category

of wrongful acts. Indeed, the creation of such a category, in addition to not producing any compelling positive result, raises problems concerning, *inter alia*, the treatment of *erga omnes* violations.

The timely views of States as expressed in the General Assembly and in written comments should address themselves to a number of important questions posed by the Commission's now completed draft articles on State responsibility. The question of "crimes by States" is one of the areas on which such comments are essential. In addition to, or as part of the comments on the utility of retaining the notion of "crimes by States", it would be helpful if the comments addressed the general question of the consequences of denominating an act as criminal and the specific question of whether there should be punitive damages as suggested by the then Special Rapporteur Professor Ago, and if so, who should be empowered to so determine.

The Commission is likely to pay heed to such comments as it has to those submitted in response to first drafts on other topics, most currently the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. It is only by a positive interaction between States and the Commission that viable answers will emerge to the question whether there should be a qualitative distinction among internationally wrongful acts and the other key question raised by the draft presented by the Commission.

VIVE LE CRIME ! REMARQUES SUR LES DEGRÉS DE L'ILLICITE EN DROIT INTERNATIONAL

Alain Pellet

1. Le 6 juillet 1976, la Commission du droit international adoptait à l'unanimité le texte de l'article 19¹ de la première partie de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats². Ainsi se trouvait consacrée la distinction entre les « crimes » d'une part, et les « délits » internationaux d'autre part. En dépit des critiques de la doctrine conservatrice et malgré de vives pressions de certains de ses membres et de quelques Etats, minoritaires mais influents, au sein de l'Assemblée générale, pour qu'elle renonce à la distinction³, la Commission l'a fermement maintenue en 1996, lorsqu'elle a adopté la seconde partie de son projet d'articles, dont le chapitre V est consacré aux conséquences des « Crimes internationaux »⁴.

De très fortes raisons, tant théoriques⁵ que pratiques, militent en faveur du maintien de la distinction entre deux catégories distinctes

¹ Alors article 18.

² *Annuaire...* 1976, vol. I, p. 256.

³ Ces pressions se sont traduites par un compromis que reflète la résolution 50/45 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1995 et appelant la Commission à « reprendre ses travaux concernant le projet d'articles sur la responsabilité des Etats de manière à ce que la première lecture puisse être achevée [en 1996] en tenant compte des opinions divergentes exprimées au cours du débat qui s'est déroulé sur le sujet à la Sixième Commission afin que des approches alternatives puissent être développées en cas de besoin ». Les « opinions divergentes » auxquelles fait allusion l'Assemblée concernent le bien-fondé de la distinction entre crimes et délits et les « approches alternatives » qu'elle suggère auraient consisté, pour la Commission, à rédiger la seconde partie de son projet concernant le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité, en distinguant deux hypothèses : le maintien de cette distinction ou sa suppression.

⁴ Articles 51 à 53. Voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n°10 (A/51/10)*, pp. 188-206.

⁵ La littérature consacrée aux crimes internationaux de l'Etat est considérable. On se bornera à mentionner J. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, édit., *International Crimes of State — A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin-New York, W. de Gruyter, 1989, 368 p. et à renvoyer à la littérature citée par Gaetano Arangio-Ruiz dans son cinquième rapport (document A/CN.4/453 et Add.1 à 3) et P. M. Dupuy, « Responsabilité et légalité » in Société française pour le droit international, Colloque du Mans, *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pédone, 1991, note 13, pp. 268-269.

de faits internationalement illicites, même si l'on peut éprouver quelque doute sur le bien-fondé des exemples dont la Commission a cru devoir assortir sa définition (I). En revanche, les appellations retenues, dont la connotation pénaliste est trompeuse, les conséquences que la deuxième partie du projet d'articles de la Commission du droit international tire de cette nécessaire distinction et les incertitudes qui en résultent quant à l'unicité ou à la diversité du régime juridique des crimes risquent d'être source de confusions auxquelles on veut espérer qu'il sera porté remède à l'occasion de la seconde lecture du projet (II).

I.

2. L'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats est ainsi rédigé :

« 1. 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.

« 2. Le fait illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international.

« 3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 et d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter :

« a) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression;

« b) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale;

« c) d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid;

« d) d'une violation grave d'une obligation essentielle pour la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.

« 4. Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international »⁶.

Autant la construction intellectuelle résultant des paragraphes 1, 2 et 3 de cette disposition ne mérite pas les critiques, parfois acerbes, dont elle a fait, et continue de faire l'objet et autant les problèmes posés par la détermination des crimes internationaux paraissent surmontables, autant les exemples donnés au paragraphe 3 semblent discutables dans leur principe et dans leur énoncé.

*

3. La codification du droit de la responsabilité internationale entreprise par la Commission du droit international depuis le milieu des années 1950⁷ a été l'occasion d'une réflexion sans précédent sur le concept même de responsabilité internationale de l'Etat, dont le sens et la portée ont été précisés de manière remarquablement novatrice.

Dans la conception dominante classique, toujours défendue par une partie de la doctrine, tout particulièrement en France, « [l]a responsabilité consiste [...] dans une obligation de réparer le dommage »⁸. Dans son deuxième rapport, Ago opposait cette définition à celle selon laquelle la responsabilité serait définie par le droit de réagir qui en résulterait au profit de la victime de l'acte illicite et il se prononçait en faveur d'une voie moyenne combinant les deux approches et empruntant à chacune⁹. Très logiquement, il en déduisait une définition très générale de la responsabilité, terme qui désignerait « l'ensemble des relations juridiques nouvelles auxquelles un fait internationalement illicite d'un Etat peut donner naissance »¹⁰. Pour la « vérité historique », on peut relever que le Rapporteur spécial ne prenait pas le contre-pied de la thèse traditionnelle : il définissait toujours la res-

⁶ Le projet d'articles sur la responsabilité des Etats adopté en première lecture par la Commission du droit international est reproduit dans le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, pp. 148-172.

⁷ Un premier Rapporteur spécial, F. V. Garcia-Amador a été nommé en 1955; celui-ci a rédigé six rapports sur le sujet de 1956 à 1961. Ce n'est cependant qu'à partir de 1969 que, sous l'impulsion de R. Ago, la Commission s'est engagée dans une vigoureuse réflexion en profondeur sur la notion même de responsabilité en droit international.

⁸ Jean Combacau in J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1995, p. 535. Dans le même sens, voir également, G. Cottereau, « Système juridique et notion de responsabilité », in Société française pour le droit international, *op. cit.* (*supra* note 5), pp. 3-90, not. pp. 21-22.

⁹ *Annuaire... 1970*, vol. II, pp. 193-195, par. 16 à 18.

¹⁰ Troisième rapport, *Annuaire... 1971*, vol II (première partie), p. 213, par. 19.

ponsabilité par ses conséquences; simplement — mais c'était déjà une avancée considérable —, il élargissait celle-ci en se gardant de les limiter à l'obligation de réparer.

Cette approche continue à imprégner nombre de dispositions adoptées ultérieurement par la Commission du droit international et d'abord l'intitulé même des deux premières parties de son projet qui opposent l'« Origine » (première partie) aux « Contenu, formes et degrés » de la responsabilité internationale (deuxième partie), ce qui paraît bien impliquer que les obligations *résultant* du fait internationalement illicite constituent le « contenu » même de la responsabilité.

4. On peut, et l'on devrait sans doute, aller plus loin dans le sens de l'« objectivisation » de la responsabilité qui est la situation même engendrée par le manquement, sans qu'il soit besoin, à ce stade, de se préoccuper des conséquences de cette situation qui, à la limite, peut n'en produire aucune. C'est du reste ce qui résulte du texte du célèbre article premier du projet d'articles :

« Tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale ».

La responsabilité est la situation résultant du fait internationalement illicite. A son tour, elle produit, le cas échéant, des conséquences : obligations de cesser le comportement illicite, de réparer et de donner des assurances et des garanties de non-répétition pour l'Etat responsable, droit de prendre des contre-mesures pour l'Etat ou les Etats lésés. Après tout, lorsque je grille un feu rouge, je suis responsable, du seul fait que j'ai violé une obligation juridique, que mon acte ait ou non causé un dommage, qu'un gendarme se soit ou non trouvé là pour verbaliser.

Cette conception « objective »¹¹ de la responsabilité témoigne des progrès — relatifs — de la solidarité internationale. Dans une société où les souverainetés étaient juxtaposées et où la notion même de « communauté » internationale n'avait aucune place, la responsabilité pouvait, sans inconvénient, être conçue sur un fondement purement inter-subjectif, c'est-à-dire être définie par les effets qu'elle produit dans les relations des Etats entre eux. Ceci n'est plus possible dès lors que l'on admet que le droit n'est plus seulement le garant de l'indépendance des Etats, mais est aussi le reflet et le gage de leur inter-

¹¹ « Objective » en ce qu'elle s'oppose à la conception inter-subjective traditionnelle, mais elle ne doit pas être confondue avec la responsabilité sans manquement au droit, dont le fait générateur est le risque ou le dommage et qui fait l'objet d'un autre sujet étudié par la Commission du droit international sous le titre : « Responsabilité pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ».

dépendance et de leurs intérêts communs, dont la « communauté internationale », aussi imparfaite soit-elle, est le dépositaire¹².

5. Que l'on retienne la position de compromis présentée par Ago¹³ ou celle, plus radicale, retenue ici, l'analyse du régime de la responsabilité internationale s'en trouve nécessairement modifiée. D'une part, ses conséquences cessent d'être univoques (obligation de réparer) et comprennent, d'une façon plus générale (et correspondant mieux à l'observation de la réalité), l'ensemble des réactions à l'illicite reconnues en droit international¹⁴, y compris le droit pour les Etats lésés de prendre, à certaines conditions, des contre-mesures¹⁵. D'autre part, il devient logique et, à vrai dire, inéluctable, de distinguer deux catégories de faits internationalement illicites : ceux qui concernent uniquement les relations de certains Etats entre eux et qui ne mettent pas en cause les fondements mêmes sur lesquels repose la fragile intégration de la société internationale en une communauté véritable, d'une part; ceux qui, au contraire, menacent les intérêts fondamentaux de celle-ci, d'autre part.

Malgré une thèse souvent soutenue, il n'y a pas là une simple différence de degrés¹⁶ entre ces deux catégories de faits internationalement illicites, mais, bel et bien, une différence de nature : par leur nature même, les premiers mettent en cause les seuls intérêts des Etats concernés, alors que les seconds atteignent la société internationale des Etats (et, peut-être, des individus — c'est alors d'« humanité » qu'il faut parler) dans son ensemble. Ceci justifie la distinction entre deux formes, bien différentes, de responsabilités, ayant des conséquences et des régimes juridiques nettement séparés.

Ce n'est pas là pure argutie théorique. Qui ne voit qu'entre un génocide et la violation banale d'une clause d'un traité de commerce entre deux Etats, il n'existe pas de commune mesure ? — sinon une : l'un et l'autre sont à l'origine de la responsabilité de l'Etat auquel le

¹² Sur le concept juridique de communauté internationale et ses effets dans le domaine de la formation du droit, voir Ch. Tomuschat, « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *Recueil des cours...* 1993-IV, vol. 241, pp. 195-374, *passim* et, plus particulièrement, pp. 232-240.

¹³ Même si elle a paru à certains très « révolutionnaire » au moment où elle a été présentée. Prosper Weil, qui l'interprète de manière sans doute trop radicale, la qualifie encore d'« approche révolutionnaire » (« Le droit international en quête de son identité — Cours général de droit international public », *Recueil des cours...* 1992-VI, vol. 237, p. 339).

¹⁴ Voir *supra* n° 4.

¹⁵ Curieusement, les Etats et les auteurs qui sont le plus favorables à l'extension du droit de riposter à l'illicite par des contre-mesures sont aussi les plus réticents pour admettre le bien-fondé des nouvelles approches de la responsabilité, seules susceptibles, pourtant, d'en justifier l'usage au plan théorique.

¹⁶ A cet égard également (voir *supra* n° 3), l'intitulé de la deuxième partie du projet d'articles de la Commission du droit international est critiquable.

comportement illicite peut être attribué. Mais, au-delà, c'est-à-dire en ce qui concerne les conséquences de ces actes, il est clair qu'elles doivent être, et qu'elles sont, soumises à deux régimes, distincts, de responsabilité : le non-respect de la clause commerciale, pour regrettable qu'elle soit, comme tout manquement au droit, n'a d'incidences que dans les rapports des Etats parties au traité la contenant; le génocide, lui, ébranle les fondements mêmes de la société internationale contemporaine.

6. Une objection peut cependant venir à l'esprit : plutôt que la nature de l'obligation violée, n'est-ce pas son degré de généralité et d'opposabilité qui explique la différence entre les deux formes de responsabilité qui en découlent ? En d'autres termes, la différence — qu'aucun esprit sensé ne peut déceimment nier — entre la responsabilité encourue pour le manquement à des obligations à la charge de l'Etat en matière commerciale, d'une part, et pour un génocide, d'autre part, ne tient-elle pas à la nature *erga singulum* (ou *singulos*) du premier et *erga omnes* du second, sans qu'il soit besoin de recourir à des catégorisations différentes des deux faits internationalement illicites ? Après tout, comme l'a relevé la Cour internationale de Justice dans son célèbre *dictum* de 1970 :

« Une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »¹⁷.

Toutefois, s'il n'est pas douteux que les crimes, au sens de l'article 19 du projet d'articles de la Commission du droit international, constituent des violations d'obligations *erga omnes*, la réciproque n'est pas exacte. 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. C'est que, si la règle confère bien des droits à tous les Etats, elle n'est pas d'une importance « essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble ». Sa violation est, certes, contraire à un droit qui appartient à tous, mais elle n'affecte que celui qui en est la victime et la solidarité internationale est insuffisante pour que, dans l'état actuel de son développement, le

¹⁷ Arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête, deuxième phase), C.I.J. Recueil 1970, p. 32.

droit international puisse tirer des conséquences particulières du non-respect de l'obligation *erga omnes*, ce qui reviendrait en pratique à faire de la coutume générale un *jus cogens* généralisé.

Il est vain, à cet égard, de tenter de transposer dans la sphère internationale les mécanismes juridiques existant dans les droits internes : à la différence des collectivités nationales, fortement intégrées, où l'application de la contrainte est concentrée aux mains de l'appareil étatique, la société internationale est caractérisée par la faiblesse relative des solidarités et par la décentralisation de la contrainte. Les réflexes communautaires y sont trop embryonnaires pour que tous les Etats aient le sentiment d'une atteinte à un « intérêt juridique » du seul fait que toute règle de droit, quelle qu'elle soit, est violée¹⁸. C'est peut-être regrettable, mais c'est ainsi; et la notion de crime international, qui traduit l'affleurement, dans l'ordre international, de sentiments communautaires, ne saurait envahir tout le champ de la responsabilité internationale; elle est sans doute appelée à s'y développer à mesure que s'affirmeront les solidarités entre Etats, mais, pour l'heure, elle ne peut caractériser qu'un très petit nombre de faits internationalement illicites qui sapent les fondements mêmes de cette communauté naissante¹⁹.

C'est donc à très juste titre que la Commission du droit international, dans la définition du crime donnée à l'article 19, paragraphe 2. de son projet, met l'accent sur le caractère « essentiel » de l'obligation violée « pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble ». Et il n'est pas sans intérêt de relever que, ce faisant, elle rejoint la Cour internationale de Justice qui, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a semblé n'admettre une « *actio popularis* » que si les droits en cause présentaient une « importance » exceptionnelle²⁰. Le qualificatif s'ajoute légitimement au quantitatif : il ne suffit pas que l'obligation violée soit *erga omnes*, il faut encore qu'elle soit d'une importance « essentielle » pour tous.

*

7. Ceci pose, de façon aiguë, la question de la détermination de ces obligations. Quoiqu'on en ait dit, le projet d'article 19 va aussi loin qu'il est possible dans la précision à cet égard et l'on a beau ironiser

¹⁸ *Contra* : G. Arangio-Ruiz, qui, dans son deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, estime que toute violation d'une obligation internationale entraîne un « dommage juridique » (*Annuaire... 1989*, vol. II (première partie), p. 6, par. 14). Si cela était le cas, tous les Etats seraient lésés par la violation de n'importe quelle norme du droit international général.

¹⁹ Voir en ce sens R. Ago, cinquième rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire... 1976*, vol. II (première partie), p. 55, par. 147-148.

²⁰ Voir *supra* note 17.

sur son caractère tautologique, la double précision selon laquelle 1° la norme violée doit être « essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale »; et 2° sa violation doit être reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble, est suffisante pour déterminer si un fait internationalement illicite constitue un crime.

Sans doute, ceci laisse-t-il une part non négligeable à la subjectivité de l'interprète. Mais l'incertitude n'est pas plus grande que celles de quantités de notions reçues et constamment appliquées en droit international. On n'ose évoquer ici le *jus cogens*, dont la définition, donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne inspire très visiblement celle du crime international²¹ et fait l'objet du même genre de critiques — et tout aussi infondées. Mais il suffit de penser à des notions aux contours aussi flous que celles de *due diligence* ou de « standard minimum », dont l'incertitude n'a jamais empêché l'application, tant il est vrai que le droit international est affaire d'esprit de finesse plus que de géométrie. De même, on ne reproche pas à l'Article 38, paragraphe 1.c), du Statut de la Cour internationale de Justice de définir la coutume comme « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »²². Pourquoi serait-il plus dangereux ou plus inacceptable de définir le crime (ou la norme impérative) en fonction de sa reconnaissance comme tel par la communauté internationale dans son ensemble ? Tout au plus peut-on regretter la contraction de la formule de l'article 19 du projet d'articles par rapport à celle de l'article 53 de la Convention de 1969 qui a le mérite de préciser que cette communauté est celle « des Etats »; mais, à vrai dire, dans le monde tel qu'il est, cela va presque de soi, et il est, de toutes manières, aisé de revenir sur cette omission lors de la seconde lecture du projet d'articles.

8. Sans doute aussi, n'existe-t'il aucun mécanisme institutionnel chargé d'effectuer cette détermination. Mais ceci est la règle générale dans l'ordre international où, en l'absence d'organe investi du pouvoir de dire le droit, c'est à chaque Etat qu'il appartient d'apprécier les manquements au droit en ce qui le concerne²³. Toutefois, si

²¹ Voir d'ailleurs les références constantes au *jus cogens* durant les travaux préparatoires de l'article 19, notamment dans le cinquième rapport de R. Ago (*supra* note 19, pp. 33-34, par. 98-99, et pp. 55-56, par. 149-152) et dans le Rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire... 1976*, vol. II (deuxième partie), pp. 94-95, par. 16-18.

²² « Acceptée » par qui ? l'article 38 ne le précise pas. Le projet d'article 19 est plus précis sur ce point.

²³ « Dans l'état actuel du droit international général [...], chaque Etat apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres Etats » (sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (Etats-Unis d'Amérique/France)*, RSA, vol. XVIII, p. 483).

cette carence est « théoriquement normale », elle est difficilement acceptable dès lors que les intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble sont en cause : il semble logique et nécessaire que l'existence d'un crime soit appréciée le plus objectivement possible par un tiers impartial, dans l'intérêt tant de la ou des victimes que de l'Etat qui serait injustement accusé d'un tel comportement.

On peut, il est vrai, relever que les Nations Unies, dont on peut légitimement considérer qu'elles représentent la communauté internationale organisée, sont dotées de moyens de constatation et de répression des manquements les plus graves au droit international. C'est ce qui avait conduit le Professeur Arangio-Ruiz à préconiser, dans son septième rapport sur la responsabilité des Etats, le recours à un mécanisme compliqué de détermination de l'existence des crimes internationaux, qui aurait fait intervenir l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et la Cour internationale de Justice²⁴. Trop lourd, trop lent, probablement incompatible avec la Charte, ce mécanisme a été écarté par la Commission.

Il n'en reste pas moins que la constatation d'un crime et sa sanction peuvent certainement être le fait des organes des Nations Unies²⁵. On peut estimer en particulier que le Conseil de sécurité a le monopole de la constatation d'une agression et en tout cas de sa répression. De même, à de nombreuses reprises depuis 1990, le Conseil de sécurité a constaté certains manquements graves au droit international humanitaire tant par des Etats que par des individus. En soi, ces constatations ne sont pas critiquables ; mais elles sont aléatoires en ce sens que la saisine du Conseil est elle-même incertaine et que, saisi, il peut refuser de prendre une décision ou en être empêché par le veto de l'un de ses membres permanents. En d'autres termes, il peut, de façon incidente, contribuer à l'application du droit international et constater l'existence d'un crime lorsqu'il s'acquitte de sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, mais là n'est pas sa fonction et son hypothétique intervention laisse entière la question générale de la détermination des crimes internationaux.

9. C'est ce qui a conduit un groupe important de membres de la Commission du droit international à suggérer, lors de sa quarante-

²⁴ Document A/CN.4/469, pp. 39-42, par. 100-112 et Add.1, p. 4.

²⁵ Voir à cet égard les développements consacrés par R. Ago au « fait que la Charte des Nations Unies rattache des conséquences spécialement déterminées à la violation de certaines obligations internationales » (cinquième rapport, *supra* note 19, p. 33, par. 98 et pp. 35-36, par. 102-105).

huitième session²⁶, d'insérer dans le projet un article prévoyant à la charge des Etats parties à un différend concernant l'existence d'un crime de recourir au tribunal prévu par la troisième partie du projet pour arbitrer les différends relatifs aux contre-mesures²⁷. Cette proposition s'inspirait des mêmes nécessités que celles qui sont à l'origine de l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁸, qui confie à un tribunal arbitral ou à la Cour internationale de Justice compétence pour trancher les différends relatifs à l'existence ou à l'application d'une norme de *jus cogens*. En outre, pour éviter les excès, cette proposition prévoyait un « filtre » par une commission de conciliation, dont l'intervention était destinée à éviter à un Etat accusé à tort de crime l'opprobre d'un procès injustifié.

Pour des raisons obscures²⁹, la Commission a décidé de ne pas se prononcer dans l'immédiat sur cette proposition qui a cependant le mérite, au même titre que l'article 66 de la Convention de Vienne, d'instituer un mécanisme impartial de détermination d'institutions juridiques dont la mise en œuvre intéresse la communauté internationale dans son ensemble. On ne peut qu'espérer que, comme la Commission du droit international l'a d'ailleurs prévu, le problème sera réexaminé en seconde lecture et qu'il sera remédié à la grave lacune dont le projet est actuellement entaché.

10. Il n'est pas douteux que le problème de la détermination des crimes se pose dans les mêmes termes que celle des règles de *jus cogens* — à tel point que l'on peut se demander s'il ne serait pas plus simple de définir le crime international comme la violation d'une norme impérative du droit international général³⁰, tant est évidente la parenté entre les deux notions.

Dans son rapport de 1976, la Commission du droit international a estimé que, « s'il peut être vrai que le manquement à une obligation établie par une règle de *jus cogens* constituera souvent un crime international, on ne peut cependant pas nier que la catégorie des obligations internationales pour lesquelles aucune dérogation n'est admise

²⁶ Document ILC (XLVIII)/CRD.4/Add.I. Voir aussi le commentaire de l'article 51 du projet d'articles dans le Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 190, par. 9-12.

²⁷ Articles 58 à 60.

²⁸ Voir déjà en ce sens le cinquième rapport de R. Ago, *supra* note 19, p. 56, par. 152.

²⁹ Voir les comptes-rendus des séances des 11 et 12 juin 1996, documents A/CN.4/SR.2458 et 2459.

