

THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION FIFTY YEARS AFTER:

AN EVALUATION

Proceedings of the Seminar held to commemorate the
fiftieth anniversary of the International Law Commission,
21-22 April 1998

LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL CINQUANTE ANS APRÈS :

BILAN D'ACTIVITÉS

Actes du Séminaire organisé pour commémorer le
cinquantième anniversaire de la Commission du droit
international, 21-22 avril 1998



UNITED NATIONS NATIONS UNIES
NEW YORK, 2000

UNITED NATIONS PUBLICATION
Sales No. E/F.00.V.3
ISBN 92-1-033081-1

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente : E/F.00.V.3
ISBN 92-1-033081-1

Copyright © United Nations, 2000 — Copyright © Nations Unies, 2000
All rights reserved — Tous droits réservés

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
PREFACE BY THE SECRETARY-GENERAL OF THE UNITED NATIONS, MR. KOFI ANNAN	vii
PRÉFACE PAR LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DES NATIONS UNIES, M. KOFI ANNAN	viii
FOREWORD	ix
AVANT-PROPOS	x
SECRETARIAT OF THE COLLOQUIUM	xi
SECRÉTARIAT DU COLLOQUE	xii
OPENING REMARKS BY THE CHAIRMAN OF THE FIFTIETH SESSION OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, MR. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES.	1
REMARQUES LIMINAIRES DU PRÉSIDENT DE LA CINQUANTIÈME SESSION DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, M. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES.	1
WELCOMING REMARKS BY THE LEGAL COUNSEL OF THE UNITED NATIONS, MR. HANS CORELL	3
REMARQUES D'ACCUEIL PAR LE CONSEILLER JURIDIQUE DES NATIONS UNIES, M. HANS CORELL.	3

I

AN OVERVIEW OF THE WORK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION: 1948-1998.	5
APERÇU DES TRAVAUX DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL : 1948-1998	5
Introduction par l'animateur, M. Doudou Thiam	5
Exposé par M. Ahmed Mahiou	6

Presentation by Mr. John Dugard	13
Exposé par M. Constantin Economides	16
Presentation by Mr. Qizhi He	19
Open-floor discussion/débat	21

II

“INTERNATIONAL RESPONSIBILITY AND LIABILITY”: COMMENTS ON THE COMMISSION’S APPROACH	29
« RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET RESPONSABILITÉ IN- TERNATIONALE » : COMMENTAIRES SUR L’APPRO- CHE DE LA COMMISSION	29
Introduction par l’animateur, M. Jorge Illueca	29
Exposé par M. Christian Dominicé	30
Presentation by Mr. Bruno Simma	43
Presentation by Mr. Emmanuel Akwei Addo	47
Open-floor discussion/débat	50

III

“STATE IMMUNITIES”: CURRENT PROBLEMS INHERITED FROM THE PAST?	55
« LES IMMUNITÉS DE L’ÉTAT » : PROBLÈMES ACTUELS HÉRITÉS DU PASSÉ	55
Introduction by the Chairman, Mr. Raul Goco	55
Presentation by Mr. Lucius Caflisch	56
Presentation by Mr. Robert Rosenstock	62
Presentation by Mr. Enrique Candiotti	64
Open-floor discussion/débat	66

IV

“LAW OF TREATIES”: QUESTIONS REMAIN OPEN	73
« LE DROIT DES TRAITÉS » : QUESTIONS NON RÉSOLUES	73
Introduction by the Chairman, Mr. Mochtar Kusuma- Atmadja	73
Exposé par M. Marcelo Kohen	74

Presentation by Ms. Lori Fisler Damrosch	90
Presentation by Mr. Ian Brownlie	96
Presentation by Mr. Peter C. R. Kabatsi	99
Presentation by Mr. Bernardo Sepulveda	101
Open-floor discussion/débat	104

V

FUTURE TOPICS AND PROBLEMS OF THE INTERNATIONAL LEGISLATIVE PROCESS	111
LES SUJETS À VENIR ET LES PROBLÈMES DU PROCESSUS LÉGISLATIF INTERNATIONAL	111
Introduction par l'animateur, M. Guillaume Pambou-Tchiounda	111
Exposé par M. Yves Daudet	113
Presentation by Mr. Vaughan Lowe	122
Presentation by Mr. Gerhard Hafner	138
Presentation by Mr. Zdzislaw Galicki	142
Open-floor discussion/débat	145

VI

USES AND PERILS OF CODIFICATION	163
LES USAGES ET LES DANGERS DE LA CODIFICATION ..	163
Introduction by the Chairman, Mr. Igor Ivanovich Lukashuk	163
Presentation by Mr. Georges Abi-Saab	164
Presentation by Mr. Didier Opertti-Badan	173
Presentation by Mr. Awn Al-Khasawneh	176
Open-floor discussion/débat	180
CLOSING REMARKS BY THE CHAIRMAN OF THE FIFTIETH SESSION OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, MR. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES	197
REMARQUES DE CLÔTURE DU PRÉSIDENT DE LA CINQUANTIÈME SESSION DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, M. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES	197

ANNEXES	198
ANNEXES	198
A. — CURRENT MEMBERSHIP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION	198
A. — MEMBRES DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIO- NAL	198
B. — STATUTE OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION .	200
B. — STATUT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL	207

PREFACE

The International Law Commission, established pursuant to General Assembly resolution 174 (II) of 21 November 1947, is a unique body, composed of jurists and diplomats, professors and practitioners. It reflects the diversity and interdependence of today's world.

In 1997, the Commission marked its fiftieth anniversary with a United Nations colloquium on the "Progressive Development and Codification of International Law". And in April 1998, fifty years after its first members were elected, it organized a seminar in Geneva, focused mainly on an evaluation of its work up to that date. This publication contains the proceedings of that seminar.

During its first half-century, the Commission made an immense contribution to the codification and progressive development of international law. Not only did it draft global conventions on major topics, ranging from diplomatic relations to the law of treaties, without which the conduct of international relations as we know it today would be unthinkable, but the Commission also left its mark on the evolution of contemporary international law, contributing to its dissemination and its better understanding. And it was instrumental in fostering aspects of law which subtly but undeniably pervade many different areas of international life.

I am confident that this trend will continue, and indeed will become more widely recognized in the new millennium. I believe, moreover, that the statements of those who took part in the seminar included in this publication will make an important contribution to that process.

Evaluating such a rich and diverse achievement is no ordinary task. The seminar, like the colloquium that preceded it, should be seen as part of a continuous review process, emanating from the Commission itself. The Commission, in other words, does not rest on its laurels but reviews its own work critically, with an eye to the future. That only strengthens my confidence that its next fifty years will be as rich and fruitful, as diversified and wise,—and therefore, no doubt, as hard to evaluate—as the first fifty have been.

Kofi A. Annan

PRÉFACE

La Commission du droit international, créée par la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale en date du 21 novembre 1947, est un organe unique, composé de juristes, de diplomates, d'universitaires et de praticiens, qui reflète la diversité et l'interdépendance du monde contemporain.

En 1997, la Commission a tenu un colloque des Nations Unies sur le développement progressif et la codification du droit international à l'occasion de son cinquantième anniversaire. En outre, en avril 1998, cinquante ans après l'élection de ses premiers membres, elle a organisé à Genève un séminaire essentiellement consacré à l'évaluation des activités qu'elle avait entreprises jusqu'ici. La présente publication contient un compte rendu des travaux de ce séminaire.

Au cours de ses cinquante années d'existence, la Commission a apporté une contribution inestimable à la codification et au développement progressif du droit international. Elle a non seulement élaboré des conventions internationales sur de grandes questions, allant des relations diplomatiques au droit des traités, sans lesquelles la conduite des relations internationales, telles que nous les connaissons aujourd'hui, serait impensable. La Commission a aussi laissé sa marque sur l'évolution du droit international contemporain, favorisant sa vulgarisation et sa compréhension. Par ailleurs, elle a contribué pour beaucoup à développer des aspects du droit qui interviennent subtilement, mais néanmoins incontestablement, dans une multitude de domaines très divers de la vie internationale.

Je suis certain que cette tendance se poursuivra et même s'affirmera au cours du nouveau millénaire. Je crois d'ailleurs que les déclarations des participants au séminaire, reproduites dans la présente publication, faciliteront considérablement ce processus.

Évaluer une œuvre aussi riche et diverse n'est pas une tâche aisée. Le séminaire, tout comme le colloque qui l'a précédé, devait être considéré comme faisant partie d'un processus d'examen continu émanant de la Commission elle-même. En effet, la Commission ne se repose pas sur ses lauriers mais procède à un examen critique de ses propres activités en ne portant pas de vue sur l'avenir, ce qui me conforte dans ma conviction que ses cinquante prochaines années seront aussi riches, fructueuses, diversifiées et éclairées, et donc certainement aussi difficiles à évaluer que l'ont été les cinquante premières.

Kofi A. Annan

FOREWORD

This two-day Seminar was held pursuant to General Assembly resolution 52/156, which welcomed the decision of the International Law Commission to hold the Seminar to celebrate the fiftieth anniversary of the Commission. It took place on 21 and 22 April 1998, during the fiftieth session of the Commission, at the United Nations Office in Geneva.

Participants included academics and current and former members of the International Law Commission. In order to facilitate a full and frank exchange of views, it was understood that all who took part did so in their personal capacity, and not on behalf of any State, organization or institution.

The Seminar took the form of successive discussions of six topics pertaining to the core theme of an evaluation of the Commission after fifty years of work.

At the Seminar, the panellists made a presentation on their individual topics, which was followed by comments from other designated panellists. The floor was then opened up for discussion. These presentations and comments, as well as the open-floor discussions, are included in this publication under their topics in the order in which they occurred.

The publication also contains two annexes, in order to provide the reader with information on the International Law Commission. The first annex contains the present membership of the International Law Commission, and the second annex contains the Statute of the Commission.

The present volume has been edited and prepared for publication by the staff of the Codification Division of the Office of Legal Affairs of the Secretariat of the United Nations.

AVANT-PROPOS

Ce séminaire de deux journées a été organisé en vertu de la résolution 52/156 de l'Assemblée générale, dans laquelle l'Assemblée s'est félicitée de la décision de la Commission du droit international de tenir ce séminaire pour célébrer son cinquantenaire. Il a eu lieu à l'Office des Nations Unies à Genève, les 21 et 22 avril 1998, pendant la cinquantième session de la Commission.

Il a réuni des universitaires ainsi que des membres, actuels ou anciens, de la Commission du droit international. Afin de favoriser un échange de vues franc et sans réserve, il était entendu que tous les participants étaient présents à titre individuel, sans représenter tel ou tel Etat, organisme ou établissement.

Le séminaire s'est déroulé sous forme de discussions consacrées à six thèmes liés au thème central du bilan de cinquante ans d'activités de la Commission.

Les experts ont présenté leurs thèmes particuliers, après quoi d'autres participants désignés ont formulé leurs observations. Un débat ouvert a ensuite eu lieu. Ces exposés et observations ainsi que le débat ouvert sont présentés ici selon les différents thèmes, dans l'ordre chronologique.

Le présent document comporte deux annexes, qui informeront le lecteur sur la Commission du droit international. La première contient la composition actuelle de la Commission et la seconde en présente le statut.

Le présent volume a été mis au point et préparé pour la publication par la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

SECRETARIAT OF THE SEMINAR

- Mr. Hans Corell, Under-Secretary-General for Legal Affairs, Legal Counsel
- Mr. Roy S. Lee, Director, Codification Division, Office of Legal Affairs
- Mr. Manuel Rama-Montaldo, Deputy Director, Codification Division, Office of Legal Affairs
- Ms. Sachiko Kuwabara-Yamamoto, Principal Legal Officer, Codification Division, Office of Legal Affairs
- Ms. Mahnoush Arsanjani and Mr. Mpazi Sinjela, Senior Legal Officers, Codification Division, Office of Legal Affairs
- Ms. Christiane Bourloyannis-Vrailas, Mr. David Hutchinson, Mr. George Korontzis, Ms. Virginia Morris and Mr. Vladimir Rudnitsky, Legal Officers, Codification Division, Office of Legal Affairs
- Ms. Darlene Prescott, Mr. Arnold Pronto and Mr. Renan Villacis, Associate Legal Officers, Codification Division, Office of Legal Affairs

*

With the editorial assistance of Mr. George Korontzis
and Ms. Darlene Prescott
of the Codification Division, Office of Legal Affairs,
and Ms. Barbara Masciangelo of the Treaty Section,
Office of Legal Affairs

*

Transcribing and editing of the tapes
of the International Law Commission Seminar,
21-22 April 1998, in Geneva,
by Ms. Milena E. Bellini, assisted by Ms. Tamiatti Ludivine

SECRETARIAT DU SÉMINAIRE

- M. Hans Corell, secrétaire général adjoint aux affaires juridiques,
Conseiller juridique
- M. Roy S. Lee, directeur de la Division de la codification du Bureau des
affaires juridiques
- M. Manuel Rama-Montaldo, directeur adjoint de la Division de la codifi-
cation du Bureau des affaires juridiques
- Mme Sachiko Kuwabara-Yamamoto, juriste principale de la Division de
la codification du Bureau des affaires juridiques
- Mme Mahnoush Arsanjani et M. Mpazi Sinjela, juristes hors classe de la
Division de la codification du Bureau des affaires juridiques
- Mme Christiane Bourloyannis-Vrailas, M. David Hutchinson, M. Geor-
ges Korontzis et Mme Virginia Morris, juristes de la Division de la
codification du Bureau des affaires juridiques
- Mme Darlene Prescott, M. Arnold Pronto et M. Renan Villacis, juristes
adjoints de première classe de la Division de la codification du Bu-
reau des affaires juridiques

*

Avec l'assistance éditoriale de M. Georges Korontzis et Mme Dar-
lene Prescott, de la Division de la codification du Bureau des affaires juri-
diques, et de Mme Barbara Masciangelo, de la Section des traités du Bu-
reau des affaires juridiques

*

La transcription et l'édition du séminaire de la Commission du droit
international à partir des bandes sonores a été effectuée à Genève par
Mme Milena E. Bellini, assistée par Mme Tamiatti Ludivine.

	<i>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
4. Counts 1 to 5: The common plan or conspiracy to commit wars of aggression	297–304	175
(a) The object or purpose of the common plan or conspiracy to wage aggressive war	297–298	175
(b) Tactics used by the conspirators	299	177
(c) The war against China	300	177
(d) Japan’s alliance with Germany and Italy	301	178
(e) The wars against the Soviet Union, the United States, the British Commonwealth, France and the Netherlands	302	178
(f) The criminal nature of the common plan or conspiracy to wage aggressive war and the criminal responsibility of the participants	303	179
(g) The common plan or conspiracy to wage wars in violation of international law, treaties, agreements and assurances	304	180
5. Counts 27 to 36: Waging aggressive wars	305–316	181
(a) The charges of waging wars in violation of international law, treaties, agreements or assurances and the charges of murder	306	181
(b) The war against China	307–308	183
(c) The war against the Soviet Union	309–316	183
6. The Pacific War	317–323	188
(a) The war against France	318	189
(b) The wars against the United Kingdom, the United States and the Netherlands	319–320	190
(c) The alleged war against Thailand	321	193
(d) The war against the British Commonwealth of Nations	322	194

	<i>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
(e) The war against the Philippines (United States)	323	195
7. Individual responsibility of the accused	324–378	196
(a) Araki, Sadao	325–326	196
(b) Dohihara, Kenji	327–328	197
(c) Hashimoto, Kingoro	329–330	198
(d) Hata, Shunroko	331–332	199
(e) Hiranuma, Kiichiro	333–334	200
(f) Hirota, Koki	335–338	201
<i>Defence claim: advocated dispute settlement</i>	336–338	202
(g) Hoshino, Naoki	339–340	203
(h) Itagaki, Seishiro	341–342	204
(i) Kaya, Okinori	343	206
(j) Kido, Koichi	344–345	206
(k) Kimura, Heitaro	346	208
(l) Koiso, Kuniaki	347–349	209
(m) Matsui, Iwane	350	210
(n) Minami, Jiro	351–352	210
(o) Muto, Akira	353–354	212
(p) Oka, Takasumi	355	212
(q) Oshima, Hiroshi	356–358	213
<i>Defence claim: diplomatic immunity</i>	357–358	214
(r) Sato, Kenryo	359–360	214
<i>High-level position and knowledge</i>	360	215
(s) Shigemitsu, Mamoru	361–363	216
(t) Shimada, Shigetaro	364–365	217

	<i>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
<i>Self-defence claim</i>	365	217
(u) Shiratori, Toshio	366–368	218
(v) Suzuki, Teiichi	369–370	219
(w) Togo, Shigenori	371–373	220
<i>Defence claims</i>	372–373	220
(x) Toji, Hideki	374–376	221
<i>Self-defence claim</i>	375–376	222
(y) Umezu, Yoshijiro	377–378	222
IV. The United Nations	379–450	225
A. The Security Council	381–404	225
1. Southern Rhodesia	383–388	225
2. South Africa	389–398	229
3. Benin	399	234
4. Tunisia	400–402	235
5. Iraq	403–404	236
B. The General Assembly	405–429	237
1. The Definition of Aggression	409–414	239
2. Resolutions concerning situations involving aggression	415–429	242
(a) Korea	415	242
(b) Namibia	416–417	242
(c) South Africa	418–420	244
(d) Territories under Portuguese administration	421	246
(e) The Middle East	422–428	247
(f) Bosnia and Herzegovina	429	250
C. The International Court of Justice	430–450	251

	<i>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
1. The functions of the principal organs of the United Nations with respect to aggression	432–443	252
(a) Advisory opinion	432–433	252
<i>Certain expenses of the United Nations</i>	432–433	252
(b) Contentious cases	434–443	255
2. Provisional measures	444–447	259
3. Legal disputes concerning the use of force or aggression	448–450	262
Annexes		265
Introductory note		265
I. Tables 1 to 4 concerning aggression by a State		267
Table 1. Aggression by a State: Categories of aggression and war		268
Table 2. Aggression by a State: Forms of aggression		274
Table 3. Aggression by a State: Factors in determining the aggressive character of conduct by a State		283
Table 4. Aggression by a State: Defence claims		302
II. Tables 5 to 9 concerning individual criminal responsibility		313
Table 5. Individual criminal responsibility: High-level position		314
Table 6. Individual criminal responsibility: Knowledge		339
Table 7. Individual criminal responsibility: Intent		364
Table 8. Individual criminal responsibility: Participation		370
Table 9. Individual criminal responsibility: Defence claims		417

Preface

The question of defining aggression has been under consideration within the framework of the United Nations since the earliest days of the Organization. In 1974, the General Assembly adopted a definition of aggression to provide guidance to the Security Council in determining, in accordance with the Charter of the United Nations, the existence of an act of aggression.¹ In 1996, the International Law Commission adopted the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, which articulated the principle of individual criminal responsibility with respect to a leader or organizer for the crime of aggression based on their participation in aggression committed by a State without providing a detailed definition of this crime.² In 1998, the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court adopted the Rome Statute of the International Criminal Court which provided that the Court shall have jurisdiction over the crime of aggression once a provision has been adopted defining the crime of aggression and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime.³ The Rome Conference also adopted resolution F establishing a Preparatory Commission to prepare, inter alia, proposals for a provision on aggression, including the definition and the elements of crimes of aggression as well as the conditions under which the Court shall exercise its jurisdiction with regard to this crime.⁴ At its third session, in 1999, the Preparatory Commission established the Working Group on the Crime of Aggression to prepare such proposals.⁵ At the eighth session of the Preparatory Commission, in 2001, the Working Group requested the Secretariat to prepare a paper on the subject.

The Historical Review of Developments relating to Aggression was presented to the Working Group on the Crime of Aggression at the

¹ General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974.

² *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II (Part Two), chap. II.D, para. 50.

³ Rome Statute of the International Criminal Court, adopted on 17 July 1998, A/CONF.183/9, art. 5.

⁴ Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, done on 17 July 1998, A/CONF.183/10, annex I, resolution F.

⁵ PCNICC/1999/L.5/Rev.1, para. 16.

ninth session of the Preparatory Commission, in 2002.⁶ The paper provides an objective, analytical overview of the history and major developments relating to aggression before and after the adoption of the Charter of the United Nations. It reflects developments relating to aggression as of mid-2001.

Parts I, II and III review the major developments resulting from the establishment of tribunals to consider crimes against peace after the Second World War, including the constituent instruments and the jurisprudence of the tribunals. These parts of the paper sought to provide relevant information on a number of issues that were raised in the Working Group on the Crime of Aggression with respect to: (a) the conduct by a State that constitutes aggression for purposes of individual criminal responsibility (e.g., the categories of aggression that may be committed by a State, the types of conduct by a State that may constitute aggression at various stages of a military operation, the factors that determine the aggressive character of such conduct as well as possible defences); and (b) the essential elements required for an individual to be held responsible for the crime of aggression (e.g., high level position, knowledge, intent, participation as well as possible defences). This information is also reflected in a series of analytical tables included in the annexes to the paper to facilitate a more focused element-by-element consideration of the two aspects of aggression.

Part IV reviews the major developments resulting from the establishment of the United Nations after the Second World War, including the relevant provisions of the Charter which prohibit the threat or use of force and provide a role for some of its principal organs with respect to international peace and security. This part of the paper sought to provide relevant information on a number of issues that were raised in the Working Group on the Crime of Aggression with respect to the role of the United Nations, including: the practice of the Security Council in condemning action by a State as aggression; the practice of the General Assembly in condemning such action, particularly in relation to the Definition of Aggression; and the jurisprudence of the International Court of Justice with respect to the functions of the principal organs of the United Nations concerning aggression as well as legal issues relating to the prohibition of aggression. The law and practice of the United Nations and its principal organs, particularly as it may relate to aggression by a State and the conditions for the exercise

⁶ PCNICC/2002/WGCA/L.1 and Add.1.

of jurisdiction by the International Criminal Court, was not reflected in the analytical tables accompanying the paper due to time constraints.

The Working Group expressed its appreciation for the paper, which was considered to constitute a valuable contribution to its deliberations and a useful resource for those interested in the subject. The Working Group, therefore, requested the Secretariat to ensure the widest dissemination of the paper and proposed that it be forwarded to the Assembly of States Parties in connection with further work on the topic. The Preparatory Commission included the paper in its report and transmitted it to the Assembly of States Parties.

Following the entry into force of the Rome Statute on 1 July 2002, the work on proposals relating to the crime of aggression has been continued by the Assembly of States Parties to the Rome Statute. By resolution ICC-ASP/1/Res.1, adopted on 9 September 2002, the Assembly of States Parties decided to establish the Special Working Group on the Crime of Aggression, open on an equal footing to all States Members of the United Nations or members of specialized agencies or of the International Atomic Energy Agency, for the purpose of elaborating proposals for a provision on aggression. The Special Working Group is scheduled to meet for the first time at the second session of the Assembly of States Parties, to be held in September 2003.

Codification Division
Office of Legal Affairs
16 June 2003

Introduction*

The present paper was prepared in response to the request of the Working Group on the Crime of Aggression at the eighth session of the Preparatory Commission, held from 24 September to 5 October 2001.

The paper consists of four parts: part I. The Nuremberg Tribunal; part II. Tribunals established pursuant to Control Council Law No. 10; part III. The Tokyo Tribunal; and part IV. The United Nations. In addition, annex I contains tables 1 to 4 relating to aggression by a State and annex II contains tables 5 to 9 relating to individual responsibility for crimes against peace.

The purpose of the paper is to provide an objective, analytical overview of the history and major developments relating to aggression. It covers the developments prior to the adoption of the Charter of the United Nations and those subsequent to the adoption of the Charter. It includes the constituent instruments and the jurisprudence of the tribunals that considered the crimes against peace committed in Europe and the Far East during the Second World War, namely: the Charter and Judgement of the Nuremberg Tribunal, which was established to try the major war criminals of the European Axis; Control Council Law No. 10 and the judgements of the tribunals which conducted the subsequent trials of other war criminals in Germany; and the Charter and Judgement of the Tokyo Tribunal, which was established to try the major war criminals in the Far East.¹ The constituent instruments contain relatively brief definitions of crimes against peace. The jurisprudence of the tribunals clarifies and further addresses a number of important issues relating to two aspects of aggression: (a) the conduct by a State that constitutes aggression, and (b) the essential elements required for an individual to be held responsible for crimes against peace. The relevant information contained in the constituent instruments and the jurisprudence of the tribunals with respect to the various issues relating to the two aspects of aggression is also reflected in a series of tables contained in the annexes to the present paper.²

The paper also reviews the major developments resulting from the establishment of the United Nations after the Second World

* Introduction to document PCNICC/2002/WGCA/L.1.

War, including the relevant provisions of the Charter which prohibit the threat or use of force and provide a role for some of its principal organs with respect to international peace and security. The paper reviews the practice of the Security Council and its resolutions condemning specific acts of aggression; the practice of the General Assembly and its resolutions condemning specific acts of aggression, some of which refer to the Definition of Aggression adopted by the Assembly; and the practice of the International Court of Justice and its jurisprudence concerning the function of the principal organs of the United Nations with respect to aggression, requests for interim measures to address alleged acts of aggression which threatened to interfere with pending cases involving other issues and cases involving claims of alleged acts of aggression.

The relevance of the constituent instruments and the jurisprudence of the tribunals established after the Second World War with respect to wars of aggression or wars in violation of international agreements, such as those providing for a declaration of war, could be questioned in the light of further developments culminating in the adoption of the Charter of the United Nations, which prohibited the use of force.³ The instruments that provided for trials after the Second World War defined crimes against peace with reference to wars of aggression or wars in violation of international agreements. However, the tribunals that applied those instruments to determine the lawful or unlawful character of the wars first considered whether the wars were aggressive or defensive in character. They considered it unnecessary to decide whether the wars violated international agreements after finding that they constituted the even greater crime of aggressive war. Attention may also be drawn to the similarity between the type of conduct by a State which the tribunals found comprised aggressive war and the type of conduct by a State which the Security Council and the General Assembly have condemned as acts of aggression.

The paper seeks to be as comprehensive and yet as concise as possible. It is a factual description and to the extent possible reflects the terminology used by the decisions of the courts, tribunals, commissions and the resolutions of the Security Council and the General Assembly. The paper does not draw or suggest any conclusions with regard to the issues it covers, nor does it suggest whether the use of the word "aggression" with regard to a

particular act by, for example, the Security Council or the General Assembly was or was not intended to be in the context of Article 39 of the Charter of the United Nations.

Notes

¹ The paper does not include the national legislation or the jurisprudence of national courts with respect to crimes against peace after the Second World War.