³⁰ En ce sens, voir I. Brownlie, *Principles of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 415 et suiv., ou P. M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *Recueil des cours... 1984-V*, vol. 188, p. 56, ou Dupuy, *op. cit.* (*supra* note 5), p. 270.

est plus vaste que celle des obligations dont la violation est nécessairement un crime international »³¹. Cette affirmation n'est que partiellement éclairée par le cinquième rapport de Roberto Ago, qui, dans un passage passablement obscur, explique que « [t]ous les crimes ne sont pas égaux et ne justifient pas des châtements égaux. [...] On ne saurait voir un véritable crime international dans une pratique discriminatoire ou dans une atteinte à la libre utilisation d'un bien commun de l'humanité que si ces faits revêtent une gravité particulière, car l'on peut imaginer toute une gamme d'hypothèses d'importance diverse »³². Indépendamment du caractère discutable de l'emploi du mot « châtement »³³, cette « explication » est doublement critiquable. En premier lieu, elle postule l'hétérogénéité du régime juridique des crimes³⁴. En second lieu, elle traduit une conception excessivement extensive de la notion même de *jus cogens*; si la discrimination est certainement interdite en droit international, seule sa pratique systématique, comme dans le cas de l'apartheid, tombe sous le coup d'une norme impérative; de même, il est fort douteux que la notion de patrimoine commun de l'humanité constitue, par elle-même, un principe de *jus cogens*. Ici encore, il convient de manier avec précaution et modération des concepts « communautaristes » qui, dans une société internationale encore très peu intégrée, ne sauraient constituer que des exceptions rarissimes, mais appelées à devenir plus nombreuses avec les progrès de la solidarité internationale.

11. Toutefois, si les raisons avancées en 1976 pour distinguer crimes internationaux et violations du *jus cogens* ne convainquent pas, il en est une autre, mieux fondée : les normes impératives du droit international général constituent le « soubassement » juridique de la société internationale, son « ordre public »; de ce fait, elles incluent toutes les normes « socialement indispensables » soit pour des raisons relevant de la morale minimale maintenant universelle comme l'interdiction du génocide ou de l'agression, soit parce que, comme le principe *pacta sunt servanda*, elles sont « logiquement impératives ». Mais il est bien évident que toute violation de cette seconde catégorie de normes impératives ne constitue pas un crime, faute de quoi la violation de tout traité serait « criminelle ».

L'objection est cependant plus théorique que réelle et elle serait surmontée si on limitait la définition des normes impératives à celles qui sont « socialement nécessaires » et acceptées comme telles par la communauté internationale dans son ensemble. Bien qu'elle ne découle pas de la définition de l'article 53, cette limitation paraît con-

³¹ *Annuaire... 1976*, vol. II (deuxième partie), p. 111, par. 62.

³² Voir cinquième rapport (*supra* note 19), p. 56, par. 150.

³³ Voir *infra* n° 18.

³⁴ Voir *infra* n° 29-30.

forme à la tendance doctrinale dominante et le moment est sans doute venu de se demander s'il ne serait pas plus simple, plus logique, et plus efficace de définir le crime international de l'Etat comme la violation d'une norme de *jus cogens*. Cet inflexionnement aurait en outre le double mérite de renforcer et de stabiliser les définitions des deux concepts qui se complèteraient mutuellement : il deviendrait clair qu'une norme ne pourrait être considérée comme impérative que si sa violation est reconnue comme un crime par la communauté internationale dans son ensemble, ce qui pourrait être de nature à rassurer tous ceux qui dénoncent les risques d'extension abusive de la notion de *jus cogens*; à l'inverse, le concept de crime « bénéficierait » du statut, maintenant acquis, du concept de norme impérative, notion « dissuasive » qui, malgré les craintes exprimées par certains Etat, n'a donné lieu à aucun abus depuis sa consécration en 1969³⁵.

*

12. Il faut bien reconnaître qu'en revanche l'énumération des crimes internationaux de l'Etat figurant au paragraphe 3 de l'article 19 du projet d'articles de la Commission du droit international³⁶ n'est guère appropriée et suscite quantité d'objections et de critiques.

Comme l'a écrit récemment le Professeur Prosper Weil³⁷ : « Ces exemples [...] comportent plusieurs niveaux d'incertitude et accumulent imprécision sur imprécision. Ce ne sont, tout d'abord, que de simples exemples, sans aucun caractère exhaustif (« un crime international peut *notamment* résulter... »). Bien mieux : à l'intérieur de chaque catégorie d'exemples est inséré un autre exemple (« une violation grave... comme celle... »), lui aussi purement illustratif. [...] En second lieu, les exemples donnés font appel à des concepts eux-mêmes largement ouverts et indéterminés : violation « grave » (quantitativement ou qualitativement ?); violation « à une large échelle »; obligations « d'importance essentielle »; « agression » (agression armée ou également agression économique ?) »³⁸.

³⁵ Comme l'a écrit Ian Brownlie à propos du *jus cogens*, « [t]he vehicle does not often leave the garage » (« l'engin ne quitte pas souvent le garage ») (in A. Cassese and J. Weiler, édit., *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, de Gruyter, 1988, p. 110). Il est de l'essence même du caractère impératif des normes de *jus cogens* de n'avoir pas à manifester leurs effets; elles sont au droit ce que la dissuasion nucléaire est à la sécurité : conscients de leurs effets radicaux (nullité absolue des traités contraires, crimes), les Etats les respectent « naturellement ».

³⁶ Voir *supra* n° 2.

³⁷ Dont l'auteur de la présente contribution est très loin de partager par ailleurs la franche hostilité à l'égard de la notion même de crime international.

³⁸ Weil, *op. cit.* (*supra* note 13), pp. 297-298. Voir aussi les critiques, plus modérées, de P. M. Dupuy, « Observations sur le crime international de l'Etat », *RGDIP*, 1980, t. 84, p. 463-467.

Le second argument relève d'une conception du droit trop rigide : le qualitatif ne saurait être exclu de la sphère du droit qui n'est ni une science exacte ni un assemblage de normes abstraites et qui s'accommode de règles renvoyant à la subjectivité de l'interprète en fonction des circonstances³⁹. La première critique de l'éminent auteur n'est, en revanche, que trop fondée et il est, en effet, extrêmement discutable de faire figurer dans un texte à vocation normative des « exemples » de l'institution juridique dont il s'agit de réglementer le régime et, plus encore, d'assortir les exemples de « sous-exemples ». Ceci est d'autant plus regrettable en l'espèce que, comme tout projet de la Commission du droit international, celui consacré à la responsabilité des Etats fait l'objet de commentaires où des illustrations eussent parfaitement eu leur place.

De deux choses l'une en effet : ou bien l'on établit un projet d'accord cadre et l'on se borne à décrire les règles secondaires qui sont l'objet même de la responsabilité internationale, ou bien l'on rédige un « code des crimes internationaux », ce qui est tout à fait envisageable⁴⁰, mais celui-ci doit être alors exhaustif et refléter effectivement le droit en vigueur. Le « code-croupion » constitué par le paragraphe 3 de l'article 19 ne répond ni à l'une, ni à l'autre de ces exigences.

13. En procédant comme elle l'a fait en première lecture, la Commission se condamne non seulement à être incomplète, mais aussi à figer un droit en devenir dans une formalisation prématurée. Comme l'a indiqué la Commission du droit international en 1976, « [d]es faits internationalement illicites qui ne sont pas considérés comme des crimes par le droit international d'aujourd'hui pourront manifestement l'être sur la base du droit international de demain »⁴¹ et, à l'inverse, on peut envisager, même si c'est moins probable, qu'un comportement qui apparaît aujourd'hui comme un crime perde ce caractère à l'avenir, alors que la notion même de crime est, pour sa part, inhérente à l'existence de la société internationale.

Ceci est tout particulièrement évident si l'on garde présents à l'esprit les rapports étroits qui existent entre les notions de crime et de *jus cogens*⁴². De même que l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969 réglemente les effets de la « survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général » sur les traités en vigueur, de même il faut admettre qu'un tel événement entraînera l'existence

³⁹ Cf. en droit interne, les notions de « bonnes mœurs » ou de « gestion de bon père de famille » ou, en droit international, celles de *due diligence* (voir *supra* n° 7) ou d'« infraction grave » au droit humanitaire.

⁴⁰ Encore que prématuré — voir *infra* n° 13 et 14.

⁴¹ *Annuaire...* 1976, vol. II (deuxième partie), p. 111, par. 64.

⁴² Voir *supra* n° 10 et 11.

de nouvelles catégories de crimes ou l'élargissement de la définition de celles qui existent.

Il convient, à cet égard, de se garder de tout effet de mode en qualifiant de crime un comportement certes contraire au droit international mais ne présentant pas ce caractère au regard de la définition stricte retenue par la Commission, qui exige, à juste titre, une reconnaissance par la communauté internationale dans son ensemble. En procédant ainsi, on fait peser même sur le concept même de crime le soupçon immérité de n'être qu'un « gadget juridique » au service d'objectifs purement idéologiques et politiques, ce qu'il n'est pas.

14. Or, certains des exemples donnés par la Commission du droit international encourent de tels reproches. Encore faut-il, ici encore, savoir raison garder. Ainsi, l'agression constitue certainement l'archétype du crime international de l'Etat dans un monde qui a fait de l'interdiction du recours à la force armée l'un des fondements de la société internationale⁴³; on peut cependant s'interroger sur le caractère approprié de cet exemple dans un texte général de codification du droit de la responsabilité, tant la sanction de l'agression renvoie au droit de la Charte. De même, il est injustifié de reprocher à la Commission d'avoir négligé la violation des droits de l'homme⁴⁴: elle les mentionne parmi les crimes lorsqu'il s'agit de manquements à des droits fondamentaux qui se heurtent à la réprobation de la communauté internationale *dans son ensemble*. Et les critiques portant sur l'inclusion dans la liste des crimes des violations graves d'obligations essentielles pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁴⁵ ne sont pas davantage fondées — même si l'exemple donné (l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale), pour exact qu'il soit, ne présente plus guère, à l'heure actuelle, d'intérêt pratique: le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes fait aujourd'hui, sans aucun doute, partie de l'ordre public international dont la remise en cause constitue précisément un crime.

⁴³ Il n'en a pas toujours été ainsi et cette constatation met bien en évidence la relativité temporelle des crimes.

⁴⁴ Cf. P. Weil, qui s'offusque de ce que « [l']atteinte à la liberté d'expression, les arrestations arbitraires et la torture, le refus d'un procès équitable, par exemple ne seraient donc pas constitutifs d'un crime international, mais d'un simple délit, surtout s'il s'agit d'agissements pratiqués « à une petite échelle »... », *op. cit.* (*supra* note 13), p. 298. Aussi condamnables que soient ces manquements, ce ne sont, en effet, pas des crimes s'il s'agit de manquements commis exceptionnellement (« à petite échelle ») et l'on peut même se demander si certains d'entre eux — les atteintes à la liberté d'expression surtout — sont véritablement « reconnus » comme des crimes par la communauté internationale dans son ensemble. La morale minimale de la société internationale n'est pas forcément — pas encore ? — celle des esprits éclairés !

⁴⁵ *Ibid.*

En revanche, on peut avoir quelque doute sur le bien-fondé, en 1976 et peut-être même encore aujourd'hui, du quatrième exemple retenu par la Commission : la préservation de l'environnement humain est certes une préoccupation croissante de la communauté internationale, mais de là à « criminaliser » les comportements qui lui portent atteinte, fussent-ils « massifs », il y a un pas qu'il est sans doute aventureux de franchir, comme le montrent les tâtonnements de la Commission du droit international elle-même dans ses tentatives de codification du droit de la « responsabilité pour les conséquences préjudiciables des activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Il est du reste quelque peu paradoxal que les mêmes faits puissent apparaître à la fois comme des activités non interdites et comme des crimes internationaux... et si la piste ouverte par la Commission mérite peut-être d'être explorée, ce ne peut être qu'avec la plus grande prudence et en opérant des distinctions conceptuelles que néglige l'alinéa d) de l'article 19, paragraphe 3.

15. L'arbre ne doit pas cacher la forêt. Les critiques, dont certaines sont justifiées, que l'on peut adresser à l'article 19 dans sa rédaction actuelle, ne doivent, en aucune manière, conduire au retour en arrière que constituerait l'abandon de la distinction entre deux catégories, nettement différenciées, de faits internationalement illégitimes donnant les uns et les autres, mais différemment, lieu à responsabilité internationale. Ce serait revenir à l'idée que la société internationale demeure fondée sur la juxtaposition pure et simple de souverainetés dont le droit devrait se borner à assurer la coexistence. Or, si elle est très loin d'être « institutionnelle » au sens où l'entendent certains auteurs, elle n'est plus exclusivement « relationnelle »⁴⁶ comme l'attestent la « mondialisation » (ou la « globalisation ») et les solidarités plus profondes qu'elle traduit — pour le pire ou le meilleur... — et son ancrage juridique manifesté par les notions, en partie nouvelles, en tout cas nouvellement consacrées, de « communauté internationale », de *jus cogens* ou de crime international.

II.

16. Il est vrai que ce dernier concept susciterait peut-être moins d'incompréhensions et de réticences si le régime juridique des crimes internationaux de l'Etat était clairement défini. Or autant la définition donnée à l'article 19 du projet d'articles de la Commission du droit

⁴⁶ Sur cette distinction, voir notamment W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens, 1964, 410 p., ou R. J. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? » n° 1060, 1993, 128 p., ou « Communauté internationale et disparités de développement — Cours général de droit international public », *Recueil des cours... 1979-IV*, vol. 165, pp. 46-66.

international est globalement acceptable — sous réserve de la suppression du paragraphe 3 et d'aménagements rédactionnels —, autant le régime juridique des crimes envisagé par les articles 51 à 53 adoptés en première lecture en 1996 prête le flanc à la critique, au point d'ailleurs que, si l'on devait s'en tenir à ces dispositions, on pourrait s'interroger sur la pertinence de la distinction entre crimes et délits. Celle-ci se trouve d'ailleurs obscurcie par la terminologie même qu'a retenue la Commission et qui entache d'incertitude tout le régime juridique de la responsabilité en droit international en empruntant un vocabulaire pénaliste qui n'a pas sa place dans les relations entre Etats.

*

17. On a beaucoup dit et écrit que la responsabilité internationale présentait un caractère exclusivement civil. Comme toute analogie avec le droit interne, cette affirmation sans rigueur est trompeuse. Cette confusion tient à l'erreur de la doctrine traditionnelle qui limite la responsabilité internationale à l'obligation de réparer⁴⁷ : réduite à sa fonction « réparatoire », la responsabilité renvoie inévitablement à la définition civiliste selon laquelle « la responsabilité se définit comme l'obligation de réparer le dommage causé à autrui »⁴⁸. Or, si cela est, indiscutablement, également exact en droit international⁴⁹, la situation résultant d'un fait internationalement illicite y est infiniment plus complexe ; l'Etat responsable n'est pas seulement tenu de réparer les conséquences dommageables de son comportement : outre qu'il doit aussi y mettre fin et, le cas échéant, donner des garanties de non-répétition, il s'expose également à des réactions licites de la part de la ou des victimes⁵⁰. En ce sens, la responsabilité internationale s'apparente alors à la responsabilité pénale.

Ni civile, ni pénale⁵¹, mais tenant de l'une et de l'autre, la responsabilité internationale présente des caractères propres et ne saurait

⁴⁷ Voir *supra* n° 3.

⁴⁸ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens et les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Thémis, 1964, t. II, p. 569. Le grand civiliste français déduit cette définition des articles 1382 et s. du Code civil français : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

⁴⁹ « [C]'est un principe du droit international voire une conception générale du droit que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer » (Arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (fond)*, C.P.J.I. série A, n° 17, p. 29).

⁵⁰ Voir *supra* n° 3 et 4.

⁵¹ Dans son cinquième rapport, G. Arangio-Ruiz adopte la position, en fait très voisine, selon laquelle « la responsabilité internationale présente des éléments civils et pénaux » (document A/CN.4/453/Add.3, p. 33, par. 148 — souligné dans le texte).

être assimilée aux catégories du droit interne tant il est vrai que la société des Etats a peu à voir avec la communauté nationale.

18. Dans cette perspective, les vocables « délits » et « crimes » adoptés par la Commission du droit international sont particulièrement mal venus; et ceci est sans doute plus vrai encore pour le premier que pour le second.

Sans doute, le droit civil connaît-il la notion de délit. Il n'en reste pas moins que, d'une part, le mot évoque inévitablement, d'abord et surtout, le droit pénal et que, d'autre part, son voisinage avec le terme « crime » accentue encore cette connotation pénaliste. Or, désignant « [t]out fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international »⁵², le délit international ne s'apparente ni de près, ni de loin à la notion de délit pénal et n'appelle — ou ne devrait appeler⁵³ — aucune réaction de la société internationale en tant que « corps social ». Certes, il peut en résulter une légitimation des contre-mesures, dans des conditions que les articles 47 à 50 du projet d'articles de la Commission du droit international décrivent de manière imparfaite et discutable, mais l'Etat victime qui y recourt agit pour la défense de ses seuls intérêts propres et dans un cadre purement inter-étatique; en aucune manière il ne s'agit de défendre l'ordre public international ou de réprimer un manquement au droit dans l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble.

Pour des raisons voisines à celles qui conduisent la plupart des auteurs à bannir l'idée de « faute » dans le cadre de la responsabilité internationale⁵⁴, le mot « délit » n'y est pas à sa place : même si ceci n'est pas le cas des « délits civils », il implique une condamnation morale qui ne cadre pas avec l'« objectivité » de la définition même du fait internationalement illicite donnée par l'article 3 du projet d'articles, qui repose sur deux éléments — un manquement (la « violation d'une obligation internationale de l'Etat ») commis par l'Etat ou pouvant lui être attribué (« un comportement consistant en une action ou en une omission [...] attribuable d'après le droit international à l'Etat ») — et qui ne fait appel à nulle appréciation morale, qualitative ou subjective.

⁵² Article 19, paragraphe 4, du projet d'articles précité, n° 2.

⁵³ L'obscur alinéa c) de l'article 45, paragraphe 1, du projet d'articles paraît accepter l'idée de dommages-intérêts punitifs pour tous les faits internationalement illicites; c'est une idée fort contestable en matière de « délits » — voir *infra* n° 24.

⁵⁴ Voir notamment D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, t. 13, p. 289 et suiv., ou H. Kelsen, « Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1932, p. 481 et suiv. Voir également l'ensemble des références données par Gaetano Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport (*supra* note 18), chap. 5, pp. 51-60.

19. On l'a vu⁵⁵, ceci n'est pas exact en ce qui concerne la définition des crimes internationaux de l'Etat, qui comporte une dimension qualitative (l'importance de l'obligation violée⁵⁶, et le caractère *essentiel* de celle-ci « pour la sauvegarde d'intérêts *fondamentaux* de la communauté internationale »), et qui, par voie de conséquence, fait nécessairement appel à la subjectivité de l'interprète.

Cette subjectivité implique-t-elle un jugement de valeur qui justifierait l'emploi du mot « crime » ? On peut le penser et estimer qu'il n'y a rien de choquant à définir l'Allemagne nazie comme un « Etat criminel » avec la connotation clairement négative et l'opprobre morale qui s'attachent à l'expression; du reste, après la seconde guerre mondiale, le traitement appliqué à ce pays a clairement été « punitif ». La même remarque peut être faite en ce qui concerne les mesures décidées contre l'Iraq à la suite de l'invasion du Koweït⁵⁷. Le recours à un vocabulaire pénaliste est, sans aucun doute, infiniment moins choquant pour désigner des faits internationalement illicites qui « portent atteinte au fondement même de ce que doit être la conduite des relations internationales... »⁵⁸ et qui appellent une réaction de la communauté internationale que dans le cas de comportements qui ne portent atteinte qu'aux intérêts propres à tel ou tel Etat ou groupe d'Etats.

20. Dans son Rapport de 1976 à l'Assemblée générale, la Commission du droit international justifie l'adoption du mot « crime » de la manière suivante :

« Après mûre réflexion, la Commission a opté pour le choix de cette dénomination, vu qu'elle est devenue d'un emploi courant dans la pratique des Etats ainsi que dans les ouvrages scientifiques contemporains, et qu'elle est fréquemment employée dans les résolutions émanant d'organes de la SDN d'abord, et puis de l'ONU, ainsi que dans des instruments internationaux importants, dont 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 » et la « Définition de l'agression » adoptée par l'Assemblée générale [résolutions 2625 (XXV) et 3314 (XXIX), respectivement], les conventions sur le génocide et sur l'apartheid, etc. »⁵⁹

⁵⁵ *Supra* n° 6 et 7.

⁵⁶ Bien que, dans l'état actuel du texte de la Commission, ce critère n'apparaisse expressément que dans les exemples donnés au paragraphe 3, et non dans la définition du paragraphe 2 de l'article 19.

⁵⁷ Voir notamment les résolutions 667 (1990), 674 (1990), 686 (1991) ou 687 (1991) du Conseil de sécurité, bien qu'aucune n'utilise le mot « crime ».

⁵⁸ Résolution 667 (1990) du Conseil de sécurité du 16 septembre 1990, préambule, alinéa 6.

⁵⁹ *Annuaire... 1976*, vol. II (deuxième partie), p. 110, par. 59.

Il y a beaucoup de force dans cette défense de l'appellation retenue par l'article 19 du projet et il est exact qu'en recourant au mot « crime » la Commission n'a rien inventé⁶⁰ : les Parties contractantes à la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du *crime* de génocide confirment que celui-ci « est un crime du droit des gens »⁶¹ et, dans son arrêt du 11 juillet 1996, la Cour internationale de Justice a reconnu que la Convention n'excluait pas la responsabilité d'un Etat à raison d'un acte de génocide perpétré par l'Etat lui-même⁶²; et l'on retrouve la même terminologie dans la Convention de 1973 sur l'apartheid; la résolution 2625 (XXV) qualifie la guerre d'agression de « crime contre la paix » et la résolution 3314 (XXIX) reprend cette qualification en précisant que « [l']agression donne lieu à responsabilité internationale »; et, depuis 1976, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ont, en diverses circonstances, qualifié certaines actions de « criminelles », sans qu'il soit toujours clair que cette qualification visait l'action des Etats eux-mêmes ou celle de leurs agents⁶³. Au surplus, depuis vingt ans, le vocabulaire retenu par la Commission a été largement utilisé par de très nombreux auteurs, si bien qu'il paraît aujourd'hui consacré et difficilement contournable, au moins pour ce qui est du « crime ».

21. Ceci étant, si cette terminologie devait être un obstacle pour une large acceptation de la réalité juridique indiscutable que recouvre le terme « crime », il n'y aurait qu'un inconvénient limité à abandonner le mot; et cet abandon n'empêchera pas la chose d'exister.

Il n'est, à vrai dire, pas déraisonnable de renoncer à tout vocabulaire de substitution, en ce sens qu'il n'est pas indispensable d'opposer les faits internationalement illicites dénommés « délits » par le projet actuel, aux crimes. Il suffirait de préciser que, si tout « 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 » (comme le fait l'actuel paragraphe 1 de l'article 19), la violation d'une norme impérative du droit international général⁶⁴ (*jus*

⁶⁰ Contrairement à ce qui est le cas pour l'expression « délit international » dont la Commission du droit international reconnaît que si elle peut se prévaloir d'un usage « courant » [?] dans la littérature française, italienne, espagnole ou allemande, elle ne correspond pas à la terminologie anglophone et n'est pas consacrée par la pratique. Elle se promet du reste de revenir « sur ce point à un moment ultérieur » (*ibid.*, pp. 112-113, par. 72).

⁶¹ Article premier.

⁶² *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Exceptions préliminaires), n° 32.

⁶³ Cf. la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité du 22 février 1993, qui qualifie de « crimes » « les violations généralisées du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie », notamment le « nettoyage ethnique ».

⁶⁴ Il ne serait, en revanche, pas légitime de substituer la notion de violation d'une obligation *erga omnes* à celle de crime international — voir *supra* n° 6.

cogens) produit des effets particuliers qui seraient détaillés dans la seconde partie du projet.