² The Rome Statute provides for the elaboration of a definition of the crime of aggression, but it does not specifically provide for the elaboration of the elements of this crime. Some of the more detailed aspects of the elements of individual criminal responsibility addressed in the jurisprudence of the tribunals may be considered more appropriate for the inclusion in the elements of the crime of aggression.

³ The United Nations War Crimes Commission concluded that the irrelevance of a declaration of war was the main development of international law represented by the Charter of the Nuremberg and Tokyo tribunals as well as the judgement of the Nuremberg Tribunal; see paragraph 269 of the present paper.

OPENING REMARKS¹ BY THE CHAIRMAN OF THE FIFTIETH
SESSION OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION,
MR. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES²

*

REMARQUES LIMINAIRES PAR LE PRÉSIDENT DE LA CIN-
QUANTIÈME SESSION DE LA COMMISSION DU DROIT
INTERNATIONAL, M. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES

The International Law Commission was established pursuant to General Assembly resolution 174 (II), on 21 November 1947, in response to Article 13, paragraph 1 (a), of the Charter of the United Nations. The first election of the Commission took place on 3 November 1948 and the Commission opened its first session in April 1949. The Commission has, therefore, three birthdays. In 1997, the General Assembly celebrated the establishment of the Commission in a colloquium at United Nations Headquarters in New York,³ with the participation of legal advisers, members of the Commission, government officials, non-governmental organizations, members of academia and professional associations. This year, the Commission celebrates its birthday through a less formal gathering, with more emphasis and reflection on substance and greater focus on issues of special interest to the Commission, which are reflected in the Seminar's programme.

The progressive development of international law and its codification are very important activities of the United Nations. The International Law Commission has played a central role in this process. The Commission has produced over 20 sets of draft articles, setting forth basic rules in most of the areas of international law. Many of these sets of draft articles have become international conventions. A number of these conventions have become fundamental to the very conduct of the relations between States. Works of the Commission, even before reaching the final stage, have been cited by authoritative sources as existing law or custom. The reference made by the International Court of Justice in the recent case be-

¹ Translated from Spanish.

² Member of the International Law Commission.

³ See the proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law in *Making Better International Law: The International Law Commission at 50* (1998) (United Nations publication, Sales No. E/F.98.V.5).

tween Hungary and Slovakia⁴ to some of the draft articles on State responsibility, adopted on the first reading by the Commission, is one example.

The Commission was born 50 years ago and, like any institution, the Commission should remain relevant in the changing environment in which it operates and should be responsive to the needs of the international community. In fact, in the last several years, the Commission has been re-evaluating its work and has endeavoured to revitalize itself and remain an efficient and productive institution. This task, of course, rests basically on the shoulders of the members of the Commission. Any institution is only as good as those who serve in it. Their commitment and dedication, their knowledge and expertise, and their hard work make the Commission what it ought to be.

⁴ *Gabcikovo-Nagymaros Project Hungary/Slovakia*, Judgment of 25 September 1997.

WELCOMING REMARKS BY THE LEGAL COUNSEL
OF THE UNITED NATIONS, MR. HANS CORELL

*

REMARQUES D'ACCUEIL PAR LE CONSEILLER JURIDIQUE
DES NATIONS UNIES, M. HANS CORELL

I should first like to congratulate the Commission on its fiftieth birthday. My predecessor as Legal Counsel of the United Nations and I have always considered the work of the International Law Commission of great importance to the United Nations and the international community. Consequently, servicing the Commission constitutes an important and essential function of the Codification Division of the Office of Legal Affairs. This Division has always viewed its work for the Commission as especially important and has served the Commission over the last 50 years with commitment and devotion. The current team under Mr. Roy Lee's leadership will, I can assure you, continue with the same commitment.

Mr. Chairman, as you noted, the Commission indeed has three birthdays. Since last year, marking the first birthday of the Commission, a number of activities have taken place to commemorate the Commission's fiftieth anniversary. For this particular occasion, we have prepared a number of background papers and materials, including a programme of the Seminar and a copy of the introduction to a book prepared by the Commission that is entitled *International Law on the Eve of the Twenty-first Century*.⁵ This introduction represents an attempt to evaluate the contribution of the work of the Commission and might serve as a reference for our first session of the Seminar. The third background paper contains ideas and suggestions for enhancing the work of the Commission and for making the Commission more efficient. These ideas and suggestions were put forward during the October Colloquium, to which the Chairman has referred. They have been extracted from the proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law. The proceedings have been published under the title *Making Better International Law: The International Law Commission at 50*.⁶

⁵*International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission* (1997) (United Nations publication, Sales No. E/F.97.V.4).

⁶See footnote 2.

In addition, for this occasion, the Secretariat of the United Nations has also prepared information on the status of the 14 main international conventions that originated in the International Law Commission. As a fifth item, the Secretariat of the United Nations has prepared an *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission, 1949 to 1997*.⁷ This is a comprehensive annotated guide to the substantive work of the Commission. Each topic is subdivided into categories and stages of consideration within the Commission. This guide is intended to serve as a research tool to facilitate readers in tracing the development of a particular topic from inception to conclusion. While the guide will be useful to the members of the Commission, it is aimed primarily at those involved in research with a special interest in the Commission's work on the progressive development of international law.

⁷Document ST/LEG/GUIDE/1; United Nations publication, Sales No. E.98.V.10.

AN OVERVIEW OF THE WORK OF THE INTERNATIONAL LAW
COMMISSION: 1948-1998

*

APERÇU DES TRAVAUX DE LA COMMISSION
DU DROIT INTERNATIONAL : 1948-1998

Introduction par l'animateur, M. Doudou Thiam⁸

J'ai le plaisir de déclarer ouverte la première session du séminaire. Nous célébrons aujourd'hui, chers collègues et amis, mesdames et messieurs, le cinquantième anniversaire de la Commission du droit international. C'est avec une certaine fierté que j'y participe depuis bientôt vingt-huit ans. J'ai été rapporteur spécial pour le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1982 à 1996. Je suis donc très honoré d'avoir été choisi pour présider la première session du séminaire portant sur le sujet suivant : une vue d'ensemble de l'œuvre de la Commission du droit international.

Comme M. Çorell l'annonçait tout à l'heure, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies a distribué un extrait d'un document sur l'œuvre de la Commission du droit international. Ce document contient une évaluation des travaux de la Commission pendant ces cinquante dernières années. Je suis tout à fait d'accord avec le Conseiller juridique pour dire que ce document constitue la base de notre discussion sur le sujet qui nous intéresse.

Notre premier orateur est M. Ahmed Mahiou qui a été membre de la Commission du droit international de 1982 à 1998, président de sa quarante-huitième session et également président du Comité de rédaction, un organe extrêmement redouté et très important de la Commission. Je donne donc la parole à notre ami Ahmed Mahiou.

⁸ Ancien ministre de la justice du Sénégal, membre de la Commission du droit international, 1970-1999.

Exposé par M. Ahmed Mahiou⁹

En laissant de côté les sujets actuellement en discussion devant la Commission (responsabilité des Etats, responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, la nationalité en relation avec la succession d'Etats et les réserves aux traités) et le sujet abandonné en 1992 (privilèges et immunités des organisations internationales), la Commission a examiné 25 sujets dont 2 ont fait l'objet d'un double examen : la question de la juridiction pénale internationale (rapport en 1950 et projet de statut en 1994) et le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (projet de 1954 et projet de 1996).

Sur ces 25 sujets, 3 ont simplement fait l'objet d'un rapport :

- Les moyens de rendre plus accessibles la documentation relative au droit international coutumier (1950)¹⁰;
- Les réserves aux conventions multilatérales (1951)¹¹;
- La question d'une plus large participation aux traités multilatéraux conclus sous les auspices de la Société des Nations (1963)¹²;

Sur les 22 sujets ayant donné lieu à l'élaboration de projets de textes, 3 d'entre eux n'ont pas été proposés pour devenir des conventions, mais pour servir de source d'inspiration ou de modèle pour les Etats :

- La déclaration des droits et devoirs des Etats (1949)¹³;
- La formulation des principes de Nuremberg (1950)¹⁴;
- Le modèle de règles sur la procédure arbitrale (1958)¹⁵. Notons que, dans un premier temps (1953)¹⁶, ce projet avait été recommandé en vue d'en faire une convention, mais, devant les réserves et critiques, la Commission a changé de position pour suggérer un modèle de règles.

Pour les autres sujets recommandés pour devenir des conventions :

- Un sujet n'a pas obtenu l'aval de l'Assemblée générale : le projet relatif à la clause de la nation la plus favorisée (1978)¹⁷;

⁹ Professeur de droit, ancien doyen de la Faculté de droit d'Alger, ancien membre de la Commission du droit international, 1982-1996.

¹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12*, document A/113116, par. 24 à 94.

¹¹ *Ibid.*, sixième session, *Supplément n° 9*, p. 3.

¹² *Annuaire de la Commission du droit international, 1963*, vol. II, document A/5509.

¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10*, p. 11.

¹⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, par. 95 à 127, document A/1316.

¹⁵ *Ibid.*, 1958, vol. II, document A/3859, par. 10 à 43.

¹⁶ *Ibid.*, 1953, vol. II, p. 201 à 212, document A/2456, et *ibid.*, p. 208, par. 55.

¹⁷ *Ibid.*, 1978, vol. II (deuxième partie), p. 19 à 81, document A/33/10.

- Deux autres sujets sont toujours en attente devant l'Assemblée générale et pour certains d'entre eux de façon dilatoire : le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique (1989)¹⁸; les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (1991)¹⁹;
- Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité²⁰ n'a été transmis à l'Assemblée générale qu'en 1996 et il est donc normal qu'il y ait un certain temps pour son examen;

Un autre, enfin, va être soumis en juin 1998 à une conférence diplomatique : le projet de statut d'une Cour pénale internationale²¹.

Finalement, 11 sujets ont donné naissance à 14 conventions dont certaines sont accompagnées de protocoles facultatifs sur le règlement des différends ou d'annexes. Sur ces 14 conventions, 11 sont en vigueur.

D'un point de vue statistique, on a donc les résultats suivants : sur 25 sujets traités par la Commission, il y a eu 14 conventions (soit 55 %) dont 11 sont en vigueur (soit 45 %); sur une période de cinquante ans, cela fait une moyenne d'un projet tous les deux ans et d'une convention tous les trois ans et demi.

Quelques commentaires sur ce bilan statistique :

1) En examinant les domaines codifiés, on constate qu'il y a une concentration sur certains sujets qui sont ainsi entièrement couverts. Il s'agit des domaines suivants :

- Le droit de la mer : les quatre Conventions de 1958 ont porté sur la plupart des aspects du droit de la mer, même si la largeur de la mer territoriale n'a pas pu être codifiée en 1960; la Convention de 1982 est venue compléter et réviser l'œuvre de la Commission mais en conservant l'essentiel de cette œuvre pour tout ce qui concerne les aspects classiques;
- Le droit diplomatique : c'est sans doute le secteur où le travail a été le plus important avec l'élaboration de sept textes, c'est-à-dire les quatre Conventions sur les relations diplomatiques (1961), les relations consulaires (1963), les missions spéciales (1969) et la représentation des Etats (1975); la Convention sur la protection du personnel diplomatique (1973); et les deux projets concernant le courrier et la valise diplomatiques, d'une part, et les immunités juridictionnelles, d'autre part. Et si la Commission avait poursuivi ses travaux sur les immunités et privilèges

¹⁸ Ibid., 1989, vol. II (deuxième partie), p. 16 à 53, document A/44/10.

¹⁹ Ibid., 1991, vol. II (deuxième partie), p. 13 à 64, document A/46/10.

²⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10), p. 30 à 144.

²¹ Annuaire de la Commission du droit international 1993, vol. II (deuxième partie), p. 104 à 136, document A/48/10.

des organisations internationales, elle aurait codifié l'ensemble du droit diplomatique de manière complète;

- Le droit des traités est également codifié presque entièrement, puisque les deux traités de 1969 et de 1986 auxquels s'ajoute la Convention sur la succession d'Etats en matière de traités (1978) couvrent l'ensemble de la matière, malgré l'échec du projet sur la clause de la nation la plus favorisée.

A côté de ces trois domaines classiques du droit international, l'attention de la Commission s'est portée sur le droit pénal international où les résultats se font encore attendre. En élaborant les principes de Nuremberg, le premier code des crimes, la Convention sur la protection du personnel diplomatique, le projet de statut d'une Cour pénale internationale et le second projet de code des crimes, elle a bien balisé le chemin pour apporter une contribution à la codification du droit pénal international. Cela explique l'intérêt et l'importance de la prochaine conférence sur le statut de la Cour pénale internationale pour consacrer cette contribution.

Donc, à bien des égards, le bilan de la Commission apparaît fondamental dans certains domaines du droit international, ce qui n'empêche pas de se poser la question : aurait-elle pu faire plus et mieux ? On va essayer d'y répondre brièvement par quelques remarques sur ce bilan.

2) La première remarque concerne la productivité et les méthodes de travail de la Commission. De ce point de vue, il semble bien qu'elle a été plus active dans la première période que dans la seconde. Ainsi, il a fallu moins de six ans (1950 à 1956) pour élaborer un projet de 73 articles sur le droit de la mer et moins de quatre ans pour élaborer un projet de 45 articles sur les relations diplomatiques (1954 à 1958) ou un projet de 71 articles sur les relations consulaires (1957 à 1961); or, il a fallu dix ans pour élaborer un modeste projet de 32 articles sur le courrier et les valises diplomatiques (1979 à 1989) et treize ans (1978 à 1991) pour le projet de 22 articles sur les immunités juridictionnelles. Si l'on prend l'exemple du sujet sur la responsabilité des Etats dont l'ampleur et la difficulté permettent de comprendre le retard des travaux de codification, en revanche, il est difficile de justifier leur longueur et lenteur : l'examen du sujet ayant commencé en 1955, il ne s'achèvera qu'à l'horizon 2000, soit une durée proche du demi-siècle²².

Certes, le retard n'incombe pas à la seule Commission, car le calendrier de travail dépend aussi des réactions de l'Assemblée générale et des Etats; mais les méthodes de travail ont révélé leur limite, et ce n'est que

²² Déjà, le droit des traités avait occupé la Commission du droit international pendant dix-sept ans (1949 à 1966) et, en ajoutant à ce délai celui de l'adoption (trois ans) et de l'entrée en vigueur (onze ans), on aboutit à un total de trente et un ans entre le moment où la décision de codifier est prise et le moment où la convention s'applique.

récemment que la Commission a montré qu'elle pouvait être plus rapide et plus efficace dans la gestation de ses projets (élaboration du projet de statut de la Cour pénale internationale et calendrier de travail sur la nationalité et les réserves).

3) La seconde remarque concerne la difficulté de plus en plus grande rencontrée par les projets de la Commission pour devenir des conventions. Là aussi une comparaison entre deux périodes aboutit au constat paradoxal suivant : les projets ont eu davantage de succès pendant la période des grandes divisions de la société internationale (confrontation Est-Ouest et clivage Nord-Sud) que pendant la période de disparition ou d'atténuation de ces divisions. En effet :

- Du milieu des années 50 au milieu des années 80, tous les projets proposés par la Commission sont devenus des conventions, à l'exception du projet sur la clause de la nation la plus favorisée;
- Du milieu des années 80 à aujourd'hui, aucun projet n'a encore été adopté et un seul sur cinq va être soumis prochainement à une conférence de codification.

4) La troisième remarque est relative précisément à l'acceptation des conventions par les Etats. Sur les 14 conventions adoptées, on note que le nombre de ratifications est très variable, en allant du strict minimum de 15 pour la Convention sur la succession d'Etats en matière de traités à 178 pour celle sur les relations diplomatiques.

Si l'on prend comme critère l'acceptation par un nombre significatif d'Etats composant la communauté internationale, quatre conventions seulement répondent à cette condition : celles portant sur les relations diplomatiques (178), les relations consulaires (157), la protection du personnel diplomatique (96) et le droit des traités (83). Encore faut-il noter que la Convention sur le droit des traités, pourtant considérée comme la meilleure œuvre de la Commission, n'a pas encore atteint le seuil majoritaire de ratifications. En outre, le délai entre l'adoption et l'entrée en vigueur a eu tendance à s'allonger de plus en plus pour passer de quatre à cinq années à plus d'une dizaine d'années.

Cette situation est préoccupante en posant le problème de savoir ce que les Etats sont prêts à accepter. On peut notamment se demander s'ils ne sont pas devenus très réticents ou opposés aux projets de la Commission au motif que le domaine classique de la codification est en voie d'épuisement et que le développement progressif prédomine de plus en plus alors que les Etats ne sont pas prêts à aller dans ce sens. Si tel est le cas, le problème prendrait alors une dimension grave pour les travaux futurs de codification, dans la mesure où précisément les progrès accomplis par elle réduisent la part de codification au sens restreint pour laisser davantage de place au développement progressif. C'est toute la mission de la Commission qui est en jeu ainsi que sa fonction à la veille du troisième

millénaire, surtout si les Etats pensent qu'il faut laisser le temps au temps et permettre aux règles coutumières de se manifester.

5) La quatrième et dernière remarque concerne justement les relations entre la codification et la coutume. La codification est normalement le processus de parachèvement de la règle coutumière qu'elle consacre et consolide, en l'énonçant de manière claire et sous forme écrite, et en lui assurant une reconnaissance solennelle sous la forme conventionnelle. On sait qu'il y a parfois une résistance ou une opposition à vouloir tout codifier, à remplacer les règles coutumières souples et évolutives par des règles rigides et solennelles qui risquent de contrarier la nécessaire flexibilité exigée par les relations internationales. En réalité, si la codification absorbe la plupart des règles coutumières, celles-ci à leur tour peuvent naître de la codification et notamment de l'œuvre de la Commission, qu'il s'agisse des conventions entrées en vigueur ou non, ou qu'il s'agisse des projets²³.

S'agissant des conventions entrées en vigueur, le problème posé est celui de leur portée vis-à-vis des Etats qui ne les ont pas ratifiées. S'il est exact de dire que leurs règles s'imposent aux seuls Etats qui les ont acceptées, il est difficile de conclure qu'elles n'ont aucune conséquence pour ceux qui ne les ont pas ratifiées. Dans la mesure où ces règles ont obtenu une acceptation largement majoritaire et correspondent à une abondante pratique, ne doit-on pas considérer qu'elles passent du droit conventionnel au droit international général et qu'elles acquièrent valeur de normes coutumières au regard des autres Etats ? A titre d'exemple, les règles des conventions sur les traités où les relations diplomatiques et consulaires sont invoquées, même entre les Etats qui ne les ont pas ratifiées, parce qu'elles exercent une telle attraction, qu'elles deviennent progressivement les principes constitutifs des relations entre les Etats et forment le socle logique et technique de la société internationale²⁴. Par ailleurs, ces mêmes conventions sont susceptibles de générer des règles coutumières parce que tout simplement la codification ne peut ou ne veut pas régir tous les aspects et détails des rapports internationaux (le préambule de beaucoup de conventions reproduit la formule de sauvegarde selon laquelle « les règles du droit international coutumier doivent continuer à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dis-

²³ Voir J. Salmon, « Changements et droit international public », *Mélanges Rigaux, Nouveaux itinéraires en droit; hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 134.

²⁴ Voir M. Virally, « A propos de la *lex ferenda* », *Mélanges P. Reuter* (Paris, Pedone, 1981 p. 523). Selon la remarque de H. Caminos, le traité ratifié par un grand nombre d'Etats « devient une attestation puissante de l'Etat du droit international » et « il produit, dans ces conditions, des effets à l'égard des Etats qui n'y sont pas parties ». « Les sources du droit de la mer », dans R. J. Dupuy et D. Vignes, *Traité du nouveau droit de la mer* (Paris, éd. *Economica*, 1985, p. 70).

positions de la présente convention²⁵ »); il y a des interstices et parfois des lacunes révélées par la mise en œuvre des règles codifiées; il y a aussi des dispositions de compromis codifiées de façon ambiguë. Pour toutes ces raisons, on renvoie aux Etats le soin de les compléter par des pratiques constitutives de coutumes, en attendant leur éventuelle codification par révision des conventions existantes. A cet égard, l'exemple du droit de la mer est intéressant puisque l'encre des Conventions de 1958 n'était pas encore sèche que les Etats ont amorcé des pratiques visant à compléter les règles adoptées et parfois à en susciter d'autres entraînant la nouvelle codification de 1982.

S'agissant des conventions non encore en vigueur, on a parlé à leur propos de codification inachevée. En effet, voilà des règles qui semblent répondre aux besoins de la communauté internationale au point d'obtenir la signature de la plupart des Etats mais sans obtenir le nombre approprié de ratifications. On peut parler ici de droit mou ou *soft law* car il s'agit bien de droit voulu par les Etats qui ont accepté sa codification mais d'un droit virtuel, mou, qui attend pour se concrétiser, se durcir; or, cette concrétisation ou ce durcissement peuvent se manifester soit par la ratification, soit par la pratique des Etats; dans ce dernier cas, les Etats peuvent progressivement se conformer aux normes édictées par la convention, se laisser guider par elles et assurer ainsi leur passage de l'univers conventionnel en direction de l'univers coutumier. Cela s'est produit pour le droit de la mer (notion de zone économique exclusive, droit de transit dans les détroits internationaux etc.) et il semble se produire, même si c'est moins net, pour le droit de la succession d'Etats.

Enfin, la naissance des règles coutumières peut trouver quelque aide ou fondement dans les projets de la Commission et parfois dans ses travaux. Il est incontestable que les travaux de codification exercent une influence qui dépasse les cercles académiques et les préoccupations doctrinales. Les rapports des rapporteurs spéciaux, les débats de la Commission et de la Sixième Commission et évidemment les projets d'articles de la Commission constituent une source d'inspiration non seulement pour la réflexion doctrinale mais aussi pour l'argumentation et la justification de certaines positions ou de certains comportements des Etats; parfois l'intérêt se manifeste jusque chez le juge ou l'arbitre comme le montrent les arrêts de la Cour internationale de Justice ou des sentences arbitrales qui semblent avoir été inspirés par les travaux relatifs à la responsabilité des Etats (affaires du Nicaragua, du *Rainbow Warrior*) et au droit de la mer (affaire du plateau continental Tunisie-Libye où la Cour déclare, en reprenant sa formula-

²⁵ Par exemple, le préambule de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires ou de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

tion de l'arrêt de 1969 sur le plateau continental de la mer du Nord²⁶, mais cette fois à propos d'un projet de codification, qu'elle « ne saurait négliger une disposition du projet de convention si elle venait à conclure que sa substance lie tous les membres de la société internationale du fait qu'elle consacre une règle de droit coutumier préexistante ou en voie de formation²⁷ ». Notons aussi que la Cour a déclaré, à propos de la Conférence de codification du droit de la mer de 1960 qui n'avait pas abouti, que celle-ci avait permis l'émergence des notions qui « se sont cristallisées ces dernières années en droit coutumier par l'effet de l'assentiment général apparu à cette conférence²⁸ ». Il semble aussi que les débats contentieux se réfèrent de plus en plus aux projets de la Commission pour aider à mieux discerner la gestation ou l'émergence des principes, des règles ou des critères qui, à défaut de s'imposer, se diffusent et permettent d'expliquer ou de justifier telle ou telle conduite des sujets du droit international, ce qui contribue à brouiller davantage la ligne de démarcation entre la *lex lata* et la *lex ferenda*. Il s'agit en somme d'un juste retour des choses, car la Commission s'inspire beaucoup des travaux doctrinaux, de la pratique des Etats et des solutions jurisprudentielles pour avancer dans la codification, et il est normal qu'à son tour elle exerce une influence sur eux dans le cadre d'un enrichissement réciproque.

²⁶ Voir *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord, Arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil, 1969*, par. 61-62.

²⁷ Voir *Affaire du plateau continental, Arrêt du 24 février 1982, C.I.J. Recueil, 1982*, par. 24.

²⁸ Voir *Affaire de la compétence en matière de pêcheries, Arrêt du 28 juillet 1974, C.I.J. Recueil, 1974*, par. 44.

Presentation by Mr. John Dugard²⁹

Any overview of the work of the International Law Commission necessarily involves an assessment of that work.

In assessing the Commission's contribution to the development of international law, it is essential to consider not only its successes (the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969³⁰), failures (its draft articles on the most-favoured-nation clause) and delays (its work on State responsibility), but also the extent to which the Commission has contributed to international law-making in the post-Second-World-War period.

The Commission has played no part in the drafting of many of the most significant treaties that have been adopted since 1945, in particular, the Geneva Conventions of 1949³¹ and the 1977 Protocols to those Conventions,³² the 1966 international covenants on human rights,³³ as well as a host of other human rights treaties; environmental treaties; and a number of international criminal law instruments, including the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft of 1970,³⁴ the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation of 1971,³⁵ the International Convention against the Taking of Hostages of 1979,³⁶ the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988,³⁷ the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings of 1997³⁸ and the 1990 United Nations Model Treaties on extradition³⁹ and mutual assistance in criminal matters.⁴⁰

There are a number of reasons why the Commission was excluded from the drafting of these instruments. Some have been drafted by specialist bodies. Thus, the International Civil Aviation Organization (ICAO) was responsible for the drafting of the Hague⁴¹ and Montreal⁴²

²⁹Member of the International Law Commission, 1997.

³⁰United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

³¹*Ibid.*, vol. 75, p. 5.

³²*Ibid.*, vol. 1125, pp. 3 and 609.

³³See International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, in *ibid.*, vol. 993, p. 3, and International Covenant on Civil and Political Rights, *ibid.*, vol. 999, p. 171.

³⁴*Ibid.*, vol. 859/860, p. 105.

³⁵*Ibid.*, vol. 974, p. 177.

³⁶*Ibid.*, vol. 1316, p. 205.

³⁷Document E/CONF.82/15, Corr.1 and 2 (English only).

³⁸Document A/RES/52/164.

³⁹For text of Model Treaty on Extradition, see annex of General Assembly resolution 45/116 of 14 December 1990.

⁴⁰For text of Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, see annex of General Assembly resolution 45/117 of 14 December 1990.

⁴¹See footnote 30.

⁴²See footnote 31.

Conventions on aerial hijacking and sabotage, the International Committee of the Red Cross (ICRC) for humanitarian conventions and a number of intergovernmental bodies specializing in the fields of human rights and the environment (aided by non-governmental organizations) for conventions in those areas. Other topics have probably been withheld from the Commission because their political nature rendered them inappropriate for a group of independent experts, as opposed to States' representatives. No doubt, other considerations have also played a part, such as the Commission's ponderous procedures, which are widely perceived to be uncondusive to the preparation of treaties of immediate concern, and a pro-statist bias on the part of the Commission, which renders it unsuitable to the handling of socially sensitive subjects.