Une telle solution permettrait de résoudre l'une des plus graves difficultés rencontrées par la Commission lors de la rédaction de la première et, surtout, de la deuxième, parties du projet d'articles sur la responsabilité des Etats et qui repose en grande partie sur une querelle de mots, sans véritable portée autre que purement nominaliste. Une telle décision devrait cependant être assortie d'un certain nombre de précautions :

- en premier lieu, cette initiative devrait s'accompagner d'un effort de précision de la définition de la notion même de *jus cogens*, ressentie naguère par les pays occidentaux comme un « concept de guerre froide »; il ne s'agirait pas de revenir sur la définition donnée par la Convention de Vienne de 1969, mais de profiter du climat international d'apaisement pour reserrer les exemples en mettant en évidence le caractère manifestement essentiel que doit revêtir une norme et la reconnaissance générale dont elle doit faire l'objet, pour pouvoir être qualifiée d'« impérative »⁶⁵;
- en deuxième lieu, il devrait être clairement précisé que seules les normes « socialement impératives » relèvent du *jus cogens*, à l'exclusion de celles qui sont logiquement nécessaires⁶⁶;
- en troisième lieu, ce « toilettage terminologique » devrait être explicitement justifié par le souci de ne pas créer d'ambiguïtés en incitant à des comparaisons avec le droit interne; ce serait l'utile occasion de rappeler que la responsabilité des Etats au regard du droit international n'est ni « civile », ni « pénale » mais différente et, tout simplement « internationale », ce qui laisse ouverte la question de la responsabilité pénale des personnes privées, traitées par ailleurs par la Commission du droit international;
- enfin, et peut-être surtout, il faudrait prendre le plus grand soin de ne pas « jeter le bébé avec l'eau du bain » et, au prétexte de renoncer à une terminologie source de malentendus, de ne pas méconnaître la distinction évidente, claire et nécessaire entre deux catégories de faits internationalement illicites.

*

⁶⁵ Bien entendu, il ne saurait être question de donner des exemples dans le projet lui-même — procédé détestable dans un texte de codification (voir *supra* n° 12) — mais de les présenter avec rigueur dans les commentaires du projet, une rigueur qui fait défaut tant dans les commentaires des articles relatifs au *jus cogens* dans le projet d'articles sur le droit des traités (cf. *Annuaire...* 1966, vol. II, pp. 269-271 et 284-285) que dans ceux de l'article 19 du projet sur la responsabilité (cf. *Annuaire...* 1976, vol. II (deuxième partie), pp. 96-101, par. 22-32).

⁶⁶ Voir *supra* n° 11.

22. Force est cependant de reconnaître que, dans son état actuel, le projet de la Commission du droit international occulte ce caractère nécessaire de la distinction, tant ses articles 51 à 53 n'en tirent que des conséquences limitées, anodines même, qui en viennent à faire douter que l'opposition entre crimes et délits — quelle que soit leur appellation — produise de réels effets pratiques.

Mais il ne faut pas se méprendre sur la cause réelle de cette impression erronée : elle ne tient nullement à l'inexistence du caractère propre des crimes, par opposition aux délits, mais au fait que le régime juridique de ceux-ci, tel que la Commission du droit international l'a fixé, est infiniment trop rigide et comporte des conséquences qui, en bonne logique, devraient s'appliquer aux seuls crimes et, en aucune manière, aux autres faits internationalement illicites.

Ces regrettables confusions tiennent probablement à la méthode même suivie par la Commission pour la rédaction de la deuxième partie du projet d'articles. Conformément aux propositions de son Rapporteur spécial, le Professeur Arangio-Ruiz⁶⁷, elle a, en effet, étudié dans un premier temps les conséquences des délits sans se préoccuper du régime juridique des crimes. Ceci pouvait paraître logique et l'était en effet si la méthode avait été suivie jusqu'au bout et si, après avoir terminé son analyse du régime juridique des délits et d'eux seuls, la Commission s'était attelée à celle des crimes et d'eux seuls. Mais, en pratique, la Commission du droit international et son Rapporteur spécial n'ont pas maintenu strictement cette distinction rigoureuse et, se fondant sur des exemples qui portaient, indifféremment, sur des crimes ou sur des délits, ils en ont tiré abusivement des conséquences indifférenciées, « gonflant » ainsi de manière fort excessive les conséquences « de droit commun » qui s'attachent à la responsabilité, alors qu'une analyse plus rigoureuse et plus réaliste des précédents aurait très probablement incité la Commission à plus de précaution en matière de délits.

23. Du fait de la méthode « mixte » retenue, la Commission du droit international et son Rapporteur spécial ont en effet été amenés à se prononcer prématurément sur certains points et à imputer aux délits des conséquences qui découlent des seuls crimes.

Ainsi par exemple, il était parfaitement illogique de se pencher sur « le problème de la pluralité d'Etats également ou inégalement lésés »⁶⁸, sans se préoccuper du régime particulier des crimes dont la

⁶⁷ Cf. le rapport préliminaire, *Annuaire... 1988*, vol. II (première partie), pp. 8-10, par. 10-18.

⁶⁸ Voir sur ce point le chapitre IX du troisième rapport de G. Arangio-Ruiz et le chapitre VIII de son quatrième rapport, *Annuaire... 1991*, vol. II (première partie), pp. 28-30 et *Annuaire... 1992*, vol. II (première partie), pp. 45-52.

problématique des Etats différemment lésés est un élément essentiel. Malgré les efforts justifiés du Rapporteur spécial⁶⁹, la Commission n'est pas revenue sur le texte — fort insuffisant — de ce qui est devenu l'article 40 du projet. Du même coup, le projet ne prend que de manière tout à fait marginale⁷⁰ en compte le problème de la capacité de réagir des Etats non directement atteints par un crime, pourtant nettement posé, sous un angle il est vrai purement procédural, par la Cour internationale de Justice en 1970⁷¹. De même, il est remarquable que, lorsque la Commission s'est intéressée aux contre-mesures, elle l'ait fait sur la base de rapports de M. Arangio-Ruiz qui se fondaient indifféremment sur des exemples concernant la violation d'obligations « ordinaires » ou impératives⁷².

Dès lors, la Commission du droit international en est venue à inclure dans ses projets d'articles 41 à 50 des conséquences acceptables pour les crimes mais clairement excessives pour les simples délits. Et cet amalgame s'est trouvé encouragé par la position du Rapporteur spécial qui a manifesté une très nette tendance à vouloir réintroduire dans le régime juridique général de la responsabilité internationale la notion de faute qui en est traditionnellement bannie⁷³ et qui n'est guère admissible dans la société internationale que pour les crimes justement, dont le caractère intentionnel et délibéré est sans doute une composante essentielle.

24. Le résultat de tout cela est un gonflement abusif des conséquences des délits et un « rétrécissement » corrélatif, et tout aussi abusif, de celles qui sont particulières aux crimes. Les exemples en sont nombreux. On peut mentionner en ce qui concerne les conséquences « de base » de la responsabilité⁷⁴ :

⁶⁹ Voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10)*, pp. 118-121, par. 273-281.

⁷⁰ Cf. l'article 53.

⁷¹ Voir *supra* n° 6.

⁷² Voir les troisième et quatrième rapports, *Annuaire... 1991*, vol. II (première partie), pp. 2-37 et *Annuaire... 1992*, vol. II (première partie), pp. 2-52, qui fourmillent d'exemples portant sur les réactions à un recours à la force armée, soit à un crime international par excellence.

⁷³ Voir les deuxième et huitième rapports, *Annuaire... 1989*, vol. II (première partie), pp. 51-60, par. 164-170, et document A/CN.4/476/Add.1, par. 48-55. R. Ago accordait, lui aussi, une place importante à la notion de faute (voir « La colpa nell'illecito internazionale », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padoue, CEDAM, 1940, pp. 177-206, reproduit in R. Ago, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Camerino, Jovene, 1979, pp. 271-302.

⁷⁴ C'est-à-dire les conséquences qui découlent, selon la Commission, indifféremment des crimes et des délits (cf. l'article 51 du projet).

- la connotation punitive du paragraphe 2 de l'article 42 qui conjoint de tenir compte de la négligence ou de l'action ou omission de caractère délibérée pour le calcul de la réparation, ce qui revient à consacrer la possibilité de dommages punitifs, acceptables en cas de crimes, mais fort douteux comme conséquence de délits;
- dans le même esprit, le paragraphe 2.c) de l'article 45⁷⁵ ne devrait pas trouver application en cas de délit;
- il est fort douteux qu'il existe une obligation générale de donner des assurances ou des garanties de non-répétition de faits internationalement illicites ne constituant pas des crimes⁷⁶;
- quant au régime des contre-mesures (articles 47 à 50), il est, dans l'ensemble assez adapté à l'hypothèse d'un crime mais il est trop laxiste s'agissant des simples délits⁷⁷.

A l'inverse, le chapitre consacré aux crimes internationaux⁷⁸ frappe par son caractère extrêmement limité et les spécificités parfois fort discutables reconnues aux conséquences des crimes. En particulier, on peut avoir quelque doute sur l'opportunité de renoncer à exiger la proportionnalité de la *restitutio in integrum* en cas de crime⁷⁹ ou sur la possibilité pour un Etat de « reconnaître comme licite » une situation créée par un fait internationalement illicite quel qu'il soit ou de prêter assistance à l'Etat responsable pour maintenir la situation ainsi créée, alors que les alinéas *a*) et *b*) du projet d'article 53 ne l'excluent que dans le cas des crimes.

Il ne serait pas nécessaire de tirer des conséquences artificielles de la distinction entre crimes et délits pour la justifier si l'on faisait de celle-ci une analyse rigoureuse et si l'on débarassait le délit de conséquences punitives qui ne relèvent pas de cette notion pour rendre ainsi au crime ce qui lui appartient en propre.

⁷⁵ « [E]n cas d'atteinte grave aux droits de l'Etat lésé », la satisfaction peut prendre la forme de « dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte ».

⁷⁶ Il est vrai que l'article 46 du projet ne donne droit à l'Etat lésé d'obtenir de telles assurances ou garanties que « le cas échéant », mais cette disposition ne précise pas de quelles hypothèses il s'agit et son commentaire (*Annuaire... 1993*, vol. II (deuxième partie), p. 86, par. 5) n'est d'aucun secours pour le déterminer.

⁷⁷ La présente contribution n'est pas le cadre approprié pour développer les critiques qu'appellent ces dispositions; selon l'auteur elles tiennent surtout aux faits qu'elles constituent une prime aux Etats puissants et que la Commission s'en remet, pour les ré-équilibrer, aux obligations de règlement de la troisième partie du projet d'articles, obligations qui lui paraissent aussi irréalistes que mal conçues. Il est vrai cependant que l'adjonction *in extremis* en 1996 de l'obligation de négocier avant d'entreprendre des contre-mesures, prévue à l'article 48, paragraphe 1, du projet, atténue quelque peu le caractère choquant de ces articles.

⁷⁸ Chapitre IV de la deuxième partie du projet, articles 51 à 53.

⁷⁹ Cf. l'article 52, alinéa a).

25. Le régime juridique des crimes tel qu'il ressort du projet de la Commission du droit international paraît donc hautement discuté. On peut se demander en outre s'il n'est pas incomplet sur des points importants. Outre les lacunes, certaines, du projet pour ce qui est du droit de réaction de tous les Etats⁸⁰, la question se pose notamment, à propos

— de la probable incidence de la nature du fait internationalement illicite sur les circonstances excluant l'illicéité⁸¹, ou

— de l'éventuelle « transparence » partielle de l'Etat en cas de crime.

Ce dernier point, il est vrai, est particulièrement délicat. Il pose deux problèmes fondamentaux : celui des liens existant entre les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et les crimes internationaux de l'Etat d'une part et, au-delà, celui de l'unité ou de la diversité du régime de ces derniers, d'autre part.

26. La seule disposition du projet d'articles de la Commission du droit international⁸² qui aborde la question des rapports entre la responsabilité de l'Etat et celle des individus qui agissent en son nom est l'alinéa *d*) de l'article 45, paragraphe 2, aux termes duquel,

« si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'Etat ou d'agissements criminels d'agents de l'Etat ou de personnes privées, [la satisfaction peut prendre la forme d']une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou [de] leur châtement ».

Ceci ne concerne qu'un aspect de la question : la sanction de l'individu responsable, supposée « satisfaisante » l'Etat lésé et décidée et infligée par l'Etat conformément à son droit interne. Mais, depuis Nuremberg, il est acquis que, dans certains cas, la personne physique qui a commis certaines catégories de crimes internationalement définis engage sa responsabilité individuelle au plan international. Telle est la nature essentielle des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, objets du projet de Code adopté en seconde lecture par la Commission du droit international après des dizaines d'années

⁸⁰ Voir *supra* n° 22 et les développements très fins (et sceptiques) que Denis Alland consacre à ce problème (*Justice privée et ordre juridique international*, Paris, Pédone, 1994, pp. 347-371).

⁸¹ Dont on peut se demander si elle peuvent exclure l'illicéité d'un crime...

⁸² Voir cependant également l'article 8 relatif à l'« attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat. »

d'atrocités⁸³. Or ces crimes⁸⁴ sont, le plus souvent, pour ne pas dire toujours, commis au nom de l'Etat ou à son instigation. Le problème se pose donc d'établir les rapports entre ceux-ci et les crimes internationaux de l'Etat lui-même. Le projet de Code renvoie la question au sujet concernant la responsabilité des Etats⁸⁵; mais le projet d'articles sur ce thème ne l'aborde pas⁸⁶.

27. En bref, les éléments essentiels des rapports que ces deux notions entretiennent entre elles peuvent être présentés ainsi : 1° les faits qui constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont également, s'ils sont commis au nom de l'Etat, des crimes internationaux de celui-ci; 2° dans ces hypothèses, l'Etat devient « transparent » et les agents par lesquels il a agi (et/ou qui ont agi sous son couvert) voient leur responsabilité individuelle engagée sans qu'ils puissent se prévaloir de leur qualité officielle⁸⁷; 3° le châtement des dirigeants qui ont commis ces crimes « ne libère pas pour autant l'Etat lui-même de sa propre responsabilité pour un tel fait »⁸⁸; 4° mais à l'inverse, tous les crimes internationaux de l'Etat n'entraînent pas nécessairement la responsabilité individuelle des agents qui les ont commis : ce n'est vrai que pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, que la Commission du droit international a définis à juste titre comme « les plus graves parmi les plus graves »⁸⁹.

*

⁸³ Le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité s'abstient de définir ceux-ci; voir cependant les articles 1, paragraphe 2, et 2, paragraphe 1, qui en donnent les éléments essentiels (voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, pp. 30 et 34.

⁸⁴ Le projet de Code en retient cinq catégories : l'agression, le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et, de manière fort regrettable (car ils ne présentent pas, juridiquement, les mêmes caractères), les « crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé ».

⁸⁵ Article 4 : « Le fait que le présent Code prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des Etats en droit international ».

⁸⁶ Alors que la Commission avait entrevu la question en 1976 (*Annuaire... 1976*, vol. II (deuxième partie), p. 96, par. 21). En revanche, malgré un titre prometteur (« La responsabilité pour crime international : étatique, individuelle ou les deux »), la section 3 du chapitre II du cinquième rapport de G. Arangio-Ruiz (document A/CN.4/453/Add.3) n'aborde pas la question sous cet angle.

⁸⁷ Cf. les articles 2, paragraphe 1, et 7 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

⁸⁸ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire... 1976*, vol. II (deuxième partie), p. 96, par. 21.

⁸⁹ *Annuaire... 1983*, vol. II (deuxième partie), p. 14, par. 47.

28. Cette coïncidence imparfaite entre « crimes internationaux de l'Etat », d'une part, et « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », d'autre part, pose le problème de l'unicité de la responsabilité pour crime en droit international : si un crime de l'Etat conduit à percer le voile étatique et à sanctionner internationalement les individus par lesquels il a agi dans certains cas et pas dans d'autres, ceci semble établir, *prima facie*, l'existence de deux catégories de crimes internationaux de l'Etat.

En réalité, cette déduction n'est nullement inéluctable. On peut très bien considérer que la « criminalisation » de certains comportements individuels au plan international est indépendante de celle des comportements de l'Etat. La meilleure preuve en est que certains faits peuvent très certainement être qualifiés de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sans que leurs auteurs appartiennent à l'appareil étatique (ils peuvent, par exemple, être le fait d'organisations criminelles et terroristes puissantes contrôlant une partie du territoire étatique) et que, sauf pour le crime d'agression⁹⁰, les définitions que donne le projet de Code des différents crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'il vise ne renvoient pas au crime correspondant de l'Etat⁹¹. Dès lors il apparaît que la large coïncidence entre les deux notions relève bien davantage de la fréquence statistique que de la nécessité conceptuelle. Il en résulte que la « transparence » de l'Etat n'est pas une conséquence de cette notion, mais de celle, différente, de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité eux-mêmes⁹².

29. Ceci ne résout cependant pas le problème, plus général, de la pluralité ou de l'unicité du régime juridique des crimes internationaux de l'Etat.

Dans son rapport de 1976 à l'Assemblée générale, la Commission écrivait à ce sujet avoir :

«... reconnu qu'il serait erroné de croire qu'il existe, en matière de responsabilité internationale un régime de base unique s'appliquant à tous les faits internationalement illicites sans distinction et auquel s'ajouteraient simplement des conséquences supplémentaires en cas de faits illicites constituant des crimes internationaux. Cela peut être vrai pour certains crimes déterminés, mais rien ne dit qu'il n'y en a pas d'autres pour lesquels l'applicabilité de certaines formes particulières de responsabilité exclurait l'applicabilité des conséquences prévues pour les autres illicéités. Il faut écarter l'idée de l'existence d'une sorte de plus

⁹⁰ Article 16 du projet de Code.

⁹¹ Cf. les articles 17 à 20.

⁹² On ne peut, dès lors, qu'approuver la Commission de n'avoir pas « codifié » cet aspect de la question, même s'il eût probablement été utile qu'elle s'en explique.

petit dénominateur commun du régime de la responsabilité internationale »⁹³.

Ce n'est pas limpide, mais il semble s'en déduire que, tout en reconnaissant l'existence de deux catégories distinctes de faits internationalement illicites, la Commission du droit international envisageait alors la possibilité de régimes variables à l'intérieur de chacune d'elles, au moins en ce qui concerne les crimes. Autant il va de soi qu'il peut exister des régimes spéciaux de responsabilité découlant de règles particulières, conventionnelles, voire coutumières, du droit international⁹⁴ et ceci que l'on soit en présence de crimes ou de délits⁹⁵, autant l'idée d'une « diversification de droit commun » se traduisant par l'existence de sous-catégories susceptibles de codification paraît discutable, et c'est à juste titre que, finalement, la Commission s'en est tenue à l'opposition délits/crimes, qui seule répond à l'idée que la différence entre les uns et les autres est de nature et non de degrés⁹⁶.

30. Dans cet esprit, il eût été logique, conformément aux positions adoptées par son second Rapporteur spécial⁹⁷, d'étudier et de codifier séparément les conséquences des crimes, d'une part, et des simples délits, d'autre part⁹⁸, quitte à constater l'existence de certains points communs entre les régimes applicables aux uns et aux autres. Mais, sur ce point, la Commission de 1996 a pris le contrepied de sa devancière de 1976, en prévoyant bel et bien un régime de base unique de responsabilité auquel celui, spécial, des crimes ajoute des conséquences supplémentaires. Elle retombe ainsi dans une incohérence, symétrique à celle qui affectait le raisonnement suivi il y a vingt ans : en 1976, elle excluait l'idée d'un plus petit dénominateur commun entre crimes et délits mais postulait l'existence de régimes juridiques diversifiés selon les crimes; en 1996, elle fait exactement le contraire et exclut, à juste titre, une pluralité de régimes, mais elle se rallie à l'idée du plus petit dénominateur commun. De ce fait, elle semble accrédi- ter l'idée, fautive, que les crimes sont une « variante » des

⁹³ *Annuaire... 1976*, vol. II (deuxième partie), p. 109, par. 54.

⁹⁴ Tel est le cas de l'agression dont l'une des conséquences, réglementée tant par l'Article 51 de la Charte que par la coutume, est le droit de légitime défense individuelle ou collective — cf. Cour internationale de Justice, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond) C.I.J. Recueil 1986*, pp. 102-106.

⁹⁵ Cf. l'article 37 du projet d'articles.

⁹⁶ Voir *supra* n° 5.

⁹⁷ Cf. le septième rapport de Willem Riphagen, *Annuaire... 1985*, vol. II (première partie), commentaire du projet d'article 14, p. 14.

⁹⁸ Conformément aux propositions initiales de G. Arangio-Ruiz dans son rapport préliminaire (voir *supra* note 67); malheureusement, les deux méthodes se sont ensuite mêlées, du fait surtout de l'utilisation d'exemples tirés indifféremment de précédents portant sur des crimes ou sur des délits (voir *supra* n° 22 et 23).

délits; ils ne le sont pas : ils sont une autre catégorie de faits internationalement illicites.

31. Il est certain que la codification du régime juridique des crimes se trouve compliquée et quelque peu obscurcie par le fait que la Charte des Nations Unies, indifférente aux délits, tire des conséquences — ou permet de tirer des conséquences — des crimes ou, en tout cas, de certains d'entre eux, et d'abord de l'agression. Ce n'est pas une raison suffisante pour inclure le « droit de la Charte » dans le projet d'articles relatif à la responsabilité. Les deux systèmes de normes répondent à des objectifs et à des logiques différents : les Nations Unies ont vocation à maintenir la paix et la sécurité internationales, non à assurer le respect du droit même si l'un, fort heureusement, va souvent avec l'autre; dès lors, ce n'est qu'incidemment que les mécanismes de la Charte peuvent être utilisés pour sanctionner tel ou tel crime international de l'Etat; au contraire, corollaire nécessaire du droit, la responsabilité est la sanction de droit commun des manquements dont il est l'objet.

On peut, dès lors, se demander si la rédaction du projet d'article 39⁹⁹ est appropriée : le droit de la responsabilité n'est pas subordonné à celui des Nations Unies, il en est distinct. Les rapports entre les deux corps de règles ne posent ni plus, ni moins, de problèmes que ceux de n'importe quelle norme de droit international général avec la Charte : dans un cas déterminé, l'Article 103 de celle-ci conduira à la faire prévaloir sur un accord contraire — y compris l'éventuel traité qui consacrerait le projet d'articles sur la responsabilité; mais ceci n'empêcherait nullement le droit de la responsabilité de s'appliquer en l'absence de règles spéciales. Ceci est vrai pour les règles applicables aux délits comme aux crimes.

*
* *
*

32. Comme l'a écrit Paul Reuter, « la responsabilité est au cœur du droit international, [...] elle constitue une part essentielle de ce que l'on pourrait considérer comme la constitution de la Communauté internationale »¹⁰⁰. De cette « part essentielle », le régime des crimes est le cœur. Ils sont le minimum sur lequel la communauté internatio-

⁹⁹ « Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un Etat énoncées dans les dispositions du présent article sont, s'il y a lieu, soumises aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

¹⁰⁰ « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement — Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 390 (également reproduit dans P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international — Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, pp. 574-575).

nale ne peut transiger, sauf à perdre le peu de cohésion acquise au cours des siècles et qui demeure fragile et fragmentaire.

Il apparaît donc essentiel que cet acquis modeste et précieux soit préservé et renforcé. La codification soigneuse des règles applicables aux crimes internationaux de l'Etat peut y contribuer puissamment si la Commission du droit international sait se garder de deux écueils redoutables : l'aventurisme et la frilosité. Au nom d'excellents sentiments, certains de ses membres s'essaient à promouvoir une définition et un régime juridique des crimes qui, calqués sur ceux admis dans les droits internes ne correspondent nullement aux caractères propres à la société internationale et vont très au-delà de ce qu'une conception, aussi extensive soit-elle, de la notion de « développement progressif » permet d'envisager. D'autres — les mêmes parfois¹⁰¹... —, inspirés par une vision trop exclusivement cynique des rapports entre Etats, s'emploient à faire revenir la Commission à une conception purement inter-subjective de la responsabilité internationale, incompatible avec la notion même de crime international, quel que soit le nom qu'on lui donne, et à débarrasser les Etats les plus puissants des maigres contraintes que leur impose le droit.

Le projet actuel oscille en partie entre ces deux tentations contradictoires, empruntant tantôt à l'une, tantôt à l'autre, sans s'en tenir à une approche cohérente et claire de l'indispensable concept de « crime international de l'Etat ». Sa seconde lecture peut et doit être l'occasion d'une approche équilibrée et cohérente de ce problème crucial, dont la solution sera le point d'orgue du grand-œuvre de la Commission du droit international que constitue, après la codification et le développement progressif du droit des traités, ceux du droit de la responsabilité des Etats.

¹⁰¹ Les tâtonnements et les contradictions — auxquelles l'auteur du présent article n'échappe pas — dont témoignent les interventions des membres de la Commission montrent l'ampleur des difficultés.

***SINE DELICTO* (CAUSAL) LIABILITY AND RESPONSIBILITY FOR WRONGFUL ACTS IN INTERNATIONAL LAW**

Julio Barboza

Introduction

Responsibility for a wrongful act, i.e., an act in breach of a State's international obligation, is the classical form of accountability in international law: certain new legal obligations of the author State consequently arise as reparation to the wrongful act. *Sine delicto* liability, on the other hand, also attaches certain consequences to acts—which may or may not be acts of a State—causing transboundary damage, but such acts are not prohibited by law. As we shall see later, the consequences are imposed by the primary obligation itself, they are not new obligations.

Sine delicto liability generally applies to hazardous activities, which abound in today's life due to modern technology. Such activities employ substances, objects or technologies which, in relation to the place, the environment or the manner in which they are conducted, are likely to cause significant transboundary harm to persons, their property or the environment, despite all of the precautions which may be utilized in carrying them out.

The Meaning of Certain Terms

Before delving into the substance of the subject, a few other remarks seem to be in order. References must be made to some peculiarities of Anglo-American legal terminology in the field of responsibility. As there is a certain amount of confusion regarding the exact meaning of certain terms, an explanation is necessary.

“Responsibility” versus “Liability”

The meanings of the words “responsibility” and “liability” as presently used by the International Law Commission and by most United Nations bodies are not quite the same as the original sense of such terms

in Anglo-American law.¹ Other official languages of the United Nations do not have two different words to express the notion of responsibility: both French (*responsabilité*) and Spanish (*responsabilidad*) have only one word to encompass the meanings of the two above-mentioned English terms.

The choice of the word "liability" in the title of this topic stems from an exchange of views in the Commission during its twenty-fifth session, in 1973. It was suggested by Mr. Kearney, the American member, that:

"... the term 'responsibility' should be used only in connection with internationally wrongful acts and that, with reference to the possible injurious consequences arising out of the performance of certain lawful activities, the more suitable term 'liability' should be used".²

Therefore, the term "responsibility" refers to the legal consequences of breaching an international obligation, i.e., the responsibility for wrongful acts. That is the classical meaning of the word and it corresponds to the rooted belief that there can be no real responsibility unless there is wrongful conduct.³

¹ A complete discussion on this aspect may be found in the preliminary report of Professor Quentin-Baxter, *Yearbook... 1980*, vol. II (Part One), pp. 250-252, document A/CN.4/334 and Add.1 and 2; in his fifth report, *Yearbook... 1984*, vol. II (Part One), pp. 170-171, document A/CN.4/383 and Add.1; and in the second report of Ambassador Julio Barboza, *Yearbook... 1986*, vol. II (Part One), pp. 145-146, document A/CN.4/402.

² *Yearbook... 1973*, vol. I, 1243rd meeting, p. 211, para. 37.

³ "Responsibility", however, has yet another meaning: this term may be used to refer to a set of obligations incumbent on a certain person. In the "Informal Composite Negotiating Text" (Rev.2) of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, "States are responsible" is translated as: "... *il incombe aux Etats de veiller...*". Such seems also to be the meaning of "responsibility" in Principle 21 of the Stockholm Declaration: "States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies and the *responsibility* to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction" (emphasis added). "Responsibility" is used in the same sense in paragraph 14 of General Assembly resolution 2749 (XXV) of 17 December 1970:

"Every State shall have the responsibility to ensure that activities in the area... shall be carried out in conformity with the international régime to be established... Damage caused by such activities shall entail liability".

Here, as indicated by Goldie, "[t]he term responsibility ... includes the attribution of the consequences of conduct in terms of the duties of a man in society" and liability "designat[es] the consequences of a failure to perform the duty, or to fulfil the standards of performance required. That is, liability connotes exposure to legal redress once responsibility... ha[s] been established". (L. F. E. Goldie, "Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in Terms of the Relative Exposure to Risk", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI (1985), pp. 180 and 182).

Goldie admits, regarding the use of both words, that "... at times, publicists and judges may employ [them] almost interchangeably or synonymously..."⁴

In the final analysis, then, "responsibility" and "liability" may be used interchangeably; that should be enough to dissuade the continuance of this little research into the intricacies of the Anglo-American legal language. We must rather look for the substantive differences between these two forms of accountability.

However, there is a growing tendency in United Nations legal parlance to refer to "responsibility" and "liability" as a shorthand for State responsibility for wrongful acts and international liability for acts not prohibited by international law, respectively. That is perhaps a consequence of the work of the International Law Commission where these subjects are dealt with under different topics. This tendency is such that the meaning of these terms in international law may very well lose their original significance. In the present article, these terms will be used as in the United Nations.

Fault

The word "fault" in English, like its equivalent "*faute*" in French, has two meanings. One is *objective* and refers to the contrast between the conduct required by an obligation and the conduct actually followed by the actor in question. The other is *subjective* and refers to the intention of the actor who committed fault in the former meaning of the term. It implies what is known as *culpa lato sensu*, i.e., negligence and *dolus*.

This double meaning of "fault" needs to be borne in mind with regard to the comments below.

"No Fault Liability", "Objective Liability", "Strict Liability", "*Responsabilité pour risque*"

Liability without fault (no fault liability) usually refers to "fault" in the sense of intention, and is usually known in civil law countries as *responsabilité objective* in French or *responsabilidad objetiva* in Spanish. Although ambiguous, there is no doubt that this is a correct denomination, as it refers to a type of liability the occurrence of which does not require *culpa* or intention.

There is ambiguity due to the two possible meanings of the word "fault", which as we have seen before, may be objective or subjective. Objective liability then may originate in the breach of an obligation (wrongful act), without regard to the intention of the author, but it may

⁴ *Ibid.*, p. 180.

also arise *without breach of an obligation*, as with acts not forbidden by international law. In this latter case, fault is absent, not only in the meaning of *culpa* but also in its objective meaning, for no breach of obligation is required to give rise to this type of liability.

This explains why *sine delicto* liability is not unequivocally designated by the term "objective liability" or "no fault liability".

With regard to the term "strict liability", we must, however, be cautious. This is the name used in Anglo-American law to refer to no-fault liability applying mainly to certain torts. There are continental European writers who consider "strict liability" as an "objective and relative responsibility",⁵ that is, apparently, a no-fault responsibility for a wrongful act. Perhaps this is the theory underlying the common law strict liability, but not necessarily strict liability applied in some statutory fields.⁶

Responsabilità pour risque

In the case of hazardous activities,⁷ then, *sine delicto* liability is, in an overwhelming proportion of cases, a mechanism similar to that

⁵ See R. Pisillo Mazzeschi, *Due diligence e responsabilità internazionale dello Stato* (Milano, 1989), p. 27, who maintains that in the hypothesis of responsibility arising from the mere existence of a conduct contrary to the obligation, "... si parla invece comunemente di una responsabilità oggettiva (e talora di responsabilità oggettiva relativa); regime che corrisponde, grosso modo, nella dottrina anglosassone, alla c.d. *strict liability*" [one would normally rather speak of objective responsibility (and, sometimes, of relative objective responsibility); this being a regime which corresponds, in general terms, in the Anglo-Saxon doctrine, to strict liability]. He quotes, as a source, B. Conforti, *Diritto Internazionale*, 3rd ed. (Naples, 1989), pp. 346-347.

⁶ Referring to "abnormally dangerous conditions or activities", Prosser acknowledges that:

"... the courts have recognized a new doctrine, that the defendant's enterprise, while it will be tolerated by the law, must pay its way. There is a strong tendency, where there is blame on neither side, to ask, in view of the exigencies of social justice, who can best bear the loss and hence to shift the loss by creating liability where there has been no fault. An entire field of legislation, illustrated by the workmen's compensation acts, has been based upon the same principle".

W. L. Prosser, *The Law of Torts* (St. Paul, Minnesota, 1978), p. 494.

⁷ An example of *sine delicto* liability which does not originate in an activity involving risk may be found in article 110 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea regarding the right to detain and visit a foreign ship by an officer on the high seas, when there are reasonable grounds for certain suspicions. Paragraph 3 of the article reads:

"If the suspicions prove to be unfounded, and provided that the ship boarded has not committed any act justifying them, it shall be compensated for any loss or damage that may have been sustained".

There may be a legal policy behind this provision, perhaps that of making sure that ships are not stopped on the high seas by a warship under one pretext or another. Regarding hazardous activities, one important policy reason for reparation under a no fault liability regime may be that the acts which in effect caused the damage were *likely to produce harm*.

of *responsabilité pour risque* in French law, or *responsabilidad por riesgo* in many Latin American internal legal orders. *Responsabilité pour risque* may be traced back to Roman Law, where individuals were held responsible for the maintenance of wild animals. It is also a feature of the municipal law of many countries: activities which are hazardous, but tolerated because they are socially useful, are ideally suited to the application of such liability.

Some time ago, we suggested "*responsabilité causale*"⁸ but "*sine delicto* liability" seems preferable now as the main feature is not to require the breach of any obligation.

The Differences between "Responsibility" and "Liability"

The main difference between "responsibility" and "liability" is, of course, that, with respect to the former, there is a breach of an obligation, while, with respect to the latter, no obligation must be breached for the legal consequences to arise. In the former case, the consequences follow a wrongful conduct, in the latter, they originate from a lawful one. This results in a wholly different attitude of the law in each of the two situations, which is reflected by the other differences examined below.

The Principles are Different

As fault is absent, *sine delicto* liability is permeated by values different from those underlying responsibility for wrongful acts. The former are inspired by social considerations, mostly absent in the latter, which leads to the use of different mechanisms. Speaking in aristotelian terms, responsibility is guided by the notion of commutative justice, and liability by that of distributive justice.

Hazardous activities are sometimes permitted because they are socially beneficial, even though they may, and in the long run usually do, cause some harm to individuals. This means that, although the act resulting in damage is not prohibited, the individuals who suffer from the harm must be compensated. The assumption is that these damages are costs of the enterprise which benefits from the activity. If the costs were supported by the victims, there would be a case of unjust enrichment; the victims would be partially financing the operators. Such costs, therefore, must be internalized.⁹

⁸ See J. Barboza, "La responsabilité 'causale' devant la Commission du droit international", *AFDI*, vol. 34 (1988), pp. 513-522.

⁹ In the opinion of Professor Goldie, the economic analysis of the cost of ultrahazardous activities show *hidden subsidies* in the form of external or social costs of the enterprise which should be internalized. The creation of risk involves, then, "an expropriation of equal rights of amenities, and, in the international arena, *of equality and sovereign autonomy*" (emphasis added). Goldie, *op. cit.* (footnote 3 above), p. 248.

Referring to workmen's compensation statutes where, in his opinion, a form of *sine delicto* liability applies, Prosser underlines the central features of this type of accountability:

"The human accident losses of modern industry are to be treated as a cost of production, like the breakage of tools or machinery. The financial burden is lifted from the shoulders of the employee, and placed upon the employer, who is expected to add it to his costs, and so transfer it to the consumer. In this he is aided and controlled by a system of compulsory liability insurance, which equalizes the burden over the entire industry. Through such insurance both the master and the servant are protected at the expense of the ultimate consumer".¹⁰

This analysis shows that the costs represented by the damages caused by these types of activities do not actually lie with the operator. In fact, liability is usually channelled to the operator because this individual is in the best position to pass such costs onto consumers, by raising the prices of his services or goods. That completes the circle: the costs originating in the hazardous nature of a socially beneficial activity are spread throughout society. This logic does not apply to wrongful acts, where a great deal of emphasis is placed on fault, in its definition both of breach of an obligation and of intention.¹¹

Therefore, there is a need for expeditious procedures which do not require the proof of fault or the proof of the breach of an obligation: only proof of causation should be required. Pragmatic considerations prevail in this field. As prohibiting such activities is virtually out of the question, reparation of the damages caused must be prompt. This would be impossible if the innocent victim had the burden of proof.¹²

This also explains why the predominant concept in liability is that of the balance of interests between the different parties concerned. The balance of interests dictates the lawfulness of certain hazardous activities after weighing the benefit to society as a whole from

¹⁰ Prosser, *op. cit.* (footnote 6 above), pp. 530-531.

¹¹ Admittedly, there are other cases of *sine delicto* liability aside from those related to hazardous activities, but they are very few, and nevertheless the liability imposed responds to reasons of legal policy, as with liability. In hazardous activities, one important reason may be that the acts which in effect caused the harm were likely to produce harm (see footnote 7 above).

¹² A proposal by the Commission of the European Communities for a Council directive on civil liability for damages caused by waste, although dating back some years ago, gives convincing arguments on the principle of no-fault or strict liability in its point 4: *No-fault or strict liability*. As this principle implies automatic liability, it will ensure that victims receive compensation, the environment will recover and economic agents are held liable in keeping with the objectives of the Directive (document COM (89) 282 final—SYN 217).

the activity, against the interests of the injured parties. The disruption of the balance, which is brought about by the operation of such activities, must be restored by some sort of reparation to the individual victims.

Primary and Secondary Norms

A much quoted paragraph of the 1973 Report of the International Law Commission to the General Assembly read:

“Owing to the entirely different basis of the so-called responsibility for risk and the different nature of the rules governing it, as well as its content and the form it may assume, a joint examination of the two subjects could only make both of them more difficult to grasp”.¹³

In saying that the rules governing the responsibility for risk were of a different nature than those of responsibility for wrongful acts, the Commission was referring to the so-called primary and secondary rules, a distinction it has been making for several years now.¹⁴ Using the terms “primary rules” and “secondary rules” was another way of expressing the point that responsibility originates from a wrongful act and liability from a lawful one.

Non-prohibited acts, by definition, do not breach any obligation and therefore pertain to the primary rules.

The Special Rapporteur on the liability topic,¹⁵ in summarizing the debate on his seventh report in the International Law Commission stated that:

“On the question of the separation between the present topic and that of State responsibility, he would draw attention to paragraph 146 of the Commission’s report on its thirty-ninth session, which pointed out that: ‘Contrary to State responsibility, international liability rules were primary rules, for they estab-

¹³ *Yearbook... 1976*, Vol. II (Part Two), p. 70, para. 65.

¹⁴ For those who are not familiar with the Commission’s work, primary rules impose primary obligations, and secondary rules, secondary obligations. Primary obligations are those imposed on States directly by international law, be it general or particular, such as the obligation of a coastal State to permit the innocent passage of foreign ships through its territorial waters, or the obligation of receiving States to ensure the security of foreign embassies. If an obligation is breached, a secondary rule comes into play which imposes on the acting State a secondary obligation, i.e., reparation. Secondary rules govern the field of responsibility, and the obligations they impose (secondary obligations) are dealt with in Part Two of the draft articles on State responsibility.

¹⁵ The author of this article is Special Rapporteur of the International Law Commission on the subject of “International Liability for the Injurious Consequences of Acts not prohibited by International Law”.

lished an obligation and came into play not when the obligation had been violated, but when the condition that triggered that same obligation had arisen...'¹⁶

To the above must be added that, if the primary obligation of paying compensation for the harm caused by the activity is not complied with, then and only then would the secondary obligations, which constitute the legal consequences of the breach of a primary international obligation, apply.

The Consequences are Different

The following are the consequences of a wrongful act, according to article 42, paragraph 1, of the draft articles on State responsibility (Part Two), which are deemed to codify in this respect customary law: (a) *restitutio naturalis*, (b) compensation by equivalent, (c) satisfaction and (d) guarantees of non-repetition.¹⁷

In cases of lawful acts, not all of these consequences would apply: satisfaction and guarantees of non-repetition certainly would not apply.

Compensation by equivalent may be applicable whether the antecedent act is wrongful or not, although the regime regarding the burden of proof may be different. In addition, as will be seen later, compensation may be subject to different rules, depending on whether it corresponds to a wrongful act (responsibility) or to a lawful one (liability). In the field of liability, maximum limits (ceilings) may be imposed upon compensation, whereas in that of responsibility, the *Chorzów* rule imposes *in integrum restitutio*.¹⁸

Other Features are Also Different

There are other differences between responsibility and liability:

1. First, when damage is caused by an event which a State had an obligation to prevent, that State may normally be relieved of *responsibility* by proving that the event could not have been prevented by

¹⁶ *Yearbook... 1991*, vol. I, p. 136, para. 11. The condition which triggers the consequence is the damage caused.

¹⁷ Regarding cessation, the Commission did not consider it to be a *consequence* of the breach of the obligation, but rather the fulfilment of the primary obligation. Cessation, whether or not a consequence of the breach, would definitively not apply to the field of *sine delicto* liability, since the payment of compensation is the condition for the operator to legally continue, i.e., to not be obligated to cease, the activity.

¹⁸ See the *Chorzów Factory* case, *P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47.

using other means than those employed, whereas liability would provide for no such relief.¹⁹

2. Regarding the attribution of conduct to the State: as stated in Part One of the draft articles on State responsibility, the conduct of certain persons is *attributed* to the State (it is a *fait de l'Etat*) when that person is (a) an organ of the State, acting in such capacity (article 5); (b) an organ of a territorial public entity of such State (article 7, paragraph 1) or an organ of an entity not pertaining to the structure of the State, but authorized by the domestic law of that State to exercise the prerogatives of public power (article 7, paragraph 2); (c) exercising the prerogatives of public power in certain circumstances (article 8, paragraphs 1 and 2).

For the purposes of liability, there does not seem to be any actual attribution of *conduct* to the State when it is made liable for the damage caused by a privately conducted activity, i.e., no act of the operator of a hazardous activity is considered a *fait de l'Etat*. Instead there seems to be an attribution to the State of the *consequences* of other people's conduct.

There are few examples of State liability in international law. One is that of the 1960 Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy,²⁰ as modified by the 1963 Brussels Convention Supplementary thereto²¹ (article 3, paragraphs (b) and (c)), and also the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage²² (article VII, paragraph 1), where in case of the damage exceeding certain limits, the State is required to provide the funds for the amount not being covered by the operator or his insurance. The operator is strictly liable under those Conventions and the State is not allowed to raise any defenses. Therefore, there seems to be no reason why such obligation of the State, which places itself "in the shoes" of the private operator for the payment due, should not be considered State liability. The State here seems to be indirectly liable in its capacity as territorial sovereign, the decisive consideration for the attribu-

¹⁹ Obligations to prevent a given event are included in article 23, Part One, of the draft articles on State responsibility, in respect of which the International Law Commission has stated that: "The State can obviously be required only to act in such a way that the possibility of the event is obstructed, i.e., to frustrate the occurrence of the event as far as lies within its power. Only when the event has occurred because the State has failed to prevent it by different conduct, and when the State is shown to have been capable of preventing it by different conduct, can the result required by the obligation be said not to have been achieved", *Yearbook... 1978*, vol. II (Part Two), pp. 82-83, para. (6).

²⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 956, p. 251.

²¹ International Atomic Energy Agency, *International Conventions Relating to Civil Liability for Nuclear Damage*, Legal Series, No. 4, rev. ed., p. 43.

²² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1063, p. 265.

tion of consequences is that the activity was conducted *under the State's jurisdiction or control* by private operators.²³

3. When an obligation is breached by a continuous act, responsibility rules impose the obligation of cessation, whereas in the field of liability the continuation of the activity is of the essence if compensation is to be paid for the damages.

4. As to reparation, responsibility requires a full reparation (*in integrum restitutio*) which should, as it were, *wipe out all the consequences of the illicit act*.²⁴ The key idea of reparation, according to the *Chorzów Factory* decision, is *to create the conditions which in all probability would have existed had the wrongful act not occurred*. As we have seen, such reparation is obtained by the methods which international law has regarded as suitable, namely, restitution in kind, compensation by equivalent, satisfaction and guarantees of non-repetition, combined so that all aspects of the harm are covered. In brief, it has been general international law that has imposed, through secondary rules, the obligation of reparation as a consequence of the violation of a primary rule. The content, forms and degrees of reparation have also been established by international custom and were generally declared by the Permanent Court of International Justice in the *Chorzów Factory* case.

Such full reparation is not necessarily due in the case of liability, where the damage is produced by an act which is not prohibited by law. Therefore, the compensation is ascribed to the operation of the primary rule: it is a conduct imposed by the primary rule itself. There does not appear to be a clear international custom with respect to the content, form and degrees of reparation corresponding to the damage in *sine delicto* liability, but there are some indications in international practice that they are not following the same lines as the *Chorzów* rule. *Restitutio in integrum* is not as rigorously respected in this field as in that of wrongful acts, as illustrated by the existence of thresholds below which the harmful effects do not meet the criterion of reparable damage, as well as the imposition, in legislative and international practice, of ceilings on compensation. Both the upper and lower limita-

²³ Under the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, where naturally all the agents launching objects to the space or manning them are State organs, the compensation is to be paid by the State (United Nations, *Treaty Series*, vol. 961, p. 187). It may be a matter of speculation whether the State is liable because the acts of the State organs constitute a *fait de l'Etat*, or because the operation was performed *under the jurisdiction or control* of the State.

²⁴ See the *Chorzów Factory* case (footnote 18 above). Article 42, Part Two, of the draft articles on State responsibility as provisionally adopted on first reading by the International Law Commission reads: "The injured State is entitled to obtain from the State which has committed an internationally wrongful act full reparation...".

tions, which were imposed for practical reasons, create a category of non-recoverable harmful effects.²⁵

5. Last, but certainly not least, in the field of responsibility for a wrongful act, the decisive factor is the wrongfulness of the act, regardless of *whether or not damage ensues*. Damage, is, on the contrary, essential to *sine delicto* liability: it triggers the imposition of consequences.

Regarding responsibility, the International Law Commission did not accept the existence, besides the subjective and objective elements of responsibility, of a third constitutive element of an internationally wrongful act, usually called "damage". Such, at least, was its position when provisionally approving Part One of the draft articles on State responsibility.²⁶

Conclusion

All of the previous differences unequivocally point to liability and responsibility as two different legal species. Though in most languages their name may be the same (*responsabilité, responsabilidad*), some authors like Ago attribute this to the fact that legal language is relatively poor. Some others go as far as to use a different name for what is generally known as liability: liability would be only a form of guarantee given by the operator as a condition for the legality of the activity conducted.²⁷

²⁵ The *Chorzów* rule, however, obviously serves as a guideline, although not a strict benchmark, in the field of *sine delicto* liability as well, because it is reasonable and embodies the element of justice. The exceptions are due mainly to practical reasons: sometimes a ceiling is fixed in order to limit the amounts insured, and a threshold sometimes acknowledges the fact that we are all today both polluters and victims of pollution. It is evident, however, that the law must seek reparation, as far as possible, for all damages.

²⁶ Most of the members of the Commission "... recognized that the economic element of damage referred to by certain writers was not inherent in the definition of an internationally wrongful act as a source of responsibility, but might be part of the rule which lays upon States the obligation not to cause certain injuries to aliens. Furthermore, with regard to the determination of the conditions essential for the existence of an internationally wrongful act, the Commission also recognized that under international law an injury, material or moral, is necessarily inherent in every violation of an international subjective right of a State. Hence the notion of failure to fulfil an international legal obligation to another State seemed to the Commission fully sufficient to cover this aspect, without the addition of anything further". *Yearbook... 1971*, vol. II (Part One), p. 223, document A/CN.4/246 and Add.1-3, para. 74.