Some of these reasons are valid; others are founded on unjustified perceptions of the Commission. The Commission is quite capable of dealing with politically sensitive topics, as evidenced by its drafting of the 1994 Draft Statute for an International Criminal Court,⁴³ the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind⁴⁴ and the 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents.⁴⁵ That it is prepared to take the initiative in this area is, moreover, demonstrated by its controversial proposal for State criminal responsibility contained in article 19 of its draft articles on State responsibility.⁴⁶

The perception that the Commission is incapable of responding to the immediate needs of the Sixth Committee is also unwarranted. While the Commission has moved slowly in its treatment of major topics where there is no apparent urgency—such as the law of treaties and State responsibility—it has responded promptly when the Sixth Committee has given it a special assignment, as illustrated by its drafting of the 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents and the 1994 Draft Statute for an International Criminal Court. In both these instances, the Commission dispensed with the appointment of a Special Rapporteur and forwent compliance with its usual cumbersome, but thorough, procedures and instead appointed a working group which successfully completed its task in a short period of time.

⁴³ See the Rome Statute of the International Criminal Court, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998; for text of the Rome Statute, see document A/CONF.183/9.

⁴⁴ *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 19-120.

⁴⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, p. 167.

⁴⁶ See most recent discussion in *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/53/10)*, pp. 118-147.

There is, however, substance in the view that the Commission dislikes the speedy response to special assignments. Thus, Sir Ian Sinclair⁴⁷ states:

“One can detect a certain lack of enthusiasm within the Commission for the matters referred to it by the General Assembly by way of special assignment, particularly those with a high political content.”⁴⁸

If the Commission is to become more relevant, it will have to overcome this lack of enthusiasm for special assignments of a political nature from the Sixth Committee.

The demand for “relevance” is, of course, one that serious scholars reject. Undoubtedly, it is a demand that has been overdone, to the neglect of general principles of international law, in favour of subjects such as human rights, environmental law, and feminism and international law. Nevertheless, it is a demand from which the Commission cannot remain aloof. Certainly, it must continue with its work on such grand international law subjects as State responsibility, diplomatic protection and treaties, but it must mix this with topics of more pressing concern. If it does not respond in this way, it will be judged by historians as having failed to take the lead in the building of a legal order in which respect for human rights, good governance and peace prevail.

⁴⁷Former member of the International Law Commission, 1982-1986.

⁴⁸Sinclair, Sir I., *The International Law Commission* (1987), p. 56.

Exposé par M. Constantin Economides⁴⁹

Je débiterai ce bref commentaire en rendant hommage à la Commission du droit international qui est devenue au cours des cinquante années de son existence un élément, pour ne pas dire un rouage, précieux du système international actuel.

Ce succès, elle le doit à trois facteurs essentiels :

- La Commission du droit international est, en premier lieu, un organe indépendant, composé de spécialistes du droit international. Il s'agit donc d'un organe juridique de haut niveau, qui opère exclusivement dans le domaine du droit international.
- Sa mission, en second lieu, consiste à assurer la codification du droit international et à promouvoir son développement progressif. C'est donc elle qui identifie, interprète et précise les normes coutumières existantes et propose de nouvelles règles pour satisfaire les besoins au niveau des relations entre États.
- Enfin, son œuvre, qui a fait sa réputation, est considérable, aussi bien sur le plan quantitatif que qualitatif.

Nous allons essayer d'en donner un aperçu très succinct :

1) Nous devons à la Commission du droit international des travaux très importants, d'une grande valeur scientifique, qui ont connu une réussite indéniable dans la pratique. Dans cette première catégorie, qui réunit des œuvres remarquables, citons son projet sur le droit de la mer qui a donné naissance aux quatre Conventions de Genève de 1958, les travaux sur les relations et immunités diplomatiques et consulaires, auxquels nous devons les deux Conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de 1963 sur les relations consulaires, respectivement. La Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités est peut-être le point culminant de l'œuvre créatrice de la Commission du droit international. Ce texte juridique, qui régit une des matières les plus vitales du droit international, la vie des traités, est, selon nous, un des plus importants de ce siècle.

Dans la catégorie des grandes œuvres de la Commission du droit international, on pourrait également classer le projet sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, lequel s'est transformé récemment en convention internationale.

Il y a eu encore d'autres travaux de la Commission du droit international qui, bien qu'ayant été sur le plan juridique, du moins à l'époque de leur élaboration, parfaitement valables, n'ont cependant pas eu, pour diverses raisons, le succès qu'ils auraient mérité. Je citerai ici, à titre

⁴⁹ Membre de la Commission du droit international, 1997-; ancien conseiller juridique au Ministère grec des affaires étrangères.

d'exemple, le projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats (1949), le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1954) et le Projet sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leur propriété, lequel est encore en examen dans le cadre de l'Assemblée générale⁵⁰.

2) Mais, à côté de ces résultats très positifs, d'autres travaux de la Commission du droit international se sont soldés par un échec. Je citerai ici deux cas : le Projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, ainsi que le Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée.

La raison essentielle de l'échec, dans ces deux cas, se trouve, selon nous, dans le fait que la Commission du droit international n'a pas dûment tenu compte de la pratique des Etats en ces matières et ceci pour des raisons qui semblent être plus politiques que juridiques. Ceci nous amène à la conclusion qu'il est de l'intérêt de la Commission du droit international de rester aussi loin que possible du domaine politique.

3) D'autres travaux de la Commission du droit international n'ont pas eu le succès escompté. Citons ici, à titre d'exemple, la Convention sur les missions spéciales et la Convention sur la représentation des Etats auprès des organisations internationales de caractère universel. Dans ces cas, l'explication du « non-succès » semble résider dans le fait que la Commission du droit international a voulu aller trop loin, notamment dans l'octroi des privilèges et immunités, alors que la pratique internationale n'en ressentait pas vraiment le besoin. Il faut en tirer la leçon qu'il est nécessaire de mesurer très attentivement les besoins des Etats et de la pratique internationale avant de proposer des solutions concrètes concernant le développement progressif du droit.

Il en va de même, dans une certaine mesure, des deux Conventions de Vienne sur la succession d'Etats de 1978 et de 1983, qui, lorsqu'elles ont été élaborées, ne répondaient pas à des besoins évidents de la société internationale.

Il faut signaler, dans le bilan négatif ou moins positif de la Commission du droit international, les grands retards qu'elle a parfois pris dans l'étude de divers projets. Nous pensons ici, en particulier, aux travaux sur la responsabilité internationale.

⁵⁰ Résolution 52/151 de l'Assemblée générale du 15 décembre 1997.

En conclusion, nous croyons que la Commission du droit international devrait utiliser l'expérience qu'elle a acquise au cours des cinquante dernières années pour remplir encore plus efficacement son rôle positif et bienfaiteur d'organe d'élaboration des normes de droit international pour la communauté d'Etats. Pour cela, elle devrait revoir, sur la base de cette expérience, son statut et, surtout, son organisation et ses méthodes de travail, afin d'affronter, dans les meilleures conditions possibles, les problèmes juridiques du siècle qui est devant nous.

Presentation by Mr. Qizhi He⁵¹

This Seminar was held in order to celebrate the fiftieth anniversary of the International Law Commission. It follows the New York Colloquium which was organized last autumn in accordance with the decision of the General Assembly.⁵²

Both events are of great significance for the enhancement of the work of the International Law Commission. While the Colloquium was dedicated to broader issues, such as the role of the Commission in guiding the overall international law-making process, delimiting the spheres in which the Commission is to play a direct role in law-making, selecting topics on which the Commission is to work and improving working methods of the Commission, the current Seminar is devoted to an overview of the work of the Commission with particular emphasis on current problems arising from the major topics in the codification and progressive development of international law. A proper solution of these problems will undoubtedly pave the way for advancement of the Commission's work. The Seminar and Colloquium are complementary to each other, then, and both will no doubt prove conducive to the efficient undertaking of new endeavours in fulfilling the Commission's mandate.

Looking back over the past 50 years, the Commission has no reason to be shy of its achievement. It has carried out a great deal of work in various fields of international law. The Geneva Conventions on the Law of the Sea and Optional Protocol of 1958,⁵³ the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961,⁵⁴ the Vienna Convention on Consular Relations of 1963,⁵⁵ the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969⁵⁶ and the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents of 1973⁵⁷ are the most important examples. The international rules in these fields are contained in the relevant texts, which constitute a clear advance in inter-State relations and show the continued and important value of an orderly process of codification and progressive development of international law.

⁵¹ Member of the International Law Commission, 1994-.

⁵² See footnote 2.

⁵³ Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, United Nations, Treaty Series, vol. 516, p. 205; Convention on the High Seas, *ibid.*, vol. 450, p. 11; Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, *ibid.*, vol. 559, p. 285; Convention on the Continental Shelf, *ibid.*, vol. 499, p. 311; and the Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes, *ibid.*, vol. 450, p. 169.

⁵⁴ *Ibid.*, vol. 500, p. 95.

⁵⁵ *Ibid.*, vol. 596, p. 261.

⁵⁶ See footnote 26.

⁵⁷ See footnote 41.

On the other hand, changes in the international arena, particularly the proliferation of bodies with special law-making mandates, both permanent and ad hoc, have reduced the scope of the Commission's work. As a result, the Commission was bypassed in the codification of such important areas of international law as the law of the sea, the law of outer space and the law of economic relations. In this context, criticism has been expressed that the Commission has been divested of its main task as work on the major topics traditionally identified as ripe for codification has been completed.

Such a view can hardly hold water, since, at the international level, codification and the progressive development of international law are a continuing process. In view of the Commission's mandate and vocation, as well as its unique position in possessing the ability to liaise and maintain a dialogue with Governments and the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations, the need for the Commission to continue to serve as a main organ in the international legislative process is clear. Such a view was expounded in the section entitled "Programme, procedures and working methods of the Commission and its documentation" in the Commission's report of 1996.⁵⁸

Against this background, it seems necessary for the Commission to make some response to the wealth of ideas which have been generated by these two events. The need for improvement of the Commission's work for the purpose of further enhancing its contribution to the codification and progressive development of international law is generally recognized. The Commission could consider these issues through its planning group or through a working group specially established for the purpose, in order that it might study, analyse and assimilate relevant ideas. On the basis of all the enlightened views that have been expressed, most of which are not entirely new, the Commission could undertake the reconsideration of the best possible ways of creating international law. By absorbing such valuable ideas, the Commission, under the guidance of the General Assembly, could use its authority to assist the community of States in finding the necessary regulatory response to the new challenges of international relations in the twenty-first century. There is every reason to suppose that the International Law Commission will remain, as it has been for the past 50 years, the main organ established by the General Assembly for the codification and progressive development of international law.

⁵⁸ *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 196-230.

Open-floor discussion

* * *

Débat

Mr. Gerhard Hafner.⁵⁹ First of all, I want to thank the speakers for their comments on a very pertinent issue. Currently, there is no doubt that the International Law Commission is in a crisis. This has already been highlighted in the General Assembly in the Sixth Committee, and it also seems to be the basis of today's discussion.

I particularly want to raise a question which in my view is fundamental to the general crisis of the Commission and which also has been addressed by some of the other speakers, in particular, by Mr. John Dugard. My experience in the international legislative process shows that there is a major difference between a body like the International Law Commission, which consists of independent persons, acting independently from States, and other international bodies whose mandates are restricted and which are composed only of States representatives. If we take a quick look at all the different bodies engaged in the international legislative process, we see that the International Law Commission is the only body composed only of independent specialists. In comparison, the United Nations Human Rights Committee and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) are composed of States representatives. States have a different attitude and approach to these different organs. In my view, they are more willing and prepared to submit certain issues, in particular political issues for codification, to an organ composed of State representatives who can directly influence the negotiation process, rather than submit them to the International Law Commission. The more we are confronted with issues that are not subject to already established patterns, the more we are confronted with divergent attitudes in the approaches of States and the more such bodies become part of the negotiation process. Only a body consisting of States representatives is, in the view of some States, appropriate to take up and conduct the negotiation process. This has been my experience in the last decade and I would be interested in knowing whether it is also shared by the others.

M. Alain Pellet⁶⁰. J'ai trois brèves remarques. La première se situe dans la ligne de ce que vient de dire M. Gerhard Hafner. Je ne crois

⁵⁹Member of the International Law Commission, 1997-.

⁶⁰Professeur, Université de Paris-X (France); membre de la Commission du droit international, 1989-; président de la Commission pendant sa quarante-neuvième session.

pas, personnellement, qu'il y ait une crise de la Commission du droit international. Et je me réserve de revenir éventuellement là-dessus. En second lieu, je m'inscris en faux contre ce qu'a dit M. Ahmed Mahiou à plusieurs reprises concernant l'évaluation du succès de la Commission à l'aune de la conventionnalisation de ses textes. Personnellement, je suis convaincu qu'on ne peut pas se fonder sur le nombre de conventions conclues, sur le nombre de ratifications, et que l'influence de l'œuvre de la Commission est beaucoup plus difficile à apprécier que cela. Et c'est, à mon avis, une facilité qu'il s'est donnée. Bien sûr, il a dit ensuite que l'influence exercée par les textes de la Commission dépasse la simple conventionnalisation. Mais je trouve ennuyeux de véhiculer cette idée que le travail de la Commission doit nécessairement déboucher sur des conventions et que dans le cas contraire c'est un échec. Par exemple, je suis opposé à ce que le projet sur la responsabilité débouche sur une convention et je crois qu'on aurait bien tort de considérer que, s'il ne débouchait pas sur une convention, la Commission aura connu un échec. Je pense que d'ores et déjà le projet sur la responsabilité constitue un succès, quoi qu'il arrive, quel que soit son sort futur.