²⁷ See R. Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, 5th ed. (Naples, Liguori, 1968), pp. 590-591. However, we have seen that it has been called *responsabilité pour risque* in French law, and something equivalent in most legal systems of the world. It seems too late now to change that name into one different from "liability" or "responsabilité".

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'INDIVIDU EN MATIÈRE CRIMINELLE

Doudou Thiam

Pendant longtemps, les juristes ont considéré que les violations du droit international ne pouvaient être le fait que des Etats. Les actes commis par des agents de l'Etat disparaissaient derrière l'écran que constituait l'Etat.

Cette conception traditionnelle qui exclut toute responsabilité internationale de l'individu en matière pénale fut encore soutenue au procès de Nuremberg par les avocats des accusés. L'avocat de Von Ribbentrop déclarait, en particulier, que « les hommes d'Etat sont chargés des intérêts de leurs peuples. Si leur politique échoue, le pays pour le compte duquel ils agissent doit en supporter les conséquences et c'est l'histoire qui portera sur ces hommes un jugement. Mais, au point de vue juridique, ils ne sont responsables qu'envers leur propre pays des actes dont on accuse celui-ci, actes considérés comme des violations du droit international. Le pays étranger, lésé par ces actes, ne peut rendre responsable celui qui les a commis »¹.

Cette théorie a reçu un démenti dans le jugement de Nuremberg, selon lequel « [c]e sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent des crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international »². L'évolution ne s'est pas faite sans de nombreuses tentatives demeurées vaines.

Déjà au cours de la première guerre mondiale, une déclaration du 18 mai 1915, publiée par les Gouvernements de la France, de la Grande-Bretagne et de la Russie indiquait ce qui suit : « En présence de ces nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation, les Gouvernements [de la France, de la Grande-Bretagne et de la Russie] font savoir publiquement à la Sublime Porte qu'ils tiendront personnellement responsables desdits crimes tous les membres du Gouvernement ottoman ainsi que ceux de ses agents qui se trou-

¹ Cité dans *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg : Historique et analyse. Mémoire du Secrétaire général des Nations Unies, document A/CN.4/5*, p. 42.

² *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 1947*, p. 235.

veraient impliqués dans de pareils massacres »³. Les crimes visés étaient ceux commis contre la minorité arménienne dans ce pays.

A la fin de la première guerre mondiale, le Traité de Versailles établit le droit des puissances victorieuses de traduire devant les tribunaux militaires, après la conclusion du Traité de paix, les individus ennemis auxquels étaient imputés des crimes de guerre. L'article 229 de ce Traité visait notamment les auteurs d'actes commis contre les ressortissants de plusieurs pays qui devaient être jugés par des tribunaux militaires composés de membres appartenant aux puissances intéressées. C'est sur la base de ce Traité que fut demandée aux Pays-Bas, où il s'était réfugié, l'extradition de l'Empereur Guillaume II de Hohenzollern. Cette extradition ne fut pas accordée, parce que les poursuites, selon le gouvernement requis, manquaient de base légale. Les Pays-Bas déclarèrent néanmoins que « si, dans l'avenir, il était constitué par la Société des Nations une juridiction internationale compétente pour juger, dans le cas d'une guerre, *des faits qualifiés crimes et soumis à des sanctions par un statut antérieur aux actes commis*, il appartiendrait aux Pays-Bas de s'associer à ce nouveau régime »⁴.

Il convient d'examiner les bases conventionnelles de la responsabilité pénale de l'individu avant d'examiner les principes qui gouvernent cette responsabilité.

I. Les bases conventionnelles de la responsabilité internationale

C'est après la seconde guerre mondiale que l'émergence de l'individu comme sujet de droit international en matière criminelle entra réellement dans les faits. L'Accord du 8 août 1945 créa le Tribunal militaire international de Nuremberg. La Charte approuvée le 19 janvier 1946 par le commandement suprême des forces alliées en Extrême-Orient créa le Tribunal militaire international en Extrême-Orient. La Loi n° 10 du Conseil allié de contrôle du 20 décembre 1945 fournit à chaque autorité d'occupation une base juridique pour poursuivre les délinquants autres que ceux qui devraient être jugés par un tribunal militaire international.

Plus tard intervinrent les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels relatifs à la répression des infractions et des infractions graves auxdits instruments.

³ Mémoire de la délégation nationale arménienne déposé par la délégation hellénique le 14 mars 1919, *Recueil des actes de la Conférence de la paix, 1919-1920*, Partie IV B(2) — Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions, Paris, 1922, p. 511.

⁴ Note du Gouvernement néerlandais du 23 janvier 1920, citée dans le mémorandum préparé par le Professeur V. Pella et publié sous le couvert d'une note du Secrétariat, *Yearbook... 1950*, vol. II, document A/CN.4/39, par. 61.

Malgré le jugement du Tribunal de Nuremberg qui avait rejeté énergiquement la théorie de la responsabilité pénale de l'Etat, certains auteurs ont continué à soutenir cette théorie. Un des plus tenaces était Vespasien Pella. Dans un mémorandum présenté par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, Vespasien Pella défendait encore avec conviction la thèse de la responsabilité internationale pénale de l'Etat.

« Si », écrit Pella, « sa responsabilité pénale a été dûment établie, l'Etat rebelle contre lequel on a eu recours à des mesures de contrainte impliquant l'emploi de la force armée, ne pourra se dérober derrière l'argument fallacieux qu'il a dû s'incliner devant la contrainte et non pas devant la justice. Faute de la reconnaissance d'une telle responsabilité, il continuera, au contraire, à se considérer, comme *Etat vaincu* et non pas comme *Etat coupable* [...]. Si, donc, l'on admet la responsabilité pénale d'un Etat, ce dernier devra reconnaître que les sanctions dont il porte le poids ne sont plus la conséquence de sa défaite, c'est-à-dire l'effet d'un rapport de force. Ces sanctions auront été imposées par une décision de la justice internationale constatant qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis. »

Examinant, ensuite, les arguments invoqués contre la responsabilité pénale de l'Etat, Vespasien Pella les combat sans complaisance.

L'argument selon lequel les Etats étant de simples fictions incapables, par leur nature, de commettre des crimes, toute sanction prise contre eux serait en fait une sanction contre l'ensemble des particuliers qui relèvent de ces Etats est, selon Vespasien Pella, un argument fallacieux, car « la nation entière dont l'Etat n'est que le représentant juridique, peut subir les conséquences des mesures prises contre l'Etat, en raison des crimes commis par les organes de l'Etat ».

Il est faux de prétendre, poursuit l'auteur, que la partie de la population n'ayant pas consenti à la commission des crimes serait injustement frappée. « Il est inévitable que [...] la partie de la population qui s'est opposée ouvertement ou clandestinement aux crimes commis soit presque toujours éprouvée. Même dans l'application ordinaire des peines, il arrive qu'une peine entraîne des souffrances morales ou économiques pour les parents innocents du délinquant ».

Selon Vespasien Pella, « [l]e fait même que ce ne sont pas seulement les détenteurs du pouvoir mais l'Etat tout entier qui peut être l'objet de mesures pénales, peut contribuer à favoriser le développement d'une opposition contre les criminels qui se trouvent à la tête de l'Etat ».

Enfin, le même auteur s'appuie sur l'Article 51 de la Charte, relatif à la légitime défense. Cette disposition qui réserve aux Etats le droit de légitime défense individuelle ou collective introduirait, en droit international, «... une institution de droit pénal, qui implique l'existence de la responsabilité pénale de l'Etat»⁵.

La tendance à considérer les Etats comme pénalement responsables semble s'expliquer par le fait que la plupart des crimes en cause sont des crimes massifs qui ne peuvent, apparemment, être commis qu'avec les moyens de l'Etat, par des personnes investies d'un pouvoir de commandement. De ce fait, on a tout naturellement confondu l'Etat avec les agents qui ont utilisé, à des fins criminelles, les moyens mis à leur disposition pour exercer leur mission.

A cette explication s'ajoute le fait que le projet d'article 19 sur la responsabilité internationale des Etats, adopté en première lecture par la Commission du droit international, désigne les faits internationalement illicites d'un Etat ayant une extrême gravité sous le nom de « crimes internationaux ».

Il est juste de rappeler toutefois que la Commission du droit international a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'indiquer, dans ses commentaires, que le mot « crime » peut être pris dans deux acceptions différentes.

Dans une première acception, le mot « crime » s'applique à un manquement d'une extrême gravité par un Etat à une obligation internationale. Cette acception n'implique et ne peut pas impliquer l'application d'une sanction pénale à l'Etat auteur de ce manquement. Elle entraîne des conséquences autres que pénales, qui tendent à faire cesser le fait illicite ou à en réparer les conséquences préjudiciables.

Dans une seconde acception, le mot « crime » s'applique au manquement le plus grave que peut commettre un individu à une obligation qu'impose le droit international pénal. Ce manquement est une infraction dont l'auteur est passible d'une sanction pénale.

La présente étude ne s'intéresse qu'à la seconde acception du mot crime, celle qui engage la responsabilité pénale de l'individu.

A plusieurs reprises, la Commission du droit international a mis en garde contre toute confusion entre ces deux sens du mot « crime ». Elle l'a fait à l'article 4 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui stipule que : « Le fait que le présent Code prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix

⁵ *Ibid.*, pars. 69, 70 et 77.

et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des Etats en droit international »⁶.

Le commentaire de cet article 4 indique que « le châtement personnel d'individus-organes de l'Etat « n'épuise certes pas la responsabilité internationale incombant à l'Etat pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas ». La responsabilité de l'Etat peut donc subsister sans qu'il puisse s'en dégager en invoquant la poursuite ou la punition des individus auteurs du crime »⁷.

Dans les statuts des tribunaux criminels internationaux récemment créés pour connaître des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda, cette orientation n'est pas démentie. Le rapport du Secrétaire général, établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, précise que « [d]ans pratique toutes les observations écrites que le Secrétaire général a reçues, il est suggéré que le statut du tribunal international contienne des dispositions concernant la responsabilité pénale individuelle des chefs d'Etat, hauts fonctionnaires et personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles »⁸.

Le commentaire du statut de ce Tribunal précise encore que « l'expression « personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire », prise dans son sens ordinaire, désign[e] les personnes physiques à l'exclusion des personnes morales »⁹. Il ajoute : « La question se pose toutefois de savoir si une personne morale, telle une association ou une organisation, peut être considérée en tant que telle, comme auteur d'un crime, ses membres étant alors, pour cette seule raison, soumis à la juridiction du Tribunal international. Le Secrétaire général pense que ce concept ne devrait pas être retenu en ce qui concerne le Tribunal international. Les actes criminels énoncés dans ce statut sont exécutés par des personnes physiques; ces personnes seraient soumises à la juridiction du tribunal international, indépendamment de leur appartenance à des groupes »¹⁰.

Enfin, le statut du dernier-né des tribunaux internationaux, créé par la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité pour connaître des crimes commis au Rwanda contre le droit humanitaire, va dans le

⁶ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 47.

⁷ *Ibid.*, par. (2) du commentaire relatif à l'article 4.

⁸ Document S/25704, par. 55.

⁹ *Ibid.*, par. 50.

¹⁰ *Ibid.*, par. 51.

même sens¹¹. L'article 6 de ce statut est consacré à « la responsabilité pénale individuelle ».

Il existe donc, depuis le procès de Nuremberg, une ligne de pensée constante selon laquelle la responsabilité internationale en matière criminelle est une responsabilité de l'individu et de l'individu seul, à l'exclusion de l'Etat.

Reste maintenant à examiner les principes généraux qui gouvernent cette responsabilité.

II. Principes généraux de la responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle

Ces principes résultent du statut et du jugement du Tribunal de Nuremberg. L'Assemblée générale des Nations Unies a chargé la Commission du droit international de formuler ces principes par sa résolution 95 (I) du 11 décembre 1946. Le texte de ces principes adopté par la Commission en 1950¹² a été soumis à l'Assemblée à sa cinquième session. Le nouveau projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité tient largement compte de ces principes qui sont repris dans sa première partie.

Ces principes peuvent être divisés en deux catégories. Certains s'appliquent à tout individu auteur d'un crime international. D'autres, qui ont un champ plus limité, ne s'appliquent qu'aux individus agents de l'Etat.

1. Principes s'appliquant à tout individu auteur d'un crime international

Il s'agit des principes I, II, V et VII formulés par la Commission du droit international.

Le principe I consacre la responsabilité internationale de l'individu en matière pénale. Selon ce principe « [t]out auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement ».

Par le mot « *auteur* », il faut évidemment entendre la personne physique à l'exclusion de l'Etat, en application du jugement de Nuremberg qui, sur ce point, a été très explicite.

Le principe II réaffirme l'autonomie du droit international pénal. En vertu de ce principe, « [l]e fait que le droit interne ne punit pas un

¹¹ Document S/RES/955 (1994).

¹² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, pp. 12-16.

acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis. » Il en résulte que la responsabilité internationale de l'individu, en matière pénale, aussi bien en ce qui concerne les faits que leur qualification et leur sanction, relève d'un régime différent et obéit, en conséquence, à des règles distinctes. Ainsi, un acte qualifié d'homicide par le droit interne peut être qualifié de génocide par le droit international si cet acte répond à la définition que donne de ce crime la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide.

Cette autonomie du droit international pénal peut entraîner d'autres conséquences importantes et notamment en ce qui concerne l'application de la règle *non bis in idem* qui connaît, en droit international pénal, une exception importante. Ainsi, un individu jugé et condamné pour assassinat pourrait à nouveau être jugé s'il est établi que l'acte pour lequel il a déjà été jugé relève d'une autre qualification, et constitue, par exemple, un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le nouveau projet de code établit cette exception qui a été également reprise dans les statuts des tribunaux internationaux créés pour connaître des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda.

Le principe V est relatif aux garanties judiciaires universellement reconnues et ne nécessite pas de longs commentaires. Ces garanties se retrouvent aussi bien dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 que dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

Enfin le principe VII est relatif à la complicité. Selon ce principe, la complicité d'un acte qui constitue un crime de droit international est un crime de droit international. Ce principe qui paraît évident a suscité de longs débats à la Commission du droit international parce que la notion de complicité a un contenu variable selon les systèmes juridiques. Elle peut englober des faits non seulement antérieurs à l'acte principal ou concomitants avec lui, mais aussi des faits postérieurs à cet acte. Dans le système du *common law*, on appelle ces faits « *accessories after the facts* ». Dans d'autres systèmes juridiques, de tels faits constituent des infractions autonomes et non des actes de complicité. Ainsi, en droit français, le recel est une infraction, alors que dans d'autres systèmes juridiques, il relève de la complicité.

2. Principes relatifs à la responsabilité pénale des agents de l'Etat

Il s'agit des principes III et IV.

Il arrive parfois que l'individu, agissant en sa qualité d'agent ou de représentant d'un Etat, commette un acte ayant un caractère criminel.

Certains actes criminels ne peuvent d'ailleurs être commis que par des agents d'un Etat. Il en est ainsi, par exemple, de la plupart des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. La commission de ces crimes implique, nécessairement, l'exercice d'un pouvoir de commandement. C'est le cas notamment de l'agression.

Selon le principe III « [l]e fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international ». On se souvient de la règle invoquée par les avocats des accusés au procès de Nuremberg, selon laquelle les hommes d'Etat ne peuvent pas être tenus pour pénalement responsables de faits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

Le principe III est nouveau à cet égard et constitue un revirement complet par rapport à ce qui était considéré comme étant le droit.

Le principe IV est relatif à la responsabilité des agents de l'Etat ayant exécuté l'ordre d'un supérieur hiérarchique. Selon ce principe « [l]e fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international s'il a eu moralement la faculté de choisir ».

L'expression « s'il a eu moralement la faculté de choisir » est relative à la situation de contrainte où se trouverait l'auteur. A ce sujet, on s'est parfois demandé si l'argument tiré de la contrainte peut être invoqué en cas de crimes contre l'humanité, étant donné les mobiles de ces crimes qui sont, par définition, des mobiles politiques, raciaux ou religieux. Le mobile est incorporé dans la définition même du crime contre l'humanité. Celui-ci suppose que l'auteur a agi, inspiré par ces seuls mobiles, indépendamment de toute contrainte. Lorsque tel est le cas, quelle situation de contrainte l'accusé peut-il invoquer ?

Aussi la jurisprudence des tribunaux militaires internationaux et notamment des tribunaux militaires établis en Allemagne en vertu de la loi n° 10 du Conseil allié de contrôle, exige-t-elle des conditions très restrictives. La contrainte doit consister dans l'existence d'un péril imminent, visant l'intégrité physique ou la vie. Mais les tribunaux ont parfois exigé des conditions encore beaucoup plus rigoureuses. Il peut exister, dit un jugement, des situations « où l'ordre juridique exige exceptionnellement d'une personne une conduite dépassant la nature humaine et qui consiste à surmonter l'instinct de conservation »¹³. Lorsque, par exemple, un agent consent à exercer une fonction

¹³ Cité dans H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 406.

HUMANITARIAN INTERVENTION

Edmundo Vargas Carreño

I. General Comments

The topic of humanitarian intervention is not new, but it has regained importance in the post-Cold War environment, which has opened the door for the international community to seek to protect, save or aid people gravely affected by certain situations through Security Council action, including the use of armed force.

In the 1970s and 1980s when the Cold War was still being waged and in light of the frustration resulting from the Security Council's inertia, some international jurists asserted that, under certain circumstances and conditions, it would be possible for a State to intervene in another through use of force, if, by so doing, the violation of human rights was prevented or a despotic regime was eliminated.¹ Two such situations, e.g. unilateral and collective interventions for humanitarian reasons, will be the subject of this essay.

Generally speaking, the notion of humanitarian intervention applies to a situation where a State or a group of States enters into the territory of another State by using force, with the objective of aiding that State's inhabitants when their fundamental human rights have been affected by an internal conflict or by the actions of their Government. In this sense, even though it was formulated more than 75 years ago, Rougier's classical definition of humanitarian intervention still stands. According to that definition, "[l]a 'théorie de l'intervention

¹ See R. Lillich, ed., *Humanitarian Intervention and the United Nations* (Charlottesville, VA, University Press of Virginia, 1973); J. N. Moore, ed., *Law and Civil War in the Modern World* (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1974); W. M. Reisman and M. S. McDougal, "Humanitarian Intervention to Protect the Ibos", in Lillich, *op. cit.*, pp. 167-195; W. M. Reisman, "Coercion and Self Determination: Construing Charter Article 2 (4)", *AJIL*, vol. 78 (1984), pp. 642-645; "Humanitarian Intervention and Fledgling Democracies", *Fordham International Law Journal*, vol. 18 (1985), pp. 794-805; J. P. Fonteyne, "The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the UN Charter", *California Western International Law Journal*, vol. 4 (1974), pp. 203-270; M. Bazylar, "Re-examining the Doctrine of Humanitarian Intervention in Light of Atrocities in Kampuchea and Ethiopia", *Stanford Journal of International Law*, vol. 23 (1987), pp. 547-619; F. R. Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality* (Dobbs Ferry, NY, Transnational, 1988); and S. G. Simon, "The Contemporary Legality of Unilateral Humanitarian Intervention", *California Western International Law Journal*, vol. 24 (1993), pp. 117-153.

d'humanité' est proprement celle qui reconnaît pour un droit l'exercice du contrôle international d'un Etat sur les actes de souveraineté intérieure d'un autre Etat contraires 'aux lois de l'humanité' '.²

For classical international jurists, like Grotius and Vattel, humanitarian intervention was perfectly legitimate. According to their teachings, a foreign prince—or sovereign—could lawfully act in the territory of another prince or sovereign who treated his subjects inhumanely.³ Even though these and other authors expressed themselves in favour of intervention for humanitarian reasons, later on, in the course of the nineteenth century and during the first decade of the present one, a new way of thinking—both European⁴ and Latin American⁵—rejected said views, on the basis of the principle of non-intervention.

Despite the fact that an ambivalent theory regarding the lawful use of force prevailed during the time prior to the adoption of the Charter of the United Nations, in practice, there were numerous cases of intervention where humanitarian considerations—obvious in some cases, controversial in most and non-existent in others—were invoked by the intervening State or States.

Currently, humanitarian intervention should be analysed in the context of certain guiding principles of contemporary international law, specially those of non-intervention, the prohibition of the use or threat of force in international relations and respect for human rights, including political rights.

Sometimes, the harmonization of these principles is not easy. It is precisely when armed action, either individual or collective, takes place that the contradictions among these principles are most evident.

On the one hand, recourse to force might mean endangering the international community's main objective, in other words, the maintenance of international peace and security; on the other hand, an armed operation destined to protect the lives of people or their funda-

² [The 'theory of humanitarian intervention' is precisely that which recognizes as a right the exercise of international control by a State over the acts of internal sovereignty of another State which are contrary 'to the laws of humanity']. A. Rougier, "La théorie de l'intervention d'humanité", *RGDIP*, vol. 17 (1910), p. 472.

³ H. Grotius, *De Juri Belli Ac Pacis* (1853), ch. XXV, p. 438; E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (Paris, Guillaumin et Cie, 1863), p. 55.

⁴ For example, A. Carnazza, *Traité de droit international en temps de paix* (1880), p. 557; and P. Pradier Fodéré, *Traité de droit international européen et américain* (1885), p. 655.

⁵ For example, A. Bello, *Obras completas* (1886), vol. X, p. 35; L. Pereira, *Principios de Direito Internacional* (1902), vol. I, pp. 97-98; and I. Fabella, *Intervention* (Paris, Pedone, 1961), p. 40.

mental rights might address another essential objective of the contemporary international community, such as respect for human rights.

Even though this essay will only cover humanitarian intervention, be it individual or collective, it is important to bear in mind that there are many other related topics, to which it is impossible to refer in an article such as this. One of these topics, for example, is humanitarian aid, frequently confused with humanitarian intervention. The objective of humanitarian aid is to help all the victims, without distinction or discrimination and without resorting to the use of armed force against any sector of the population, although there is a possibility of employing military elements in order to provide logistic support. On the contrary, in the case of humanitarian intervention, the use of force has as its objective the protection of a segment of the population whose human rights have been disregarded either by a rival group or by the Government.

This distinction between humanitarian intervention and humanitarian aid is implicit in the Judgment of the International Court of Justice in the case concerning the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), where the Court, on the one hand, specifically rejected the use of force on the part of a State as an "appropriate method to monitor or ensure" respect for human rights,⁶ while, on the other hand, it accepted "humanitarian aid" as lawful, declaring that "[t]here can be no doubt that the provision of strictly humanitarian aid to persons or forces in another country, whatever their political affiliation or objectives, cannot be regarded as unlawful intervention, or as in any other way contrary to international law".⁷

II. The Principle of Non-Intervention

There is little doubt that non-intervention—or the obligation not to intervene in the internal or external affairs of a State—constitutes a well-established principle of contemporary international law.

The determination of what constitutes an act of intervention, as conduct contrary to international law, has not always been easy.⁸ None-

⁶ *I.C.J. Reports 1986*, p. 134.

⁷ *Ibid.*, p. 124.

⁸ Oppenheim defines intervention as "dictatorial interference by a State in the affairs of another State for the purpose of maintaining or altering the actual conditions of things". *Oppenheim's International Law*, 8th ed., H. Lauterpach, ed. (London, Longmans, 1955), vol. I: *Peace*, p. 305.

theless, it is possible to indicate certain fundamental criteria that can help to describe this phenomenon.⁹

In the first place, as for the subject of an intervention, only States can be potential subjects. It is true that, in international practice, one can find examples of abusive conduct on the part of some private enterprises or other non-State entities that intervene illegally in the internal affairs of a State, but such conduct, unless it is sponsored by a foreign State, should be regulated only by the internal law of the affected State.

As for the substance of the intervention, it consists of executing actions intended to bend the will of another State. Of course, concepts such as excess, abuse and distortion are implicit. Therefore, we are talking about a deformation of normal relations between States and a deviation from the regular negotiating channels, thus perturbing the regular methods of conducting international relations.

As for the means, intervention may vary according to the circumstances. In international practice, one can find various instances of intervention, both military and non-military, even though the former represents the most extreme and grave example of intervention which, as shall be seen later, constitutes a violation of fundamental provisions of contemporary international law.

Finally, a fundamental element is that interference occurs with regard to matters exclusively within the domestic jurisdiction of the State concerned, a matter which, as indicated by the Permanent Court of International Justice, is relative and "depends upon the development of international relations".¹⁰

The principle of non-intervention owes its origin to a Latin American contribution. This region had suffered the experience of painful armed interventions, some of them based on supposedly humanitarian reasons. Latin American efforts to secure a legal status to said principle were eventually recognized for the first time in 1933 in the Montevideo Convention on Rights and Duties of States. Article 8 established that: "No State has the right to intervene in the internal or the external affairs of another".

After having been reiterated in several resolutions and declarations of Inter-American Conferences, the principle of non-interven-

⁹ Similar criteria are found in the *Exposición de Motivos respecto de los casos de violaciones al Principio de No Intervención* prepared by the Inter-American Juridical Committee, of which the author of this essay was Special Rapporteur. See Inter-American Juridical Committee, *Recommendations and Reports 1974-1977*, vol. 11, pp. 97-104.

¹⁰ Advisory opinion with regard to the *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, P.C.I.J., Series B, No. 4, p. 24.

tion was later embodied in Article 18 of the Charter of the Organization of American States (OAS) in the following terms:

“No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reasons whatever, in the internal or external affairs of any other State. The foregoing principle prohibits not only armed force but also any other form of interference or attempted threat against the personality of the State or against its political, economic, and cultural elements.”

Likewise, other regional organizations, such as the League of Arab States and the Organization of African Unity (OAU), have explicitly included the principle of non-intervention in their constituent instruments.¹¹

On the other hand, among the principles embodied in the Charter of the United Nations, there is none which expressly prohibits a State or group of States from intervening in the affairs of another State. It is possible that this omission might be due to the fact that, when the first draft of the Charter was prepared, as well as during the debate at the San Francisco Conference, the concepts of intervention and the use of force did not seem to represent two distinct categories. This explains why, for the first commentators on the Charter, such as Kelsen, the obligation of a State not to intervene in the affairs of another State was implied in the obligation arising from Article 2, paragraph 4, of the Charter to refrain from the use or threat of force.¹² Others authors, like Jiménez de Aréchaga, believe that the prohibition for the Organization to intervene in matters within the domestic jurisdiction, contained in Article 2, paragraph 7, would also include States, since the Charter may not authorize States to do what the Organization itself may not do and that the principles which have been established in Article 2 are applicable both to the Organization as well as all its Member States.¹³

In any case, the principle of non-intervention is derived from other provisions and principles of the Charter, particularly that which recognizes the sovereign equality of States, since such equality would lack any value if States could intervene in the internal affairs of other States.

Therefore, it is not surprising that the International Court of Justice explicitly rejected, in its first Judgment with respect to a conten-

¹¹ See Article 8 of the Pact of the League of Arab States and Article 3 of the OAU Charter.

¹² H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (London, Stevens, 1950), p. 770.

¹³ E. Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional contemporáneo* (Madrid, Tecnos, 1980), p. 137.

tious case, the so-called right to intervene, as contrary to international law. In the *Corfu Channel* case, it indicated that:

“The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself”.¹⁴

Several years later, the Court reiterated the validity of the principle of non-intervention in an even wider sense, reaffirming that said principle “involves the right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference”,¹⁵ and that it “forbids all States or groups of States to intervene directly in internal or external affairs of other States”.¹⁶

In 1949, shortly after its creation, the International Law Commission included this principle in the draft Declaration on the Rights and Duties of States, stipulating in article 4 that “[e]very State has the duty to refrain from intervention in the internal or external affairs of any other State”.¹⁷

Later, in successive resolutions of the General Assembly of the United Nations, particularly resolution 2131 (XX) of 21 December 1965 entitled “Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty”, as well as resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970, whereby it adopted the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, the principle of non-intervention was recognized as one of the fundamental principles of contemporary international law.

Even though the above antecedents leave no doubt that the principle of non-intervention constitutes one of the fundamental pillars upon which contemporary international law rests, this does not mean that is an absolute principle. Even resolutions 2131 (XX) and 2625 (XXV), which reproduce the final part of Article 2, paragraph 7, of the Charter, have explicitly indicated that said principle, as formulated in

¹⁴ *I.C.J. Reports 1949*, p. 35.

¹⁵ Case concerning the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 106.

¹⁶ *Ibid.*, p. 108.

¹⁷ *Yearbook... 1948*, p. 135.

the above-mentioned resolutions, may not in any way affect the provisions of the Charter of the United Nations regarding the maintenance of international peace and security. Moreover, as will be examined later, in the present state of international relations, human rights may not be considered as a matter exclusively within the domestic jurisdiction of States, which is why, on an international level, a State may not invoke the principle of non-intervention to justify its conduct with regard to the treatment of people under its jurisdiction.

III. The Prohibition of the Threat or Use of Force

According to Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations:

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

This is one of the most fundamental provisions of contemporary international law and the cornerstone of peaceful relations among States. In this respect, it is worth remembering that the International Law Commission has indicated that the provision of the Charter prohibiting the use or threat of force in international relations constitutes an example of *jus cogens*.¹⁸

For its part, the International Court of Justice has reiterated the validity of the prohibition by the Charter of the use of force in international relations.¹⁹

The principle contained in Article 2, paragraph 4, of the Charter has been confirmed and developed by General Assembly resolutions, in particular resolution 2625 (XXV), resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974 on the Definition of Aggression and resolution 42/22 by which the Assembly adopted, on 18 November 1987, the Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations.

Despite what has been said, there is no consensus in the doctrine as to the scope and extension of said norm. Therefore, the last paragraph of resolution 2625 (XXV) admits that there are “cases in which the use of force is lawful”.

For the majority of the doctrine, force in international relations may only be used lawfully when it has been ordered or authorized by a competent international organ or when it is exercised as a legitimate act of individual or collective self-defence. As Jiménez de Aréchaga

¹⁸ *Yearbook... 1966*, vol. II, p. 247, document A/6309/Rev.1.

¹⁹ *Nicaragua case* (see footnote 15 above), p. 90.

has written, the use of force in international relations has the same status as in municipal law: it is a crime, or a sanction, or an act of self-defence.²⁰

On the contrary, other authors, interested in conferring greater discretionary power to States to use force, without renouncing the validity of the norm contained in Article 2, paragraph 4, of the Charter, have interpreted it in a wider sense, arguing that, in addition to the two exceptions above, there would be other situations in which recourse to the use of force would be justified. Oscar Schachter, who has studied this matter in depth, has divided into the following categories the alleged circumstances in which the use of force would be permissible according to these authors:

- (1) where force is used in a foreign State with the consent of the *de jure* Government of that State (referred to sometimes as "Intervention on Invitation");
- (2) where force is used to recover territory illegally occupied by a foreign State;
- (3) where force is used for humanitarian objectives to prevent or suppress atrocities and massive violations of human rights;
- (4) where force is used to assist a people struggling for national liberation;
- (5) where force is used to assist a people struggling for democratic rights against a repressive regime;
- (6) where force is used to protect or secure legal rights when no other means are available.²¹

Among the situations mentioned by Schachter, those which interest us for the purposes of this essay are interventions carried out with the purpose of preventing or suppressing atrocities and massive violations of human rights and cases where force is used against a repressive regime, in other words, what is usually referred to as humanitarian interventions.

IV. Non-Intervention and Human Rights

Under contemporary international law, there is no doubt that human rights issues do not belong exclusively to the domestic jurisdiction of States. In reality, very few topics are as regulated by treaties and international conventions, as well as by customary international law, as

²⁰ Jiménez de Aréchaga, *op. cit.* (footnote 13 above), p. 177.

²¹ O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), p. 113.

are human rights. In order to protect these rights, several organs have been created in the framework of both the United Nations and regional organizations.

The International Law Commission, while reiterating the importance of non-intervention as a fundamental principle of contemporary international law, has nonetheless indicated its limited scope, especially due to "the decline in the number of situations qualifying as internal affairs and to the emergence of situations, affecting human rights in particular, in which the internal jurisdiction exception was unwarranted".²²

For its part, the doctrine has, in a practically uniform manner, confirmed this view, which means that, on the one hand, States may not invoke as an internal affair the manner in which they treat people under their jurisdiction and, on the other, that States and international organizations do not cease to respect the principle of non-intervention when they adopt measures against States that violate human rights, if such measures are compatible with other norms of international law.

As for the measures which other States may adopt regarding those States which commit grave violations of the human rights of persons under their jurisdiction, as long as they are compatible with other provisions of international law, they may not be considered unlawful interventions. Thus, for instance, diplomatic statements or expressions of preoccupation and disapproval regarding human rights violations are perfectly lawful.

Nonetheless, in view of the ever greater importance attached by the international community to the task of ensuring respect for human rights, it would seem to be more appropriate for States to direct their criticism through the organs and procedures which international treaties, both regional and universal, have established to promote such rights. In this regard, the International Court of Justice stated in the *Nicaragua* case:

"... where human rights are protected by international conventions, that protection takes the form of such arrangements for monitoring or ensuring respect for human rights as provided for in the conventions themselves."²³

Consequently, the promotion of fundamental human rights seems to be one of the most effective achievements of contemporary international law. Such action, as already mentioned, can take place either through regional systems established for that purpose or

²² Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session, *Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 10 (A/50/10)*, para. 75.

²³ *I.C.J. Reports 1986*, p. 134.

through the United Nations. The coexistence of the two systems—regional and global—certainly calls for an adequate coordination, but if this cannot be achieved and one would have to choose between the two, according to a great Latin American jurist whose prolific activity in the area of international law took place within the United Nations system, “la preferencia en materia de derechos humanos debe ser para el regionalismo. No sólo por constituir un sistema mucho más perfeccionado, sino sobre todo porque en el plano regional el problema se simplifica. En el plano mundial las oposiciones son casi insolubles: diversos niveles de civilización; diversos estilos de vida y diversas filosofías disputan entre sí, y el común denominador sólo se logra en líneas de una evasiva generalidad. En el plano regional, en cambio, el común denominador existe y la unidad jurídica también.”²⁴

The main regional systems for the protection of human rights are the European, the Inter-American and the African systems. Their appropriateness and effectiveness for the protection of human rights have been demonstrated, both by the respective constituent instruments of the regional organizations and the treaties they have adopted for the protection of human rights—the 1950 European Convention on Human Rights, the 1969 American Convention on Human Rights and the 1981 African Charter on Human and People’s Rights—as well as by abundant practice developed under these systems. The European and Inter-American systems have even established judicial organs, which, from the viewpoint of legal security represent a greater guarantee for the protection of these rights. Likewise, and as long as this does not imply the use of force, the above regional systems have had at their disposal the necessary means to persuade and even sanction States which have violated their commitment to respect the human rights protected by the instruments to which they are parties.

Even though the Charter of the United Nations does not deal with the protection of human rights with the precision and elaboration which might be called for today, the Preamble and Articles 1, 55, 56, 62, 68 and 76, paragraph (c), do not only indicate principles and objectives but also set out legal obligations for Member States, as has been confirmed by the International Court of Justice.

²⁴ [...] the preference in the area of human rights should go to regionalism. This is so not only because the latter constitutes a more perfected system, but above all because the problem is simplified on a regional basis. On a global scale, the divergences are almost insoluble: different levels of civilization; different lifestyles and diverse philosophies vie with one another, and a common denominator can only be found through an evasive generality. Whereas, on the regional scale, the common denominator exists and so does legal unity.] E. Jiménez de Aréchaga, “El derecho y la justicia, resguardos de la libertad”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 1 (1985), p. 33.

The Court, in cases where it referred to this matter, left no doubt whatsoever that the obligation to respect human rights is based on general international law.²⁵ It has indicated that the principles and rules of international law concerning the basic rights of the person engender obligations *erga omnes*;²⁶ that the human rights clauses of the Charter of the United Nations contain binding legal obligations;²⁷ and that to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint and conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.²⁸

It must be noted that several important human rights treaties have been concluded under the auspices of the United Nations, such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights; the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; the 1973 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid; the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; the 1984 Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment; the 1989 Convention on the Rights of the Child; and the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families.

In the majority of States, these treaties have been incorporated into the respective internal legal systems, either through a constitutional provision or through jurisprudence, and consequently, the human rights protected by these instruments have acquired complete legal validity in such systems.

The practice of United Nations organs is eloquent as far as the priority given to the task of promoting respect for human rights and fundamental freedoms. All its organs have been striving in this direction, starting with the General Assembly which has, on a yearly basis, adopted significant resolutions on general or specific human rights items or has called the attention of certain States to their lack of respect for human rights.

²⁵ See N. Rodley, "Human Rights and Humanitarian Intervention: The Case Law of the World Court", *ICLQ*, vol. 38 (1989), pp. 321-333.

²⁶ Case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, *I.C.J. Reports* 1970, p. 32.

²⁷ Advisory opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *I.C.J. Reports* 1971, p. 57.

²⁸ Case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *I.C.J. Reports* 1980, p. 42.

At the United Nations, progress has been made during the last few years towards a certain consensus that serious, massive or systematic violations of human rights have not only ceased to be a matter of exclusive concern to the States that commit them, but also that the international community has the obligation of contributing to prevent, suppress and sanction such human rights violations.

Thus, the former Secretary-General of the United Nations, Javier Pérez de Cuéllar, indicated in his 1991 annual report to the General Assembly that the principle of non-intervention could not be used as a protective barrier which would allow massive or systematic violations of human rights to be perpetrated with impunity. He stated, on that occasion:

“It is now increasingly felt that the principles of non-interference with the essential domestic jurisdiction of States cannot be regarded as a prospective barrier behind which human rights could be massively or systematically violated with impunity. The fact that, in diverse situations, the United Nations has not been able to prevent atrocities cannot be cited as an argument, legal or moral, against the necessary corrective action, especially where peace is also threatened... We need not impale ourselves on the horns of a dilemma between respect for sovereignty and the protection of human rights... What is involved is not the right of intervention but the collective obligation of States to bring relief and redress in human rights emergencies.”²⁹

United Nations activities in the field of human rights have not been limited to the General Assembly, the Commission on Human Rights, the Economic and Social Council and relevant subsidiary organs. The High Commissioner for Human Rights has begun to carry out important tasks and the Secretary-General has been increasingly involved in this area. Moreover, the Security Council has determined in important resolutions that certain violations of human rights constitute a threat to the peace, thus calling for action under Chapter VII of the Charter.

The first precedent in this regard dates back to the case of Rhodesia when a white minority unilaterally declared itself independent and institutionalized a regime of racial discrimination, thus prompting

²⁹ Report of the Secretary-General on the work of the Organization, *Official Records of the General Assembly, Forty-sixth Session, Supplement No. 1 (A/46/1)*, p. 5.

the Security Council to impose several economic sanctions.³⁰ Similar sanctions were also imposed on South Africa.³¹

In the post-Cold War era, the Security Council has taken action in crises involving human rights violations, including the lack of respect for political rights, adopting in some cases economic or diplomatic sanctions and even authorizing the use of force in accordance with the powers conferred upon it by Chapter VII of the Charter.

United Nations practice is unequivocal proof of the validity of the methods employed to protect and even restore respect for human rights. These means include, *inter alia*, the documenting and reporting of violations, the condemnation by a political organ of the conduct of the violating State, the imposition of economic or diplomatic sanctions and, under very special and exceptional circumstances, to be reviewed later in this article, the possibility of the use of armed force under the terms of Chapter VII of the Charter.

V. Unilateral Humanitarian Intervention

Among contemporary writers, particularly American authors, one finds strong arguments in support of armed intervention as an exception to the prohibition of the threat or the use of force if it is aimed at the protection of fundamental human rights, especially the right to life, endangered by massacres, extra-judicial executions and other atrocities, or if a despotic tyranny can be overthrown through the use of force.³²

In general, those who favour this type of unilateral armed intervention maintain that no other valid option exists, that it does not constitute a violation of Article 2, paragraph 4, since such intervention is not intended to affect the territorial integrity or the political independence of the invaded State, and that it is not incompatible with the purposes of the United Nations. On the contrary, the intervention's objective would be to reestablish respect for human rights, one of the purposes of the Organization.

The starting-point for these positions, especially when presented before the end of the Cold War, is the ineffectiveness of United Nations organs in achieving their purposes. Professor Richard Lillich, for example, referring to India's intervention in Bangladesh indicated

³⁰ See M. S. McDougal and W. M. Reisman, "Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern", *AJIL*, vol. 62 (1968), pp. 1-19. See also Security Council resolutions 221 (1966) of 9 April 1966, 232 (1966) of 16 December 1966, 253 (1968) of 29 May 1968, 277 (1970) of 18 March 1970 and 388 (1976) of 6 April 1976.

³¹ See Security Council resolutions 282 (1970) of 23 July 1970 and 418 (1977) of 4 November 1977.

³² See footnote 1 above.

that “the doctrine of humanitarian intervention, whether unilateral or collective, surely deserves the most searching reassessment given the failure of the United Nations to take effective steps to curb the genocidal conduct and alleviate the mass suffering...”³³.

For Professor Michael Reisman from Yale University, Article 2, paragraph 4, of the Charter was never conceived as “an independent ethical imperative of pacifism”, but should be regarded as an element of the collective security system set up by the Charter. This system, according to Reisman, has failed due to the paralysis of the Security Council which has been unable to accomplish the tasks with which it had been entrusted. In his judgement, the situation of the international order would be similar to that of the “Wild West” of the United States in the nineteenth century, when it became clear that the sheriff was incapable of maintaining order. As it is necessary to maintain a minimum order in the international system, in particular, to ensure respect for the fundamental principle of political legitimacy in contemporary international politics—i.e., “the enhancement of the ongoing right of peoples to determine their own political destinies”—Article 2, paragraph 4, should be interpreted in terms of this key postulate. Although Reisman admits that “all interventions are lamentable”, “some may serve, in terms of aggregate consequences, to increase the probability of the free choice of peoples about their Government and political structure”.³⁴

Nonetheless, this interpretation of the Charter of the United Nations, which would allow the unilateral use of force for humanitarian reasons, does not have the support of the vast majority of publicists, which consider Article 2, paragraph 4, as a fundamental norm of contemporary international law, to which there are no exceptions other than those established by the Charter itself.

Nor does State practice confirm this alleged right to humanitarian intervention as a valid exception to the prohibition of the use of force. In those cases where unilateral humanitarian intervention has been invoked, i.e., India in East Pakistan (1971); Tanzania in Uganda (1978); Viet Nam in Cambodia (1978); France in the Central African Republic (1979); and the United States in Grenada (1983) and Panama (1989)—perhaps with the sole exception of the French intervention in the Central African Republic—, the humanitarian motive

³³ R. Lillich, Rapporteur, “The International Protection of Human Rights by General International Law, Second Interim Report of the Sub-Committee”, in *Report of the International Committee on Human Rights of the International Law Association*, 1972, p. 54, quoted in *AJIL*, vol. 67 (1973), p. 277.

³⁴ Reisman, “Coercion and Self Determination: Construing Charter Article 2 (4)”, *op. cit.* (footnote 1 above), pp. 643-644.

was either not mentioned or it was secondary to the other reasons invoked by the intervening State.

Indeed, although India alluded to the killings caused by Pakistan, it maintained that its actions were necessary to protect its border from millions of Bengali refugees entering its territory.³⁵ Tanzania alleged self-defence.³⁶ Viet Nam's main justification was that its intervention had been requested by the Government in power in Cambodia.³⁷ The United States basically alleged that the intervention in Grenada was requested by the Governor-General of the country, that it was a response to an appeal from members of the Eastern Caribbean States exercising regional collective self-defence and that the main objective was to protect United States citizens in Grenada;³⁸ in the case of Panama, President Bush maintained that the four objectives for which he had ordered United States troops to that country were "to safeguard the life of American citizens, to help restore democracy, to protect the integrity of the Panama Canal Treaties, and to bring General Manuel Noriega to justice".³⁹

Nonetheless, none of these explanations or justifications have been approved by the United Nations. On the contrary, there is no resolution from any United Nations organ that has recognized the unilateral right of a State to intervene in another State for humanitarian reasons without the latter's consent.

Regarding the Indian intervention in East Pakistan, the General Assembly, by a vast majority, besides condemning India's intervention, called for "an immediate cease-fire and mutual troop withdrawal by India and Pakistan".⁴⁰ Even though, with respect to the interventions of France in the Central African Republic and of Tanzania in Uganda, the end of the Bokassa and Amin regimes of terror and grave violations of human rights were well received by the international community, the military interventions *per se* were not backed by any

³⁵ V. P. Nanda, "Tragedies in Northern Iraq, Liberia, Yugoslavia and Haiti: Revisiting the Validity of Humanitarian Intervention Under International Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 20 (1992), p. 317.

³⁶ Schachter, *op. cit.* (footnote 21 above), p. 124; and N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985), p. 102.

³⁷ Schachter, *op. cit.* (footnote 21 above), p. 125; and Ronzitti, *op. cit.* (footnote 36 above), p. 99.

³⁸ Nanda, *op. cit.* (footnote 35 above), p. 323. See also "The United States Actions in Grenada", *AJIL*, vol. 78 (1984), pp. 131-175.

³⁹ President's Remarks Announcing the Surrender of General Manuel Noriega to the United States Authorities in Panama, quoted in Nanda, *op. cit.* (footnote 35 above), p. 328. See also "Agora—US Forces in Panama: Defenders, Aggressors or Human Rights Activists?", *AJIL*, vol. 84 (1990), pp. 494-524.

⁴⁰ Resolution 2793 (XXVI) of 7 December 1971, adopted by 104 votes in favour, 11 against and 10 abstentions.

decisions of either the United Nations or of the OAU. As for Viet Nam's intervention in Cambodia, no United Nations organ adopted any resolution and a vast majority of States refused to recognize the regime imposed by Viet Nam on Kampuchea, even though said intervention put an end to Pol Pot's regime characterized by possibly the greatest violation of human rights in the second half of the twentieth century.

As for the intervention of the United States in Grenada and Panama, they were expressly condemned by the General Assembly of the United Nations and, in the case of Panama, even by the OAS.⁴¹

The above notwithstanding, some publicists, in light of the success of certain armed interventions, have elaborated theories of what could be "a paradigm of how an intervening nation must act in order to legally intervene unilaterally for humanitarian reasons".⁴²

Steve Simon, for example, maintains that :

"... a nation must be driven by humanitarian motives to intervene for humanitarian purposes. Second, the targeted nation must be grossly violating its citizens' human rights. Third, the mission must be narrowly targeted to human rights violations with as little blood as possible spilled in the process of liberating people from those human rights abuses. Fourth, the territory of the former nation must not be conquered or annexed by the intervening nation. Fifth, the intervening army must pull out as quickly as possible after the purposes of the mission have been completed."⁴³

Similar criteria have also been put forward by Tom Farer regarding cases in which humanitarian interventions could be lawful. He added that "the intervening State [must] immediately report the intervention to the Security Council and the political organs of any subglobal arrangements with jurisdiction over the parties" and that the intervening State "should be required to announce its acceptance of World Court jurisdiction over any challenge to it action."⁴⁴

⁴¹ The United States intervention in Grenada was condemned by the General Assembly of the United Nations in resolution 38/7 of 2 November 1983 adopted by 108 votes in favour, 9 against and 27 abstentions. As for Panama, the OAS Permanent Council approved on 22 December 1985, resolution 534, the operative part of which condemned the American military intervention in Panama, urged an immediate cessation of hostilities and bloodshed, and called for the withdrawal of foreign troops. Several days later, the General Assembly of the United Nations, in resolution 44/240 of 29 December 1992, deplored the intervention in Panama in similar terms.