Et la troisième chose que je veux dire c'est que, selon M. John Dugard et M. Constantin Economides, lorsque les projets sont trop politiques, la Commission doit les éviter. Je crois d'abord que tout est politique, dans ce sens que, lorsqu'on fait du droit, inévitablement le processus de fabrication du droit est un processus politique. Le problème n'est donc pas tellement de savoir si un thème est politique ou non mais de savoir si un thème est mûr ou n'est pas mûr pour la codification, c'est-à-dire de savoir s'il implique une négociation interétatique ou alors la mise en forme de normes qui sont déjà dans l'air, soit en tant que normes coutumières, soit en tant que tendances que la Commission peut se permettre de cristalliser. Et je suis d'accord avec ce qu'a dit M. Hafner, elle ne peut pas se permettre de cristalliser n'importe quoi, du fait qu'elle est composée de juristes indépendants. Le vrai problème pour savoir si un projet va ou non réussir me paraît être un problème de maturité du sujet et puis aussi un problème de modalité de la coopération de la Commission avec les organes politiques, d'abord avec les gouvernements et ensuite avec la Sixième Commission. Je crois que, si un certain nombre de projets ont connu un échec, c'est probablement parce que la Commission, d'une part, et la Sixième Commission et les gouvernements, d'autre part, n'ont pas suffisamment collaboré, la Commission n'a pas suffisamment pris en compte ce que les Etats souhaitent ou les Etats n'ont pas compris ce que la Commission voulait faire. Mais je pense qu'il faudrait rechercher la raison de ces échecs dans des malentendus entre la Commission et les organes politiques. Et je crois que ce problème de coopération entre les deux piliers de la codification et du développement progressif est absolument fondamental et que là réside sans doute la clef du succès ou de l'échec.

M. Mohamed Bennouna⁶¹. Je regrette aussi qu'on ait parlé trop de codification et pas assez du développement progressif. Alors tout simplement il ne s'agit pas de dire qu'ils sont distincts mais qu'au contraire ils forment un bloc. La coutume n'est en effet pas quelque chose de gelé qui trône quelque part sur un piédestal sacré et que nous, membres de la Commission du droit international, viendrions cueillir. Non, ce n'est pas de la poésie. C'est quelque chose qui est nécessairement évolutif, qui bouge, qui vit, qui se trouve au sein de la vie internationale. Et lorsque la Commission recherche la coutume, elle crée un peu elle-même la coutume. C'est là le problème. C'est que les membres de la Commission n'ont pas cette neutralité extraordinaire qui serait celle des experts. Et là, pour répondre à M. Gerhard Hafner, le fait même qu'on dise dans le statut qu'ils sont choisis pour être représentatifs des principaux systèmes juridiques dans le monde signifie qu'on tient compte précisément de la diversité des Etats; ils ne sont pas de personnes abstraites. C'est vrai que nous traînons avec nous nos Etats, nos sentiments, nos nationalités, notre subjectivité. Le problème est qu'il ne faut pas que les membres de la Commission, et il y a parfois eu des déviations, que les rapporteurs spéciaux, viennent faire de la doctrine ou de la guerre doctrinale à la Commission du droit international. Je crois que c'est surtout ça le problème, et il faut, comme le dit une affiche d'une association à l'extérieur du Palais des Nations, « oublier l'ego et devenir égaux ». Il faut ainsi parfois que les rapporteurs spéciaux oublient leur ego et donc qu'ils se prêtent à un travail collectif.

Le deuxième point que j'aimerais souligner est la question de savoir, d'après l'exposé de M. Ahmed Mahiou qui a été bien complété par les commentateurs, comment se fait-il que certaines conventions n'aient pas recueilli le nombre de ratifications suffisant ? Il faut se mettre à la place des Etats. Peut-être que les Etats veulent disposer de plus de liberté. Je crois que l'exposé de M. Mahiou était assez équilibré, d'une part, en se demandant pourquoi certaines conventions n'ont pas recueilli leur nombre de ratifications, ce qui est quand même leur objectif, et en montrant, d'autre part, qu'il y a une prise en compte de ces projets de conventions par la jurisprudence internationale en tant que base technique et logique du droit international. Si certaines conventions n'ont pas obtenu le nombre de ratifications exigé, c'est parce que les Etats veulent garder plus de liberté. La question qui se pose à nous est jusqu'où est-il possible d'aller dans l'élaboration des principes juridiques généraux en fonction des sujets ? C'est notamment le cas de la succession. Lorsque nous avons étudié ici les différents cas de succession, y compris en matière de natio-

⁶¹ Professeur agrégé des facultés de droit; directeur général de l'Institut du monde arabe à Paris; membre de l'Institut de droit international; ancien membre de la Commission du droit international, 1987-1998; juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 1999.

nalité, nous savons qu'il n'y a aucun cas qui ressemble à un autre. Et on a voulu les mettre dans des catégories générales. Je crois que là c'est un des problèmes. L'autre exemple est celui des fleuves, qu'a complété brillamment notre collègue M. Rosenstock, où on est vraiment allé vers la *soft law*, les principes les plus mous et les plus fluides, pour laisser aux Etats la possibilité d'intervenir et de les adapter réellement au cas par cas. Je crois que c'est une des raisons qui font qu'il y ait certains sujets où les Etats, à mon avis, souhaitent garder une certaine marge de liberté. Et donc lorsque les Etats envisagent de ratifier, leurs conseillers juridiques leur disent qu'ils n'ont pas intérêt à le faire. Est-ce qu'on a toujours intérêt à ratifier ? C'est une des questions qui se posent dans ce domaine.

M. Guillaume Pambou-Tcbivounda⁶². Merci, Monsieur le Président. J'aurai seulement trois observations à faire.

La première part, comme l'a fait M. Alain Pellet, de cette préoccupation qu'exprime M. Gerhard Hafner, concernant la crise de la Commission du droit international. Cette question de la crise deviendra certainement bientôt un débat et ce n'est peut-être pas le lieu pour donner une réponse, si réponse il y a, à cette question. Je suis de ceux qui ici ont eu, peut-être un peu de façon discourtoise, à déplorer le conservatisme de la Commission du droit international et je salue M. Hafner lorsqu'il appelle l'attention des uns et des autres sur une recherche des causes éventuelles de la crise de la Commission du droit international. Et je voudrais ajouter à cela que, de manière implicite, lorsque M. Constantin Economides conclut son propos en nous appelant, pour saisir les questions d'avenir, à revoir les statuts de la Commission, l'organisation de la Commission et de ses méthodes de travail, c'est vraisemblablement pour tenir compte des causes du malaise, pour ne pas dire de la crise de la Commission du droit international elle-même.

Le deuxième point d'observation que je voudrais retenir concerne le rôle de la politique dans l'œuvre de la Commission du droit international et dans l'orientation même de la Commission du droit international par rapport à l'avenir en particulier. Et lorsque M. Mohamed Bennouna dit qu'on a pas suffisamment parlé de développement progressif c'est certainement une manière de dire qu'il ne faudrait pas avoir peur de la politique. Mais la politique est aussi, d'ailleurs il nous l'a dit, dans la codification. Je voudrais dire par là qu'on aurait tort de considérer que la prise en compte de la pratique des sujets du droit international est axée sur de simples comportements ou de simples faits. Car les faits imputables ou même les comportements imputables à tel ou tel sujet du droit international sont toujours prédéterminés par des considérations, des motivations politiques. Comment voudriez-vous qu'on fasse le point sur la politique

⁶² Professeur agrégé à l'Université de Libreville, membre de la Commission du droit international, 1992-.

suivie par tel ou tel groupe d'Etats si on doit faire abstraction des déterminants précisément de ces politiques, de ces comportements ? Donc, implicitement dans l'œuvre de codification, pour autant qu'elle soit ancrée sur la valorisation et la pratique, il y a forcément prise en compte des motivations qui sont à la base de la pratique, c'est-à-dire prise en compte de la politique. A fortiori, devrais-je dire, cela est encore plus tenace lorsqu'il faut s'intéresser au développement progressif. Lorsque M. Economides, en introduisant son propos, présente la Commission du droit international comme « un organe de proposition de nouvelles règles pour répondre aux besoins de la communauté internationale », c'est vraisemblablement une manière de nous dire que la réponse, par proposition de règles interposées, aux besoins de la communauté internationale est aussi un exercice qui consiste à saisir le caractère politique des besoins de la communauté internationale. Car cette communauté internationale, pour autant qu'on la situe au seul niveau des composantes classiques que sont les Etats, exprime des besoins qui véhiculent telle ou telle vision que tel ou tel groupe d'Etats a des rapports internationaux, à un moment donné, et cela toujours sur la base des préoccupations individualisées, je n'ose pas dire individuelles, ou en tout cas regroupées autour de certains intérêts. Donc, la politique est au centre de l'œuvre de la Commission du droit international. Et l'on pourrait même dire, à l'instar de M. Pellet, que l'œuvre de la Commission du droit international est une œuvre à forte connotation politique.

Je voudrais terminer par un troisième point d'observation concernant une interrogation soulevée par M. John Dugard. Comment l'avenir jugera-t-il le travail de la Commission du droit international et la Commission du droit international elle-même par rapport à un certain nombre de sujets au regard desquels la Commission se serait montrée indifférente ? Est-ce parce qu'il s'agit de sujets politiques ? Ce serait revenir à la question précédente : il n'y a pas de question juridique en soi, il n'y a pas de question juridique à l'état pur, la politique et le droit « se donnent la main » et le droit international est au confluent de cette conjugaison. Je pense plutôt que pour répondre à cette question posée par M. Dugard, il faut avoir présents à l'esprit les rapports qui existent entre la Commission du droit international et l'Assemblée générale. Car, premièrement, si la Commission du droit international est telle qu'elle est aujourd'hui, c'est parce qu'on a mis à mal son caractère neutre, son caractère d'expertise, et parce que les rédacteurs de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, en 1945, avec l'Article 13, ont coincé, confiné la Commission du droit international dans la situation qui est la sienne par rapport à l'Assemblée générale. Seulement dans cette même situation, il est quasiment impossible à la Commission du droit international de forcer la main à l'Assemblée générale. Et je crois que dans la détermination des contours de la matière dont la Commission du droit international a à s'occuper, l'Assemblée générale a elle-même un rôle à jouer et cela à la lumière des

rapports statutaires qui s'établissent entre l'Assemblée générale et la Commission du droit international. Voilà, Monsieur le Président, quelques remarques que je voulais faire autour de ces trois points.

M. Igor Ivanovich Lukashuk⁶³ (traduit du russe). Je vous remercie, Monsieur le Président. Mes collègues ont bien montré quelles étaient les réalisations de la Commission, ils ont montré également quelles étaient les difficultés de son travail. M. Gerhard Hafner a parlé d'une crise et il me semble qu'il faut parler d'une crise de croissance dans la mesure où notre commission se voit confrontée à des tâches complètement nouvelles et d'importance. Nous ne codifions plus le droit consulaire ou le droit diplomatique, mais nous nous aventurons dans des domaines nouveaux et je songe ici au droit de la responsabilité internationale, qui n'existait pas auparavant, ou au droit pénal international. La nouveauté de ces domaines introduit, bien évidemment, de nouvelles difficultés, mais ce n'est pas ici le seul point. En effet, on a dit que la codification occupe de nombreux organes et d'ailleurs notre commission et l'Assemblée générale ont la mission d'éviter la fragmentation du droit international. Il faut éviter qu'il soit démembré en diverses branches spécialisées, et cette tâche doit être l'apanage principal de notre Commission.

Et enfin, un thème, qui a été abordé à très juste titre, est celui de la politique des Etats. Et pour nous, en tant que juristes et experts, il s'agit d'une question d'importance, qui mérite qu'on s'y attarde, qu'on en discute et ce que l'on a pu entendre ici, en dépit des difficultés évoquées, montre bien que la Commission poursuit un difficile chemin et qu'elle a fait beaucoup par rapport à tout ce qu'on a pu faire avant. On dit que les conventions que nous avons élaborées ne recueillent pas un grand nombre de ratifications. Mais nous agissons sur le droit international non pas uniquement de manière formelle, par le biais des conventions. La Cour internationale de Justice, après tout, a su utiliser nos documents comme instruments de droit. Par exemple, il n'y a pas encore de convention sur la responsabilité des Etats et pourtant la Cour utilise le Projet d'articles sur ce sujet et les Etats s'en inspirent. Enfin, nos travaux, nos projets, sont reflétés, non seulement dans la pratique des Etats, mais aussi dans les manuels sur la base desquels des générations d'enseignants et d'étudiants se préparent et qui s'inspirent ainsi de nos travaux. Voilà notre influence sur le droit international, sur la conscience juridique internationale. Vous voyez que cette influence est protéiforme. Et essayer d'évaluer les travaux de la Commission à l'aune des seules ratifications serait erroné.

⁶³ Membre de la Commission du droit international, 1995-.

Mr. Zdzislaw Galicki.⁶⁴ Today's first topic is closely connected with tomorrow morning's topics which deal with future topics and problems of the international legislative process. So having the opportunity to continue tomorrow, I will limit myself here to very short remarks.