⁴² Simon, *op. cit.* (footnote 1 above), pp. 147-148.

⁴³ *Ibid.*, p. 148.

⁴⁴ T. Farer, "A Paradigm of Legitimate Intervention", in L. Fiesler Damrosch, ed., *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts* (New York, Council on Foreign Relations Press, 1993), pp. 327-328.

In search of some degree of legality for humanitarian interventions, scholars such as Stanley Hoffmann of Harvard have gone as far as to propose:

"... a treaty, open to... all States, that would define rigorously the circumstances in which collective intervention for humanitarian purposes could be undertaken, for a limited period, by a group of States whose action would be authorized by a strong majority of the treaty's signers."⁴⁵

Generally speaking, the result obtained by such armed interventions would seem to be the most eloquent argument for their justification. Besides the French intervention which put an end to the tyranny of Bokassa in the Central African Republic, the cases of Grenada and Panama are usually mentioned. Thus, Michael Reisman has asked: "Would Grenada be better off if it were still under the renegades who murdered Bishop and seized power? Would Panama be better off if Noriega were still the dictator?"⁴⁶

Nevertheless, it is important to note that other so-called humanitarian interventions did not produce such positive results. This was certainly not the case of India's intervention in Bangladesh which caused more deaths than those provoked by Pakistan; nor of Tanzania's intervention in Uganda which resulted, from the human rights point of view, in the substitution of one opprobrious regime by another. In the final analysis, the examples of the Central African Republic, Grenada and Panama prove that armed humanitarian interventions may only occur when one is dealing with small countries and when there is a very special link with, or interest of, the intervening State.

It is thus obvious that armed unilateral intervention based on humanitarian reasons would not be possible in the case of medium-sized or relatively bigger States. Could an armed intervention even have been thought of in Franco's Spain? Or in Argentina or Chile during the military dictatorships in those countries? Or in South Africa during the apartheid period? These four countries did not begin to evolve into *Etats de droit*, respectful of human rights, through military intervention—which would have been impossible to carry out—but through other means.

Therefore, unilateral armed humanitarian interventions have no justification in contemporary international law. This was confirmed by the International Court of Justice in the much quoted *Nicaragua*

⁴⁵ S. Hoffmann, "Delusions of World Order", *New York Review of Books*, 9 April 1992, quoted in *ibid.*, p. 359.

⁴⁶ W. M. Reisman, "Haiti and the Validity of International Action", *AJIL*, vol. 89 (1995), p. 83.

case, which stated the following with regard to an intervention based on the ideological or political nature of a certain regime:

“The Court cannot contemplate the creation of a new rule opening up a right of intervention by one State against another on the ground that the latter has opted for some particular ideology or political system.”⁴⁷

Furthermore, referring specifically to the alleged right of a State to intervene in another on the basis of human rights considerations, the Court maintained:

“In any event, while the United States might from its own appraisal of the situation as to the respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect. With regard to the steps actually taken, the protection of human rights, a strictly humanitarian objective, cannot be compatible with the mining of ports, the destruction of oil installations, or again with the training, arming and equipping of the *contras*. The Court concludes that the argument derived from the preservation of human rights in Nicaragua cannot afford a legal justification for the conduct of the United States...”⁴⁸

A jurist who has distinguished himself in the defence of human rights has commented on this important Judgment as follows:

“The Court’s confirmation of the inapplicability of the doctrine [of humanitarian intervention] should not be seen as a setback for human rights. There is nothing in its history to suggest that it was ever more than a rare and arbitrary alleviation of the hapless plight of those who happened to be suffering in a small country where the political interests of a militarily more powerful country conduced to the intervention.”⁴⁹

VI. Collective Humanitarian Intervention

If armed intervention by one State in another is prohibited by contemporary international law, even though humanitarian reasons might be invoked, said prohibition also extends to a group of States. In this regard, it is significant to note that, on the basis of Article 18 of the OAS Charter, the constituent instruments of the other main regional organizations, as well as resolutions 2131 (XX) and 2625 (XXV) of the General Assembly of the United Nations categorically state that “[n]o State or group of States has the right to intervene...”.

⁴⁷ *I.C.J. Reports 1986*, p. 133.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 134-135.

⁴⁹ Rodley, *op. cit.* (footnote 25 above), p. 332.

In any case, that type of intervention may not be carried out by a regional organization unless it has been approved by the Security Council. Even though regional organizations have ample powers to deal with such matters relating to the maintenance of international peace and security as are appropriate for regional action, in accordance with Article 53, paragraph 1, of the Charter, the application of coercive measures by regional arrangements or agencies requires Security Council authorization. In practice, there have been few collective armed interventions by regional organizations without Security Council authorization.

In that regard, perhaps one example is the intervention in the Dominican Republic in 1965 endorsed by the OAS. The Tenth Consultative Meeting of Ministers of Foreign Affairs of OAS Member States took place as a result of the serious internal situation in that country. At that meeting, it was agreed to send a Special Commission to try and reestablish peace, obtain a cease-fire and allow all foreigners willing to do so to leave the Dominican Republic. Nonetheless, the Consultative Meeting later approved a resolution transforming the forces sent to Dominican territory into an Inter-American armed force, establishing a unified OAS command, with Brazil being asked to designate the commander and the United States the sub-commander of said force. This intervening force was called "the Inter-American Peace Force", and remained in the Dominican Republic until general elections took place and the new Government requested its withdrawal. This intervention, rejected by several OAS States, provoked a veritable crisis within the Organization, which it took several years to overcome.

It should be noted that the Charter of the United Nations provides that the Security Council itself may utilize regional arrangements or agencies for enforcement action. However, the provision contained in Article 53, paragraph 1, has not been used. Yet nothing precludes that, in the future, as effective cooperation between regional organizations and the United Nations is being enhanced, the Security Council may delegate to regional organizations some of its authority with respect to humanitarian crises.

In the last five years, a close relationship has developed between, on the one hand, the Security Council and the Secretary-General of the United Nations, and on the other, the competent organs of regional organizations, acting in coordination with regard to humanitarian emergencies or in situations where basic human rights have been violated. Thus, there are numerous Security Council resolutions referring to the European Community—and later to the European Union—with respect to the crisis in the former Yugoslavia; to the OAU in connection with Somalia, Liberia and Rwanda; or to the OAS

in the case of Haiti. In some of these resolutions, the Security Council has even recognized the importance of cooperation between the United Nations and regional organizations in the context of Chapter VIII of the Charter of the United Nations.⁵⁰

VII. Humanitarian Intervention by the United Nations

In the United Nations, the possibility of collective action which may include the use of armed force is envisaged in Chapter VII entitled "Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression". Article 39 establishes that the Security Council "shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken... to maintain or restore international peace and security." These measures can be of two kinds: there are those which do not imply the use of armed force which, according to Article 41, "may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communications, and the severance of diplomatic relations"; if these measures are inadequate or have proved to be inadequate, according to Article 42, the Security Council "may take such action, by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security... including demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations."

The conditions created by the post-Cold War period have re-established the importance of these provisions which, although included in the Charter, remained a dead letter for many years.

The agreement in 1990 to expel Iraq from Kuwait by force seemed to be an application of the collective security system set up by the Charter in 1945. This was followed by resolution 688 (1991) of 5 April 1991 in which the Security Council expressed its concern regarding the repression of the Iraqi civilian population in many parts of Iraq, including in Kurdish-populated areas, which "threaten[ed] international peace and security in the region". Although this resolution did not order or authorize the use of force, it opened the door for the Security Council to possibly determine, in the future, that similar situations constitute a threat international peace and security and, consequently, to make use of its powers under Chapter VII.

It is true that with respect to previous conflicts which could have been deemed internal, such as Rhodesia and South Africa, where the exception of Article 2, paragraph 7, of the Charter could have applied, the Security Council had also made a determination that these situ-

⁵⁰ For example, resolutions 751 (1992) of 24 April 1992 and 841 (1993) of 16 June 1993.

ations constituted threats to international peace and security and had adopted sanctions; but, except for a case of limited importance,⁵¹ this never included the use of force.

After 1991, in the cases of the former Yugoslavia, Somalia, Liberia, Haiti and Rwanda, the Security Council made use of the powers conferred upon it by Chapter VII of the Charter, declaring that such situations constituted a threat to international peace and security and, aside from adopting important economic, diplomatic, humanitarian, political and judicial measures,⁵² establishing a multinational military force or authorizing States to use force.

As regards the use of armed force, a generic reference was made in all of these situations to Chapter VII of the Charter, but without invoking any specific articles. Nonetheless, in all these cases, it seems evident that the relevant measures were adopted in implementation of the general provisions of Article 42 of the Charter.

A significant evolution occurred in practice with respect to these crises: "peace-keeping" operations were initially established and later, as the situation deteriorated, they were transformed into "peace-making" or "peace-enforcement" operations with a multinational military contingent attempting to fulfil its mandate under difficult conditions.

Thus, although in the Haiti and Rwanda cases, peace-keeping operations were established at the outset,⁵³ the Council, acting under Chapter VII, later authorized Member States to form multinational forces using "all necessary means". This authorization, which implies the granting to any State of the discretionary power to use armed

⁵¹ Resolution 221 (1966) of 9 April 1966 authorized the use of force in support of an oil embargo against Rhodesia, but in that case it was limited to preventing an oil tanker from docking at a designated port.

⁵² These measures have included, *inter alia*, a call for cease-fire; a complete and general embargo in deliveries of weapons and military equipment; economic sanctions; a ban on military flights; the establishment of safe areas; the establishment of a commission of experts to examine and analyse information relating to evidence of serious violations of international humanitarian law, including possible acts of genocide; and the establishment of an international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law. See, e.g., Security Council resolutions 713 (1991) of 25 September 1991; 733 (1992) of 23 January 1992; 752 (1992) of 15 May 1992; 780 (1992) of 6 October 1992; 781 (1992) of 9 October 1992; 788 (1992) of 19 November 1992; 808 (1993) of 22 February 1993; 812 (1993) of 12 March 1993; 814 (1993) of 26 March 1993; 817 (1993) of 7 April 1993; 841 (1993) of 16 June 1993; 894 (1994) of 14 January 1994; 918 (1994) of 17 May 1994; 935 (1994) of 1 July 1994; and 942 (1994) of 23 September 1994.

⁵³ The Security Council, by resolution 867 (1993) of 23 September 1993, authorized the establishment of the United Nations Mission in Haiti (UNMIH) and, by its resolution 872 (1993) of 5 October 1993, established a United Nations Assistance Mission for Rwanda (UNAMIR).

force through a multilateral arrangement, marks the beginning of the institutionalization of collective interventions with humanitarian objectives.

In the case of Haiti, the President, who was democratically elected by a vast majority in elections supervised by the United Nations and by the OAS, was deposed in September 1991 by a *coup d'Etat*. The Security Council, after intense and unsuccessful efforts by the OAS and in light of the continuing grave violations of human rights by the *de facto* authorities, decided on 16 June 1993, by resolution 841 (1993), to act under Chapter VII of the Charter of the United Nations, determining "that, in this unique and exceptional circumstances, the continuation of this situation threatens international peace and security in the region". Later, in view of the non-compliance by the *de facto* regime with the Governors Island Agreement, the Security Council, by resolution 940 (1994) of 31 July 1994, "authorize[d] Member States to form a multinational force under unified command and control" and "to use all necessary means to facilitate the departure from Haiti of the military leadership... the prompt return of the legitimately elected President and the restoration of the legitimate authorities of the Government of Haiti." After the failure of various other efforts, the President of the United States, William Clinton, on 17 September 1994, sent a high-level mission headed by former President Carter to Haiti. In view of an imminent invasion and after intense negotiations, the *de facto* authorities agreed to resign after the Haitian Parliament's approval of an amnesty law or, in any case, before 15 October 1994. On 19 September 1994, in the first phase of the military operation, a multinational force spearheaded by United States troops, but also including elements from other nations, landed in Haiti without opposition.

After fighting erupted between the armed forces of the Government of Rwanda and the Rwandese Patriotic Front, the situation in Rwanda deteriorated considerably after the death of the President of Rwanda in a plane crash in 1994, despite a number of cease-fire agreements, giving way to massacres and grave violations of human rights by both factions, costing thousands of lives. Confronted with this situation, the Security Council, by resolution 918 (1994) of 17 May 1994, determined "that the situation in Rwanda constitutes a threat to peace and security in the region", thus empowering it to act under Chapter VII of the Charter. Later, by resolution 929 (1994) of 22 June 1994, the Council agreed that a multinational operation might be set up for humanitarian purposes in Rwanda. Acting under Chapter VII, it authorized Member States to conduct the operation using all necessary means to achieve their humanitarian objectives. On 23 June, in accordance with the authorization provided by resolution 929 (1994), an armed intervention by a multinational force led by France ("Oper-

ation Turquoise”) took place, which established a “humanitarian protected zone”, covering almost one fifth of Rwanda, and put an end to the civil war. On 19 July 1994, a broad-based Government of national unity was formed.

Despite their success and the achievement of the Security Council’s objectives, these operations have not been exempt from criticism. For example, it has been noted that, although the Security Council ordered the establishment of a multinational force, in practice this force was composed mainly of the armed forces of just one country—the United States in Haiti and France in Rwanda—thus pointing to the desirability of defining in the future what should be understood as a “multilateral military force”.⁵⁴ In addition, in the case of Haiti, it has been observed that the Carter Mission, which immediately preceded the intervention, reached an agreement with the *de facto* authorities whose terms were worked out without any consultation either with the Security Council or with other competent international organs involved in the crisis, or with the Special Representative of the Secretary-General of the United Nations and the OAS, or with the legitimate Government of Haiti, thus affecting the multinational character of the decision adopted by the Security Council.⁵⁵

Even so, armed humanitarian intervention undertaken or authorized by the Security Council represents a huge leap forward with respect to the prior practice of unilateral interventions, so contrary to contemporary international law.

Of course, these decisions, adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, raise no problems with regard to international law and, from the point of view of the promotion of human rights, they imply significant progress, since grave violations of those rights are considered to constitute a threat to international peace and security, which authorizes the international community to adopt such extreme measures.

With the institutionalization of the mechanism foreseen in Chapter VII of the Charter as a useful means for confronting situations where human rights are gravely violated, one of the main arguments of the proponents of armed unilateral humanitarian intervention—the ineffectiveness of United Nations organs—no longer exists.

Even though collective humanitarian interventions undertaken or authorized by the Security Council are entirely lawful and their

⁵⁴ See, for example, the *Interim Report on the Situation of Human Rights in Haiti Submitted by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights pursuant to Commission Resolution 1994/80 and Economic and Social Council Decision 1994/226*, document A/49/513, annex, para. 146.

⁵⁵ *Ibid.*

basis, which consists in linking respect for human rights to international peace and security, appears to be legitimate, they have, in practice, raised some problems. There are certain lacunae which it would be worthwhile to address through the adoption of general criteria leading to the consolidation of the legality and legitimacy of such interventions.

First of all, in our view, there should be a certain consensus as to the determination of the existence, within a State, of a situation characterized by grave violations of human rights, as these have been defined in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, and, moreover, as to the conviction that such situation will persist if the international community does not take action through the Security Council.

Such a consensus must obviously be reflected by the qualified majority in the Security Council; but an important element for States to take into account, especially if the situation is to be qualified as a threat to international peace and security, might be the position of States which belong to the same region as the State accused of violating human rights, since it is precisely those States which are more likely to suffer the consequences of such violations.

Regional organizations are called upon to take an active role in dealing with matters regarding the respect of human rights. They have the means and the experience to do so and they have demonstrated their effectiveness in this area. Therefore, it would seem important to strengthen them in the fulfilment of their tasks.

In cases where the Security Council would be seized of the matter, it is important to achieve coordination between the United Nations and the respective regional organizations. The successful initial experience in the Haiti crisis, where a joint United Nations/OAS International Civil Mission was constituted and where the same person—the Former Minister of Foreign Affairs of Argentina, Dante Caputo—was the Special Representative of both the Secretary-General of the United Nations and the Secretary-General of the OAS, may serve as a precedent for similar situations which may arise in the future.

In any case, it is important to underline that, before adopting any decision which entails the use of armed force under the terms of Article 42 of the Charter, the Security Council should strive to remedy the situation without resorting to that extreme measure. In this context, recourse to regional arrangements or agencies, foreseen in Article 33 of the Charter in Chapter VI related to the settlement of disputes, is a measure which might be of great usefulness in situations relating to human rights.

This possibility is one of the many options open to the Security Council in the framework of Chapter VI, that is, before determining that a situation constitutes a threat to international peace and security. Even if the Security Council, in light of the failure of other measures, were to so characterize a situation, thus authorizing itself to act under Chapter VII of the Charter, use of the means provided for in Article 41, which do not involve the use of armed force, would be preferable.

Finally, after having exhausted all prior options and having demonstrated that there are no other efficient means available to put an end to a situation characterized by grave human rights violations, the decision to resort to the use of armed force under any of the modalities envisaged in Article 42 or by later United Nations practice should be implemented collectively and not by just one State, irrespective of how important or well-meaning it may be. After all, it is the international community which is reacting, legally and legitimately, to the horror of the suffering of a people.

REFLECTIONS ON THE TEACHING, STUDY, DISSEMINATION AND WIDER APPRECIATION OF INTERNATIONAL LAW

Qizhi He

The General Assembly, by its resolution 44/23 of 17 November 1989, proclaimed the 1990s to be the United Nations Decade of International Law. This paper is devoted to one of the four stated purposes of the Decade, i.e., "to encourage the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law".

Importance of the Issue

The increasing interdependence of States in a world which changes with dramatic rapidity makes the role of international law ever more important in the effective conduct of international relations. For States to take part in the shaping of world affairs, expertise in international law is vital.

Thus, the topic of fostering and supporting the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law should occupy an important place in promoting activities for the Decade. This has been widely recognized by a large number of States, as well as by many members of the International Law Commission.

It seems to be clear that the principal and immediate aim is to improve the technical competence of those who might be involved in the practical application of international law. However, there is still a larger objective in prospect, that is, to promote acceptance of and respect for international law by the international community as broadly as possible. This can be explained as follows. First of all, as pointed out at the outset, international law is an indispensable medium for regulating international relations in an increasingly interdependent world on a legal basis. Second, it is not possible to achieve that objective without the adroit and innovative use of this medium supported by the international community. Third, this support finally resolves itself into a question of understanding and endorsement by the individuals and organizations who constitute the member States of the international community. Even in a more manageable municipal system of a developed country, it is not possible to administer justice on the basis of the rule of law without the substantive understanding and support of the members of the commu-

nity. The need for understanding and support is obviously greater in the case of a system which undertakes to regulate inter-State relations on the basis of international law.

Perhaps, doubts may be raised as to the necessity of such requirement as regards the general public, beyond those actually or potentially involved in the application of international law. But whether it is necessary or not must be measured by the importance of the subject. International law is important to all countries including both developed and developing countries, strong and weak nations, as well as big and small States. Here, it might suffice to say that, while it is needed by the big powers to play their leading role in world affairs, international law is also essential for the developing countries and the medium and small States to safeguard their interests in a world of turbulence, as it is always the weak ones to be worst affected by anarchy. It must be actually realized that if anarchy is to be avoided, the relations between States must be regulated by legal norms.

Contributions by the United Nations

The United Nations, as a world organization dealing with international legal matters, has long been involved in the important subject of the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law. Its work actually may be traced back to the mid-1960s.

It was as early as 1963 that the General Assembly, by its resolution 1968 (XVIII) of 16 December 1963 decided to establish the "Special Committee on Technical Assistance to Promote the Teaching, Study, Dissemination and Wider Appreciation of International Law." The Special Committee, after three consecutive annual sessions (1963-1965), produced a report constituting the start of the "United Nations Programme of Assistance in the Teaching, Study, Dissemination and Wider Appreciation of International Law" as it is known today. This report, endorsed by General Assembly resolution 2099 (XX) of 20 December 1965, set the basic pattern of the activities which have been carried out by the United Nations in this area.

In this report, it was decided to establish a "Programme of assistance and exchange in the field of international law" consisting of steps to encourage and coordinate existing international law programmes carried out by States and by organizations and institutions, as well as of direct assistance and exchange such as seminars, training and refresher courses, fellowships, advisory services of experts, the provision of legal publications and libraries and translations of major legal works.

In the following years up to the present, the General Assembly has repeatedly reaffirmed these objectives after examining the agenda item on the United Nations Programme of Assistance in the Teaching, Study,

Dissemination and Wider Appreciation of International Law. While factors relating to the availability of human or financial resources for the Programme may have changed to some extent, the Programme has remained in the main faithful to the objectives originally set by the General Assembly and has been implemented in a consistent manner.

With regard to the activities performed by the Programme, they fall into two categories: training and publications. As regards training, it mainly takes the form of seminars, such as the Geneva International Law Seminar which is held every year in conjunction with the session of the International Law Commission; the United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) International Law Fellowship Programme is also held annually in conjunction with the summer courses in the Hague Academy; the UNITAR Regional Training and Refresher Courses held every one or two years on a rotation basis in three regions: Africa, Latin America and the Caribbean, and Asia and the Pacific; and the Hamilton Shirley Amerasinghe Fellowship on the Law of the Sea. All these training courses bear a common denominator of enabling young public officials and university teachers, mainly from developing countries, to enhance their knowledge of international law.

The publication works of the Programme, such as the *Yearbook of the International Law Commission*, the *Reports of International Arbitral Awards*, the *United Nations Juridical Yearbook*, etc., are all designed to make international law more readily available, and are extremely useful to increase the knowledge and understanding of international law.

All in all, the United Nations has done a great deal of work in facilitating and furthering the cause of the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law. The important contribution already made by the United Nations in this field will not be overlooked when taking stock of the efforts for the attainment of the objectives of the Decade.

Main Challenges

For a profound understanding of international law, it seems necessary to look at its historic background and development. A lawyer without a sense of history is a poor workman. In every stage of history, new forces in the process of transformation asserted themselves in new principles, norms, rules and institutions. The days when the system was closely connected only to European traditions have gone by. Instead, existing international law is essentially a reflection of the world order today.

In the old days, at the Berlin Conference, held towards the end of the nineteenth century, only about a dozen countries were represented

and could be called “quasi-legislators” exercising “international legislative” powers to formulate a convention for Africa, although none of them came from that continent. There were only piecemeal changes until the Second World War. Thereafter, a host of colonies gained independence, culminating in the 1960s when 44 new States were born. This change found a clear expression in the composition of the United Nations, whose membership has expanded in an extraordinary speed from the original 51 members to the present 185 members, with a majority of incoming members being newly independent States.

Such a tremendous change in the structure of international society is bound to cause major changes in international law. As principal subjects of international law, the new States have played an active part in the making of international law with plenary powers to create its principles, rules and regulations, such as the “normative” resolutions of the General Assembly and many conventions, including the United Nations Convention on the Law of the Sea.

The quantitative expansion mentioned above has taken place simultaneously with qualitative changes in terms of subject-matter (*ratione materiae*). Thanks to scientific and technological developments and in the light of the magnitude of socio-economic problems facing the international community, the scope and reach of international law have been widely extended to regulate matters ranging from the oceans and airspace to outer space, from the depletion of natural resources to environmental pollution and degradation, from socio-economic underdevelopment to problems of refugees and displaced persons. Hence, both quantitative and qualitative changes have resulted in the fact that international law now regulates an ever-increasing array of human activities.

However, in spite of the multitude and complexity of the problems, the world today is, in the final analysis, confronted with two major challenges: maintaining peace and promoting development.

International law since its early beginning was preoccupied with the regulation of the use of force in international relations. A new attempt to outlaw war was made with the Charter of the United Nations. With the end of the Cold War, a large scale world war is less likely to happen, but local and internal strife in the form of armed conflict still ravages a number of countries. Even the peace-keeping activities of the United Nations cannot keep the peace, which remains a vexed question for the international community.