Certain statements made here concerned a crisis in the Commission. I think that this crisis, and I agree with Mr. Igor Lukashuk, is connected to the new tasks the Commission has to confront. So this crisis may have a very positive effect: it can prompt us to look for new methods and new ways. As I have already mentioned during the Colloquium in New York, the time when we had very spectacular, straightforward topics before the Commission is gone. What is left are topics that are more difficult. However, I agree with Mr. Mohamed Bennouna. These topics, which we will develop during our work, belong more to the realm of progressive development than to codification. And this is the practical result of the recent developments which we have observed. Progressive development is going to play, at least in my opinion, an increasingly important role in our future work.

Another remark was that our work is less effective because we are a body of independent persons, not representatives of States. We may say yes; we may say no. There are examples of such bodies making very constructive contributions to international law. Last March, I attended the fourth session of the International Seabed Authority. The legal and technical committee, which consists of independent specialists, had just finalized its work on a very important document on the Mining Code, which will play an important role in the future exploration and exploitation of seabed resources. On the other hand, in 1994, the Convention on the Safety of the United Nations and Associated Personnel⁶⁵ was elaborated in a very short time by a Committee of States' representatives. I agree with Mr. Alain Pellet's point that the maturity of topics is most important for us. If we manage to combine the choice of topics with the political needs of States and if we achieve cooperation between the International Law Commission, the Sixth Committee and States, then there will no longer be a crisis.

⁶⁴Member of the International Law Commission, 1997.

⁶⁵The Convention was adopted by consensus in General Assembly resolution 49/59 on 9 December 1994 and opened for signature at United Nations Headquarters in New York on 15 December 1994. The Convention came into force on 15 January 1999. For text of the Convention, see document A/49/742; it is also reprinted in *International Legal Materials*, vol. 34 (1995), p. 482.

M. Vaclav Mikulka⁶⁶. Je vais essayer d'être aussi bref que possible. Je voudrais me joindre aux commentaires faits par M. Alain Pellet et M. Mohamed Bennouna à propos des critères par lesquels on peut évaluer le succès ou l'échec du travail de la Commission du droit international. Je suis entièrement d'accord avec eux. Ni la forme conventionnelle ni le nombre de ratifications ne sont des critères sûrs pour évaluer le succès du travail de la Commission. Ce qui est plus important c'est de savoir si les règles telles que formulées par la Commission sont suivies ou non par la pratique des Etats ou éventuellement, lorsqu'il s'agit de développement progressif, si elles inspirent au moins la pratique conventionnelle des Etats. A ce propos, je voudrais faire un bref commentaire sur deux exemples qui ont été mentionnés comme des exemples d'échec : la Convention de 1975 sur la représentation des Etats, qui n'est pas entrée en vigueur, et la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités qui, malgré le fait qu'elle soit entrée en vigueur, a été qualifiée comme un échec du travail de la Commission. Tandis que la première Convention sur la représentation des Etats n'a donné aucune suite ni dans la pratique ni dans la jurisprudence internationale et a été généralement considérée comme très ambitieuse en ce qui concerne l'étendue des privilèges et immunités qui ont été accordés, la Convention de 1978 a, au contraire, été ratifiée, en particulier par des Etats successeurs. Quelle autre preuve de l'utilité du travail de la Commission pourrait-on chercher, sinon le fait que les Etats auxquels cette convention est directement adressée l'aient ratifiée ? Il y a aussi certains Etats qui ne l'ont pas ratifiée mais qui déclarent à chaque occasion qu'ils se sentent inspirés et obligés de suivre les règles de la Convention, comme par exemple la République tchèque. Il y a aussi une pratique de la Commission Badinter qui s'est largement inspirée de cette convention. Et finalement, la décision de la Cour internationale de Justice tout à fait récente dans l'affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros constitue une preuve de l'application de certaines règles, en particulier de l'article 12 de la Convention.

Je voudrais conclure en disant que c'est surtout la question de savoir si les règles sont suivies par les Etats dans leur pratique ou si elles les inspirent dans leur pratique conventionnelle, qui devrait être retenue comme le critère le plus important pour évaluer le succès ou l'échec du travail de la Commission.

⁶⁶Membre de la Commission du droit international, 1992-1998; représentant suppléant de la République tchèque à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies; directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques des Nations Unies, 1999-.

II

“INTERNATIONAL RESPONSIBILITY AND LIABILITY”: COMMENTS ON THE COMMISSION'S APPROACH

*

« RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE » : COMMENTAIRES SUR L'APPROCHE DE LA COMMISSION

Introduction⁶⁷ par l'animateur, M. Jorge Illueca⁶⁸

Après le premier chapitre de ce séminaire, où l'on a parlé de la perspective générale des travaux de la Commission du droit international depuis cinquante ans, nous allons aborder maintenant la question de la responsabilité internationale sous ses deux aspects : la responsabilité des Etats dans le cas de commission d'actes illicites et la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Pour cela nous avons le privilège d'avoir la présence de M. Christian Dominicé qui a préparé un remarquable document sur ces deux sujets. M. Dominicé participe activement aux questions juridiques internationales en sa qualité de secrétaire général de l'Institut du droit international. Il a, à ce titre, apporté une contribution efficace à la diffusion et à une meilleure connaissance du droit international par le biais de cet institut. D'autre part, pendant de nombreuses années, il a été professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève.

⁶⁷ Traduit de l'espagnol.

⁶⁸ Membre de la Commission du droit international, 1982-1991, 1997- , ancien président de la République du Panama.

Observation liminaire

Il est évidemment impossible, en quelques brefs propos, de procéder à une évaluation, même sommaire, du travail considérable accompli par la Commission du droit international, au cours de plusieurs décennies, en matière de responsabilité internationale des Etats. Ce serait même présomptueux de prétendre le faire.

Ayant été invité à présenter un bref commentaire sur la vision générale (*approach*) adoptée par la Commission, l'auteur des présentes observations a décidé de s'arrêter à la perspective générale des travaux, au choix fait par la Commission de séparer l'étude des règles juridiques relatives au fait illicite de celle d'autres problèmes intéressant la réparation de dommages, à l'autre choix fait par elle d'inclure dans son projet d'articles une partie consacrée au règlement des différends.

Il s'agit là de trois aspects caractéristiques de l'orientation des travaux de la Commission.

Deux autres questions seront encore évoquées, concernant la responsabilité internationale en général et la terminologie.

Ce sont des choix qui peuvent prêter à discussion, mais on peut souhaiter que, malgré son caractère inévitablement lacunaire, ce commentaire pourra fournir une contribution utile à une discussion intéressante.

A. — UN TRAVAIL DE CODIFICATION UTILE

La longue aventure des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des Etats, si l'on peut souhaiter qu'elle s'achève dans un délai raisonnable, présente d'ores et déjà des mérites qui doivent être reconnus.

L'élaboration doctrinale, libérée d'une tradition hant trop étroitement la responsabilité internationale à la violation du droit des étrangers, a fait progresser d'une manière très sensible la compréhension du système du droit des gens relatif à la transgression de ses normes. La distinction entre normes primaires et normes secondaires, qui paraît aujourd'hui élémentaire, a marqué un pas important vers une meilleure analyse des règles concernant la responsabilité.

Souligner les mérites de l'orientation générale des travaux et la quantité d'ensemble des résultats obtenus, malgré quelques faiblesses ponctuelles, n'est pas uniquement un hommage rendu aux principaux ar-

⁶⁹ Professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève et à la Faculté de droit de l'Université de Genève; secrétaire général de l'Institut de droit international.

tisans de ce travail, singulièrement M. Roberto Ago⁷⁰, ainsi que ses successeurs, c'est aussi l'expression du vœu que, bientôt, l'on puisse saluer l'achèvement d'une œuvre qui certainement fera date.

L'autorité acquise par les travaux de la Commission sur la responsabilité des Etats se mesure sans doute à la large attention qu'ils ont suscitée dans la doctrine et, on peut le dire, à la forte influence qu'ils ont exercée sur elle, principalement la première partie du Projet d'articles.

Cette influence est aussi attestée par la jurisprudence, et non des moindres.

On rappellera particulièrement l'importance de la sentence de New York, du 30 avril 1990, rendue entre la France et la Nouvelle-Zélande⁷¹, qui se réfère expressément aux articles 31, 32 et 33 du Projet d'articles.

Il faut surtout mentionner, tout récemment, l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 25 septembre 1997 dans l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros entre la Hongrie et la Slovaquie⁷², dont le paragraphe 50 cite l'article 33 du Projet d'articles, et dont les commentaires subséquents de la Cour donnent à penser qu'elle tient cette disposition pour l'expression du droit coutumier. On observera que cet arrêt fait en outre allusion au commentaire de l'article 41, ainsi qu'aux articles 47 à 50 du Projet d'articles (paragraphe 79 et 83, respectivement).

Ces observations permettent de souligner que la vertu première des travaux de la Commission est de réaliser une œuvre sérieuse de codification. Contrairement à certains domaines spécifiques de droit substantiel où la codification doit être accompagnée, au titre du développement progressif, d'innovations, la matière délicate de la responsabilité des Etats exige au premier chef que l'ensemble du système, tel que la pratique des Etats l'a développé, soit énoncé dans un faisceau de règles claires qui n'apportent pas des nouveautés. Seuls des aspects ponctuels vraiment incertains peuvent faire l'objet de formulations nouvelles.

Il est vrai qu'une question comme celle des crimes internationaux de l'Etat est controversée. La majorité de la Commission estime toutefois qu'il s'agit d'une notion qui, dans son principe, car on peut discuter la terminologie, a été consacrée par le droit international coutumier. Un fort courant de la doctrine est du même avis. La pratique paraît le confirmer, car elle montre que, face à des comportements particulièrement graves d'un Etat, d'autres Etats, non directement affectés, prennent unilatéralement des mesures coercitives pour faire cesser les comportements répré-

⁷⁰ Ancien membre de la Commission du droit international, 1957-1978.

⁷¹ 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*, *Revue générale de droit international public*, t. 94, 1990, p. 838.

⁷² Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros, *CIJ Recueil*, 1997.

hensibles. On l'a vu dans le cas de l'Afrique du Sud, où quelques Etats sont allés bien au-delà des mesures ordonnées par le Conseil de sécurité, ou encore dans le cas de la Pologne après l'instauration de la loi martiale.

La perspective du Projet d'articles est bien essentiellement la codification, et il est judicieux qu'il en soit ainsi.

Cette appréhension revêt une importance particulière si l'on en vient à penser qu'en définitive l'aboutissement des travaux de la Commission du droit international ne devrait pas nécessairement prendre la forme d'un traité international.

Les hésitations que l'on peut éprouver à l'égard de cette solution sont sérieuses. Le texte issu d'une conférence diplomatique pourrait perdre de sa cohérence scientifique; les Etats ne verront pas nécessairement un grand intérêt à procéder à la ratification, etc.

Il est possible que l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies d'une déclaration sur les principes et règles gouvernant la responsabilité des Etats dans leurs rapports mutuels soit une meilleure solution. Une œuvre sérieuse de codification, reprenant, avec quelques retouches, la question de l'origine de la responsabilité et celle de ses conséquences, soit les deux premières parties du Projet d'articles, serait peut-être plus rapidement menée à chef, avec, peut-on penser, autant de rayonnement ou d'influence qu'un traité qui mettrait de longues années à recueillir un cercle appréciable de Parties contractantes.

Il est vrai que l'on pourrait objecter à cette solution qu'elle laisse de côté le problème du règlement des différends. Cette question est abordée plus loin (*infra* D).

B. — UNE DISTINCTION JUDICIEUSE : L'EXAMEN SÉPARÉ DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Il n'y a pas lieu de s'arrêter longuement à cette question que la Commission a résolue, et bien résolue, il y a longtemps déjà.

D'une part, il y a le droit de la responsabilité en raison de la transgression du droit international. C'est tout le phénomène de l'illicite et de ses conséquences. On est en présence de normes secondaires destinées précisément à cerner de près la question de la violation, à indiquer les conditions dans lesquelles elle se produit et à définir les effets juridiques qui en résultent.

D'autre part, et c'est l'autre étude, radicalement distincte, on s'efforce de déterminer les circonstances dans lesquelles un dommage qui n'est pas la conséquence d'un fait internationalement illicite doit être réparé par un Etat. Il s'agit d'identifier ou d'énoncer des règles primaires,

règles qui imposent ou qui imposeraient aux Etats une obligation de réparer totalement détachée de toute violation du droit international.

Ce sont deux questions entièrement distinctes, et les efforts méritoires mais souvent mal compris des rapporteurs successifs sur le second sujet ont bien montré qu'avec celui-lui on se trouve sur un terrain bien différent de celui qui caractérise la responsabilité pour fait internationalement illicite.

Les deux sujets doivent être tenus séparés.

C. — UNE ADJONCTION DISCUTABLE : LA TROISIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES CONSACRÉE AU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

On peut éprouver des doutes sérieux quant à l'opportunité et à l'utilité de la troisième partie, consacrée à la question du règlement des différends relatifs à l'interprétation ou l'application des articles sur la responsabilité des Etats.

Il faut rappeler que dès le début de ses travaux, la Commission a laissé ouverte la question de savoir si la troisième partie était opportune, comme le rappellent encore les discussions récentes qu'ont tenues les membres de la Commission⁷³. Il n'est pas certain que les arguments avancés en faveur de cette troisième partie aient emporté la conviction de tous.