The problem of peace is closely connected with that of development. Huge economic discrepancy between rich and poor, North and South, developed and developing countries is a dominant factor leading to world instability. It is widely recognized that the narrowing of such discrepancy is an urgent necessity.

In the face of these serious challenges to the world community, international law must assume its important role in finding proper solutions which could be acceptable to the parties concerned, as well as in continuing to play its role for the peaceful settlement of disputes to enhance international cooperation.

Effective Measures

Given the objectives of the United Nations Decade of International Law, it is significant and meaningful to further consider the effective ways and means to enhance the knowledge and understanding of international law for fulfilling the tasks required by the Decade.

The teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law are all closely related to the cause of promoting acceptance of and respect for international law. Among these four items, teaching and study are generally recognized to take a primary position. While the activities of teaching and research are helping and complementing each other, both of them tend to provide a basis and create conditions for increasing the knowledge of international law. Such a purpose can only be attained through dissemination and wider appreciation. In this way, dissemination and wider appreciation are also essential for implementing the important role of international law.

A number of suggestions were made for enhancing the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law on various occasions and in different fora. Among them, the following deserve serious consideration.

In the first place, respect for international law depends on a broad support at the decision-making levels. This is a decisive factor for building an international order on the basis of the rule of law. Hence, the decision-makers of both developed and developing countries should have a better knowledge of international law and should seek advice on international law for resolving important inter-State issues. For this purpose, there is a need for specially designed short courses for decision-makers.

Second, jurists of all countries, including both developed and developing States, should offer their expertise and be innovative in applying international law to the peaceful settlement of disputes which could be acceptable to all parties concerned. Here we lay emphasis on the word "innovative", so that the applicable law would reflect the interests and feeling of justice of the parties concerned. This is the most effective way to prevent disputes from escalating into armed conflicts.

Third, the work of the United Nations Programme of Assistance in the Teaching, Study, Dissemination and Wider Appreciation of International Law, discussed above, should be further strengthened. The

point at issue concerns the substance of the law, which appears to many developing countries to be a code made in Europe for Europeans as a buttress for maintaining the *status quo*, i.e., designed to legitimize the existing distribution of possessions and powers among States. However, there have been many changes since the resurgence of developing countries, who have already played an active part in formulating laws as expounded above. But the respect for the law will only be achieved, if the practice, including the Judgments of the International Court of Justice, the elaboration of new conventions, etc., can convince the developing countries that the applicable law provides stability as well as change, and therefore, reflects the feelings of justice felt in the whole world. Today, the development of international law does not always stand against the interests of the have-nots, though improvements in this field are still a great necessity. Anyhow, modern international law must take account of the changing needs of developing countries, if it is to retain the confidence of the whole international community. On this issue, there is ample room for the United Nations Programme of Assistance to spread knowledge and understanding of international law, especially to developing countries. This can be done in many ways. The United Nations Development Programme (UNDP) can also provide assistance in this area.

Fourth, the teaching, study, dissemination and wider appreciation of international law should be enhanced everywhere in the world. Ideas should not lag far behind development.

As to teaching, basic international courses should continue to be compulsory for undergraduate students in law schools. Wherever possible, they should also be taught in departments of political science, social science and other relevant departments. In addition, special courses should be offered to undergraduate and graduate students in such areas as the law of international organizations, international economic law, trade law and intellectual property law, international environmental law, human rights law, law of the sea, air law, space law, law of armed conflicts, etc.

Satisfactory teaching must go hand in hand with meaningful scholarly research and investigation. Legal research materials should be available to academics, students and scholars at large.

Greater efforts should be made towards improving the facilities of international law libraries. Governments of developing countries should allocate more funds for much needed improvement in library facilities, in addition to assistance and donations from institutions in developed countries.

Governments of developing countries should be encouraged to compile and publish digests of international law, mainly containing the practice of their own countries, judicial decisions relating to interna-

tional law, cases, treaty series and other relevant documents on foreign relations.

Finally, the value of cooperation between States in their activities in this area should be stressed. This can be carried out in various forms, such as seminars, symposia, training courses, exchange of teaching staff and students.

Other expressions of international cooperation may include the possibility of preparing model curricula for law schools or law departments of higher educational institutions, and the publication of more internally-oriented works on international law, etc. All these cooperative activities could be carried on among developing countries, as well as between developed and developing countries.

In summing up, effective and practical measures should be taken to strengthen the teaching, study, dissemination, and wider appreciation of international law in all countries, in particular the developing countries, so that the general populace of these countries would be more conscious of the importance of the rule of law in the international community for the maintenance of international peace and security, as well as for world economic growth and the economic development of developing countries in particular.

FUTURE TOPICS FOR THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW VIEWED IN HISTORICAL PERSPECTIVE

Husain Al-Baharna

I. Introduction

Probably no other question is of such deep practical consequence to the International Law Commission as the selection of topics for codification. It is trite to say that the success of codification depends largely upon it.

The question of the selection of topics for codification and development of international law has not been an easy one, even at the best of times. It has become all the more daunting due to the vast changes in the socio-economic and political conditions of the world society. No longer is there consensus amongst States concerning all the problems needing international legal regulation. Whereas the developing countries of the South consider it necessary to regulate by law the socio-economic problems confronting the world society, the industrialized countries of the North consider such an exercise to be futile.

The enquiry into the future topics of codification has now reached a certain critical phase, due to the near completion of codification of the principal subjects of classical or traditional international law. But how does one identify the new subjects or areas that are suitable for codification? One cannot proceed upon one's hunches. Nor can one be influenced by one's pet notions and ideas. One needs a scientific method or methods to help in identifying the future topics for codification. It may be useful in this context to ascertain how the Commission had in the past dealt with this question. Such a method would impart a certain degree of objectivity to the whole exercise.

II. Identification of Topics in Historical Perspective

The Statute of the Commission stipulates in Article 18, paragraph 2, that, "[w]hen the Commission considers that the codification of a particular topic is necessary or desirable, it shall submit its recommendations to the General Assembly". As the expressions "necessary" or "desirable" are not self-explanatory in themselves, and in any case they are subjective in nature, it would be helpful to examine how

topics came to be chosen for codification in practice. The Secretary-General's memorandum entitled *Survey of International Law in relation to the work of Codification of the International Law Commission* (hereinafter referred to as the "1948 Survey") provides some useful insights into this problem.¹

a. *The 1948 Survey*

Interestingly, the 1948 Survey states that "the existence of agreement—or the measure of such agreement—on any particular topic cannot be regarded as an adequate criterion for the selection of topics for codification". More positively, it avers that "a topic is ripe for codification... if the importance of the subject-matter—from the point of view of the necessities of international intercourse, of the wider needs of the international community, and of the authority of international law—requires that, notwithstanding any existing disagreements, an attempt should be made to reduce it to the form of a systematized and precise branch of international law".² In the same memorandum, it is stated that the decisive criterion for the selection of a topic is the "need for codifying it".³ The need-based criterion has further been explained in the 1948 Survey. It is postulated that a subject of small dimensions with regard to which general agreement could be taken for granted would not be a "necessary or desirable" subject for codification. On the other hand, it is claimed that a new topic requiring regulation satisfies the test of desirability and necessity.⁴ Having thus clarified the notion of selection of topics, the 1948 Survey proceeded to examine the gaps and uncertainties in the law as regards the following topics:

- (i) the general part of international law;
- (ii) States in international law;
- (iii) jurisdiction of States;
- (iv) the individual in international law;
- (v) the law of treaties;
- (vi) the law of diplomatic intercourse and immunities;
- (vii) the law of consular intercourse and immunities;
- (viii) the law of State responsibility; and
- (ix) the law of arbitral procedure.

¹ United Nations publication, Sales No. 1948.V.1 (1).

² *Ibid.*, p. 11.

³ *Ibid.*, p. 13.

⁴ As was stated in the 1948 Survey: "For any such need is covered by the other major task of the Commission, namely, the development of international law". *Ibid.*

The 1948 Survey found that every one of the above subjects was a topic fit for codification, thereby avoiding the problem of selection. So far as the Commission is concerned, it selected after reviewing the 1948 Survey, the following 14 topics for codification:

- (i) recognition of States and Governments;
- (ii) succession of States and Governments;
- (iii) jurisdictional immunities of States and their property;
- (iv) jurisdiction with regard to crimes committed outside the national territory;
- (v) regime of the high seas;
- (vi) regime of territorial waters;
- (vii) nationality including statelessness;
- (viii) treatment of aliens;
- (ix) right of asylum;
- (x) law of treaties;
- (xi) diplomatic intercourse and immunities;
- (xii) consular intercourse and immunities;
- (xiii) State responsibility; and
- (xiv) arbitral procedure.

Since 1949, the Commission completed work on nine of the above-mentioned topics. As a result, the following topics still await consideration:

- (i) recognition of States and Governments;
- (ii) jurisdiction with regard to crimes committed outside national territory;
- (iii) treatment of aliens;
- (iv) right of asylum; and
- (v) succession in respect of membership of international organizations.

The next important development in the identification of topics for codification took place in 1971, with the publication of a working paper entitled *Survey of International Law* prepared by the Secretary-General.⁵ The 1971 Survey considered its principal task to be that of discarding topics from the 1949 list and of devising a new list. It also

⁵ *Yearbook... 1971*, vol. II (Part Two), document A/CN.4/245 (hereinafter referred to as the "1971 Survey").

considered it to be necessary "to indicate, if only in the broadest terms or by implication, the scope of the work which remains to be done..."⁶

b. *The 1971 Survey*

There are important differences in the approaches of the 1948 and 1971 Surveys: the former is mainly based on the law which was developed between States over previous centuries, and the latter takes cognisance of changes in the international community necessitating legal regulation. Accordingly, the 1971 Survey adopted a different methodology or criterion for choosing topics for the long-range programme of work of the Commission. It was suggested that the Commission, in bringing up to date its long-term programme of work, should take into account "the international community's *current needs*."⁷ This suggestion holds good even to this day. A close study of the 1971 Survey would seem to suggest that the needs of the international community required codification of the law relating to (i) international watercourses; (ii) the environment; and (iii) extradition. The 1971 Survey also expressed an interest in the codification of: (i) jurisdictional immunities of States and their property; (ii) liability for injurious consequences arising out of the performance of certain lawful activities; and (iii) unilateral acts.⁸ Of these topics, the law of the non-navigational uses of international watercourses, jurisdictional immunities of States and their property and liability for injurious consequences arising out of the performance of lawful activities were since placed on the agenda of the Commission.

In a critique of the International Law Commission, the United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) examined the reasons why the Commission was "bypassed" in the codification of conventions on (i) the law of the sea; (ii) the law of economic relations; (iii) the law of outer space; (iv) violence control (e.g., the prohibition of mercenaries); or (v) human rights, which were considered to be the most important areas in the development of international law.⁹ The UNITAR Study points to two factors that were responsible for this. For one, the Commission itself was, it is stated, never keen to

⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁷ *Ibid.*, p. 3 (emphasis added).

⁸ See *ibid.*, p. 61, where the following is stated: "The subject of unilateral acts appears, in any case, to be important enough to merit attention by the Commission at some stage in the future, whatever the precise form which may eventually be chosen for its codification". It was also noted that the topic "might prove to be of considerable practical value to States in their dealings with one another; at the moment no comparable agreed text exists to which reference can easily be made".

⁹ M. El Baradei, Th. M. Franck, R. Trachtenberg, *The International Law Commission: the Need for a New Direction* (New York, UNITAR, 1981) (hereinafter referred to as "the UNITAR Study").

take up "areas of international law where the elements of progressive development... outweighed the elements of codification";¹⁰ moreover, the Sixth (Legal) Committee of the General Assembly was largely responsible for the "conservative orientation of the work of the Commission".¹¹ In other words, the Commission was blamed along with the Sixth Committee for confining its task to "codification". It was pointed out that the majority of the members of the Commission believed "that the Commission's essential function is to codify and illuminate the major aspects of traditional international law".¹² It was concluded that the Sixth Committee has been reluctant to entrust to the Commission "high priority issues", because it considered that the Commission is not "quite receptive to innovation".¹³

c. *Recent Surveys by the Commission (1991-1993)*

In recent years, the Commission itself had examined the question of future topics in connection with its deliberations on the long-term programme of work. In its enquiries, the Commission appears to have been influenced by the same factors as in the aforementioned Surveys. A Working Group set up by the Commission on this issue considered that "the new topics envisaged should respond to the most pressing needs of the international community and that most of them had to be of a predominantly practical rather than theoretical nature".¹⁴ In 1991, the Working Group proposed the following topics for the Commission's long-term programme of work:

(i) international economic law

- international legal regulation of foreign indebtedness;
- the legal conditions of capital investment and agreements pertaining thereto;

(ii) legal aspects of the protection of the environment

- legal aspects of the protection of the environment of areas not subject to a national jurisdiction (global commons);
- the law of confined international groundwaters;

(iii) the legal effects of resolutions of the United Nations;

(iv) extraterritorial application of national legislation;

¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹¹ *Ibid.*, p. 8.

¹² *Ibid.*, quoting *Yearbook... 1971*, vol. I, p. 376, para. 51.

¹³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴ *Yearbook... 1991*, vol. II (Part Two), p. 134, Annex, para. 7.

(v) other legal matters

- the law concerning international migration;
- rights of national minorities;
- extradition and judicial assistance;
- international commissions of inquiry (fact-finding).¹⁵

This list, however, became somewhat obsolescent with the election of new members to the International Law Commission in 1992. The latter set up their own Working Group which examined *de novo* the question of the long-term programme of work and laid down its own procedure for the selection of topics, according to which designated members of the Commission prepared a short outline or an explanatory summary of each of the topics included in a pre-selected list.¹⁶

The following topics were selected by the Working Group for such outlines:

- (i) the legal conditions of capital investment and agreements pertaining thereto;
- (ii) ownership and protection of wrecks beyond the limits of national maritime jurisdiction;
- (iii) *jus cogens*;
- (iv) State succession and its impact on the nationality of natural and legal persons;
- (v) State succession in respect of membership in international organizations;
- (vi) the law concerning international migrations;
- (vii) the law and practice relating to reservations to treaties;
- (viii) extraterritorial application of national legislation;
- (ix) the law of (confined) international groundwaters;
- (x) global commons; and
- (xi) rights and duties of the states for the protection of the human environment.

Of these topics, the Commission selected only (i) reservations to treaties; and (ii) State succession and its impact on nationality for inclusion in its long-term programme of work. This selection confirms the aforementioned critique of UNITAR that the majority of the mem-

¹⁵ *Ibid.*, para. 8.

¹⁶ *Yearbook... 1992*, vol. II (Part Two), p. 54, para. 369.

bers of the Commission hold the view that the latter's proper role is to codify the traditional aspects of international law.

It is evident from the work carried out by the International Law Commission over the years that, for the most part, it confined itself to "codification" of traditional international law. In the process, the mandate of the "promotion of the progressive development of international law", which has been entrusted to the Commission under its Statute, has largely remained unfulfilled.¹⁷ The concept of "progressive development of international law" is, however, distinct from that of "codification of international law". While the former is defined as "the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States", the latter is defined as "the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine".¹⁸ The drafters of the Statute appear to have conceived progressive development as a means for the creation of new rules of international law. On the other hand, codification was meant to be a restatement of international customary law. The international community of States, it appears, has conferred on the Commission two distinctive functions, one which is in the nature of legislation¹⁹ and another which is in the nature of performing juristic tasks. The distinction between "development" and "codification" has, unwittingly, been sidelined with dismal consequences so far as the development of international law is concerned. It may be necessary to restore the original intention of the drafters of the Statute as regards the progressive development of international law, if we are to make strides in the choice of new topics. Given, however, the past record of the Commission and of the Sixth Committee as regards "codification" and "development" of international law, one cannot hold out much hope for revolutionary changes in the matter of selection of topics. And yet the key to change consists in the realization of the object of the "promotion of development of international law". The identification of new topics for codification will then have to take into consideration the perspective of progressive development of international law.

¹⁷ See Article I of the Statute.

¹⁸ See Article 15 of the Statute.

¹⁹ The Commission has, some time ago, described its role as follows:

"The work done by the Court, at the judicial level, and that done by the Commission, at the legislative level, are complementary and make those bodies, respectively the principal judicial and legal organs of the United Nations system". *Yearbook... 1974*, vol. II (Part One), p. 310, document A/9610/Rev.1, para. 208 (emphasis added).

III. Future Topics

Before outlining the areas or topics for future codification, it may be useful to describe the status of the topics on the current agenda of the Commission and to salvage topics from the past Surveys.

a. *Current Programme of the Commission*

On the current agenda of the Commission, there are the following five items:

- (i) State responsibility;
- (ii) international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law;
- (iii) draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind;
- (iv) reservations to treaties; and
- (v) State succession and its impact on the nationality of natural and legal persons.

As may be expected, work on some of these topics is far more advanced than on others. In conformity with its programme of work established in 1994,²⁰ the Commission completed in 1996 the second reading of the Draft Code of Crimes and the first reading of the draft articles on State responsibility, while a Working Group prepared a more comprehensive draft on international liability for acts not prohibited by international law. That means that the new Commission elected in 1996 will have on its agenda the second reading of the draft articles on State responsibility, in addition to the topics of reservations to treaties and State succession and its impact on nationality; it will also have to decide about its future work on international liability for acts which are not prohibited by international law.

b. *Inclusion of Topics from the 1948 and 1971 Surveys*

There now appears to be general consensus amongst States and scholars that only topics of demonstrable interest to the international community should be included in the future work-programme of the Commission.²¹ Of the remaining topics of the 1948 Survey, only two, that of treatment of aliens and of the right of asylum, seem to be of practical interest to the international community of States. And of the 1971 Survey, the topic of extradition has in recent times acquired

²⁰ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10)*, para. 390.

²¹ I. Sinclair, *The International Law Commission* (Cambridge, Gratius Publications, 1987), p. 44.

practical importance due to the flight of terrorists and drug-traffickers from judicial investigations. The topic of the environment suggested by the 1971 Survey and, anew, in 1994 and 1995, is the object of codification by the United Nations Environment Programme, the International Maritime Organization and other organizations and, consequently, may not be included.

c. *New Topics*

1. **Past Proposed Topics**

Inquiry into new topics calls for circumspection and vision alike. As it happens, the topics on which the Commission had worked in the past, or is currently engaged in, centre for the most part on traditional international law. However, as the Commission is not constrained by its Statute to confine itself to subjects that are traditional, it should not fight shy of taking on topics where there is no strongly established State practice.

It appears that there is a need for the development of principles and norms as regards the following subjects: (i) the new international economic order; (ii) international law of evidence; and (iii) the law concerning international migration. A few words on each of them may be in order.

The first topic was taken up for study and deliberation by the International Law Association in 1978, and the private law aspects of the subject are being studied by the United Nations Commission on International Trade Law. The International Law Commission could possibly examine in a phased manner the public law aspects of the new international economic order. To start with, the Commission could work on international norms governing foreign investment. The topic has generally been studied from the point of view of nationalization and expropriation. That would be taking a limited view of the topic. What is needed is a comprehensive approach that examines the topic from the angle of free international trade. Should it be necessary to have an economic perspective on it, the United Nations could commission a committee of international economists to prepare such a study. The Sixth Committee too could play a useful role in guiding the Commission's work on this item.

The second topic belongs to international procedural law. So far, codification has, by and large, confined itself to international substantive law.²² It now appears to us that the time has arrived for codifying international law of evidence. To start with, the Commission could

²² Except probably in the case of the topic of arbitral procedure.

work on international norms governing admissibility and proof of evidence. The Judgment of the International Court of Justice in the *Nicaragua* case²³ evidences the need for such rules. And as the work of international courts and arbitration tribunals expands, the need for international norms on evidence becomes all the more imperative.

The third topic, the law concerning international migration, is probably the most radical of the suggested topics. Professor Guillaume Pambou-Tchivounda has presented a schematic outline for it, which now appears in a document of the United Nations.²⁴ In our opinion, this topic opens up an altogether new field of enquiry, study and deliberation. Its potential for the development of international law is vast indeed.

2. Topics Proposed at Present

In its report on the work of its forty-eighth session, submitted to the General Assembly, the International Law Commission included a section on the long-term programme of work.²⁵ Under this title, the Commission selected new topics for future study by the Commission. The selection was made from a "general scheme" of topics, classified under 13 main areas of public international law (e.g., sources, State jurisdiction, international criminal law, international spaces, etc.).

The Commission gave preference to three main topics which it identified as more appropriate for codification and progressive development. These three topics were the following:

- (i) diplomatic protection;
- (ii) ownership and protection of wrecks beyond the limits of national maritime jurisdiction;
- (iii) unilateral acts of States.

We believe that topics (i) and (iii) are of a greater importance for the Commission's work, at present, than topic (ii) on the problems of shipwrecks. Moreover, we think that there are a few more interesting topics, mentioned under the "general scheme", which could possibly be selected in the future as appropriate for consideration by the Commission as part of its programme of work.

²³ Case concerning the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

²⁴ A/CN.4/454, pp. 39-47.

²⁵ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, Annex II.

IV. Conclusions

The work of the International Law Commission has been subjected to critical review and analysis by Governments and scholars for the last 46 years.²⁶ Whatever view one holds of the Commission's work, it has to be reckoned that the selection of topics remains a crucial matter.

The work of the Commission in the selection of topics for its future work-programme was facilitated earlier by the Surveys of 1948, 1971 and 1991-1993 which between them covered comprehensively the topics and areas that are suitable for codification. It has been seen that all these Surveys emphasized the importance of predicating a topic on the needs of the international community of States. But, for understandable reasons, the 1948 Survey had a relatively easier task than the 1971 Survey in identifying the topics for future codification. Whereas in 1948, the whole field of international law was potential for codification, in 1971 the field was far more restricted, owing, on the one hand, to the successful completion of work by the Commission concerning the law of the sea, diplomatic and consular relations, the law of treaties and, on the other, due to the creation of new forums for codification.

The criticism has sometimes been levelled that the topics for codification have by and large centred on traditional international law. The UNITAR Study attributed this to the feeling by the majority of the members of the Commission that its proper role was to codify the traditional areas of international law.²⁷ Given, however, the requisite policy directive, the Commission would be able to take on topics that are not traditional. The Commission indeed took on a non-traditional subject, like the non-navigational uses of international watercourses, when the General Assembly required it to do so. It is, therefore, for the General Assembly to give a lead to the Commission in the matter, and indeed reorient the attitude of the members of the Commission in the matter of selection of future topics.

It has been suggested heretofore that the future work-programme of the Commission should extend to topics that have remained on the list of topics mentioned in the Surveys of 1948 and 1971, and to new topics that have recently surfaced. These topics are:

- (i) treatment of aliens;
- (ii) right of asylum;
- (iii) extradition;

²⁶ For some acute observations on this issue, see O. Schachter, "United Nations Law", *AJIL* (1994), pp. 4-6.

²⁷ UNITAR Study, *op. cit.* (footnote 9 above), p. 10.

- (iv) legal aspects of the new international economic order;
- (v) international law of evidence; and
- (vi) law concerning international migration.

These topics are not all traditional, nor are they all radical. They, are in fact, a mix of the traditional and the modern. The inspiration for them comes, on the one hand, from the previous exploratory Surveys and, on the other hand, from Article 13²⁸ of the Charter of the United Nations. While maintaining continuity with the earlier Surveys, an attempt has been made in this study to look to the future from the perspective of "progressive development of international law" rather than of codification *simpliciter*. The time has arrived for giving to the element of "progressive development" greater weight than what has hitherto been the case.

²⁸ It will be remembered that Article 13 requires the General Assembly to "initiate studies and make recommendations for the purpose of... encouraging the progressive development of international law and its codification". The Statute of the International Law Commission also mentions these twin tasks in Article 1, as stated above.