On observe au passage que l'insertion de cette troisième partie rend nécessaire l'adoption de la forme du traité international pour conclure les travaux de la Commission (sauf si l'on fait suivre une déclaration d'une recommandation sur les procédures de règlement des différends, mais l'effet n'est pas le même). Cette question a déjà été évoquée.

Ce sont cependant des arguments plus fondamentaux qui doivent retenir l'attention.

Sans prétendre couvrir entièrement une question très complexe, les quelques observations qui suivent peuvent indiquer une orientation.

On doit souligner tout d'abord que les questions de responsabilité, incluant les conséquences qui en découlent, ne se posent pas dans l'abstrait. Elles surgissent dans un contexte, qui est celui du désaccord survenant sur la violation d'une règle de droit, dont l'existence peut être contestée, dont le contenu exact peut être controversé, etc.

En bref, il paraît difficile d'isoler le litige portant sur des règles secondaires de celui qui en est l'occasion, le différend impliquant des règles primaires.

On peut penser qu'il est artificiel de vouloir isoler pour lui-même un « contentieux de la responsabilité » qui dans un cas d'espèce porterait

⁷³ *Annuaire de la Commission du droit international, 1993*, vol. II (deuxième partie), p. 36 à 49.

uniquement sur l'interprétation ou l'application des « normes secondaires », ce qui paraît être l'intention de la troisième partie.

Il faut observer que, si sur la question qui est au centre d'un différend les parties à ce différend sont liées par ailleurs par une obligation juridictionnelle (clause compromissoire ou autre type d'obligation), la troisième partie est inutile, car à l'évidence le contentieux de la responsabilité est inclus.

En revanche, si les parties à un litige n'ont pas entre elles de lien juridictionnel applicable, le problème se pose en termes différents, et c'est alors que l'on peut avoir des doutes quant au contentieux limité à la question du droit de la responsabilité. N'est-ce pas, partiellement tout au moins, une vue de l'esprit ? Les Etats seront-ils prêts à se lier à un tel système ?

A vrai dire, la question fondamentale, qui explique les hésitations de la Commission, nous paraît être celle que pose la perspective de l'adoption par un Etat de contre-mesures, sans que la conformité de celles-ci aux exigences du droit de la responsabilité soit exposée à une forme satisfaisante de contrôle.

Cette question mérite qu'on s'y arrête.

A juste titre, la Commission a montré sa préoccupation que les contre-mesures soient placées, d'une manière ou d'une autre, sous une certaine forme de contrôle.

On en trouve l'indication particulièrement dans l'article 48. Cette disposition, en son paragraphe 2, lie la licéité des contre-mesures au respect des obligations de règlement des différends, ce qui est au demeurant conforme au principe voulant que les contre-mesures soient précédées d'une « demande vaine de réparation » (sommation infructueuse). Quant au paragraphe 3, il prescrit l'obligation de suspendre des contre-mesures au cas où certaines conditions d'une procédure juridictionnelle sont réunies.

On observera aussi que l'article 58, paragraphe 2, du Projet établit une obligation d'arbitrage dans l'hypothèse où des contre-mesures ont été prises.

C'est dire que le problème est important, et la suggestion du présent commentaire est d'indiquer qu'il peut trouver une solution dans le cadre du droit existant, interprété d'une manière moderne et à la lumière des indications fournies par la pratique.

La règle de base, dont la consécration en droit international coutumier n'est plus à démontrer, a déjà été évoquée. Elle est présentée dans la doctrine traditionnelle comme une condition de la licéité du recours aux contre-mesures : l'exigence de la demande de réparation restée vaine.

C'est cette règle qui mérite de se voir donner un profil précis. A cet égard, deux hypothèses doivent être envisagées, selon que les parties à un

litige sont liées entre elles, à l'égard de ce litige, par une obligation de règlement arbitral ou judiciaire, ou ne le sont pas.

Lorsqu'une telle obligation de règlement juridictionnel existe, il paraît évident que, dans son principe, l'exigence de la sommation infructueuse inclut le devoir de mettre en œuvre, ou de tenter de mettre en œuvre, la procédure prévue, avant que le droit de prendre des contre-mesures puisse être exercé. C'est bien ce que semble exprimer le paragraphe de l'article 48, encore que sa formulation ne soit pas heureuse.

Cependant, cette règle de l'épuisement préalable des recours existants ne saurait être absolue, car ce pourrait créer, dans certaines circonstances, des désavantages excessifs pour l'Etat lésé. Si le fait internationalement illicite a créé une situation illicite qui persiste, il faut reconnaître à l'Etat lésé le droit de prendre des contre-mesures de caractère conservatoire, à condition de mettre en œuvre la procédure de règlement juridictionnel qui existe entre les parties. Ainsi, dans l'affaire du personnel diplomatique américain à Téhéran, les contre-mesures, de caractère conservatoire, prises par les Etats-Unis d'Amérique à l'encontre des avoirs bancaires iraniens étaient sans doute conformes au droit, dès lors que le gouvernement qui les avait ordonnées s'était simultanément porté demandeur devant la Cour internationale de Justice⁷⁴.

On peut également évoquer, dans ce contexte, la sentence arbitrale rendue entre les Etats-Unis et la France le 19 décembre 1978, sur la question des services aériens⁷⁵.

Assurément, si, dans un cas de ce genre, l'Etat défendeur participe à la procédure et respecte les mesures provisoires arrêtées par le tribunal, les mesures unilatérales doivent cesser, de même si le tribunal décide qu'il n'y a pas lieu à mesures provisoires.

C'est d'ailleurs le principe que paraît exprimer l'article 48, paragraphe 3, du Projet d'articles.

En bref, en affinant les contours de l'exigence de la sommation vaine, on reste dans l'esprit d'une codification satisfaisante.

Reste l'hypothèse plus délicate où n'existe entre les parties au litige aucune obligation de règlement juridictionnel.

Il nous paraît que, de nos jours, l'exigence de la vaine demande de réparation doit inclure l'offre de négocier, assortie de l'offre de recourir à l'arbitrage ou au règlement judiciaire.

⁷⁴ Voir *Affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (demande en indication de mesures conservatoires)*, Ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 7, et *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Arrêt du 24 mai 1980*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

⁷⁵ *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 454.

Il nous semble que, sans interpréter au-delà des limites du raisonnable la règle coutumière exigeant une vaine demande de réparation, on doit admettre que celle-ci inclut le devoir d'offrir une procédure de règlement juridictionnel.

Le système envisagé est donc bien différent de la clause d'arbitrage obligatoire suggérée par le Projet d'articles (le paragraphe 2 de l'article 58), qui doit être acceptée, et s'inscrit dans le cadre de la mise au point d'un instrument conventionnel.

En conclusion, on peut envisager que la deuxième partie du Projet d'articles, codification du droit coutumier, rappelle, d'une part, comme elle le fait déjà, l'exigence du respect des obligations de règlement des différends en corrélation avec les contre-mesures, en énonçant avec précision le principe et les exceptions strictement définies, et rappelle aussi, d'autre part, dans des dispositions distinctes, qu'en l'absence d'obligation de règlement juridictionnel les contre-mesures doivent être assorties d'une offre de règlement juridictionnel. Si l'Etat visé par les contre-mesures l'accepte, ce sera au tribunal de se prononcer, y compris sur le maintien ou la suspension des contre-mesures. S'il la refuse, les contre-mesures sont licites, pour autant que, par ailleurs, elles soient conformes aux conditions posées par le droit international.

On observera qu'il n'a pas été question jusqu'ici d'autres modes de règlement que les procédures juridictionnelles. Pourtant, négociations (qui sont de toute manière exigées par le droit coutumier), médiation et conciliation sont également incluses dans la troisième partie du Projet d'articles.

Assurément, le règlement politique peut jouer un rôle capital, lorsqu'il porte sur l'ensemble d'un litige. Un excellent exemple en est fourni par les accords d'Alger de janvier 1981 mettant fin à la crise des otages entre l'Iran et les Etats-Unis⁷⁶. Obtenus en partie grâce à la médiation de l'Algérie, ils comprennent plusieurs aspects différents, dont une procédure arbitrale pour le règlement d'une partie du contentieux.

Cependant, pour un contentieux limité uniquement aux problèmes de responsabilité, dans la mesure où il est concevable, les problèmes juridiques sont à ce point dominants que l'on s'est concentré ici sur le rapport entre contre-mesures et procédures juridictionnelles.

D. — POUR UNE VISION PLUS LARGE DE LA RESPONSABILITÉ DES ETATS

Chacun conviendra que le phénomène général de la responsabilité internationale, c'est-à-dire le système des conséquences de la violation des normes du droit international, ne limite pas son champ d'action aux relations entre les Etats. D'une part, parce que les règles du droit interna-

⁷⁶ *International Legal Materials*, vol. 20 (1981), p. 230.

tional imposent des obligations à d'autres sujets que les Etats, qui vont donc pouvoir les transgresser et, d'autre part, parce qu'elles confèrent également des droits à d'autres que les Etats, de sorte que les victimes de la violation du droit international peuvent être d'autres sujets que les Etats. Les organisations internationales, par exemple, jouent un rôle qui va croissant.

On rappellera d'ailleurs que la Commission avait procédé de la même manière, *mutatis mutandis*, en matière de traités internationaux, en limitant son premier projet aux traités entre Etats.

Il devrait être relativement facile d'indiquer dans une disposition spéciale, ou un préambule, que les articles sur la responsabilité des Etats, bien que revêtus d'une importance fondamentale, ne rendent pas compte de toute la matière de la responsabilité internationale.

Cependant, il y a un aspect de cette question des autres dimensions de la responsabilité internationale qui est en contact étroit, sur un point précis, avec le Projet d'articles relatif aux relations entre les Etats, c'est celui que touche l'article 22 dudit Projet. Il mérite qu'on s'y arrête.

On sait que c'est en voulant déterminer le moment où est consacrée la violation d'une règle du droit des étrangers que la Commission s'est trouvée devant un dilemme. En fixant ce moment à l'acte, ou au fait initial, elle se heurtait à l'objection que, du fait de l'existence de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, la violation n'engendrait aucune prétention internationale dans le chef de l'Etat national de la victime, ce qui est illogique, car à la responsabilité internationale doit correspondre une prétention internationale. C'est donc à l'autre solution que s'est arrêtée la Commission, en fixant, selon l'article 22 du Projet, le moment de la violation, et par conséquent la naissance de la responsabilité internationale, à l'issue de l'épuisement par les particuliers des voies de recours internes. L'acte initial ne serait donc pas une violation du droit international, ce qui n'est pas satisfaisant, car une arrestation arbitraire, des coups et blessures graves infligés par un agent de police, la violation d'un traité conférant des droits aux particuliers, sont bien des transgressions du droit international au moment où elles se produisent. D'ailleurs, la Commission elle-même en arrive à énoncer (le paragraphe 3 de l'article 25 du Projet) qu'en cas de succession d'actes « le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière allant du comportement qui a amorcé la violation à celui qui l'a parachevée ». Il nous semble que la violation n'est pas seulement amorcée, mais consacrée par la violation initiale. Il reste cependant à résoudre le problème déjà signalé, à savoir qu'il est difficile de concevoir qu'une violation du droit international ne produise aucun effet juridique lorsqu'elle est réalisée, en termes de responsabilité et de prétention internationale corrélative.

C'est ici que vont intervenir des observations liées à ce que l'on peut considérer comme une vision plus large de la responsabilité internationale de l'Etat. Comme le montrent certains systèmes conventionnels, par exemple dans le domaine de la protection des droits de l'homme, certaines normes, d'origine interétatique quant à leur source, obligent les Etats vis-à-vis des particuliers. On peut prétendre que c'est le cas de nombreux traités (en matière d'établissement, de double imposition, etc), mais aussi de règles du droit coutumier, particulièrement dans le domaine du droit des étrangers (et des droits de l'homme en général).

Or, si les Etats assument des obligations internationales de ce type, ils sont exposés à les transgresser, le cas échéant. Avec quelles conséquences ?

Bien que le problème doive encore être étudié de manière approfondie, on peut prétendre, ou du moins l'on ne peut pas exclure, que le particulier lésé dispose d'une prétention internationale contre l'Etat qui a transgressé son droit. Le sort de cette prétention est incertain, car son titulaire dispose rarement d'une voie de procédure qui lui permette de la faire valoir. C'est évidemment devant les tribunaux de l'Etat en cause qu'il doit la présenter, et c'est l'une des significations de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Assurément, le juge interne, bien souvent, ne peut pas statuer sur des problèmes de droit international. Cela n'est pas décisif pour le problème qui nous occupe, car l'existence d'une prétention (*claim*), qui est un problème de fond, est distincte de la question de savoir s'il existe un moyen judiciaire de la faire valoir.

En bref, il est simplement suggéré ici qu'entre le fait initial, qui consacre la violation du droit international, et le moment où, à l'issue de l'épuisement des recours internes, on sait que prend naissance la prétention internationale d'Etat à l'Etat, il n'y a pas le vide. Une prétention du particulier fondée sur le droit international existe. Il lui appartient de la faire valoir devant le juge interne, et c'est seulement lorsqu'il a épuisé les recours internes que sa prétention devient une prétention étatique. Celle-ci, qui est caractéristique de la protection diplomatique, prend le relais de la prétention du particulier lorsqu'il n'a plus la possibilité de la faire valoir. Lorsque le particulier dispose, par l'effet d'un accord international, d'une voie de recours internationale, la prétention étatique n'est pas actuelle, ce qui indique bien que la prétention individuelle précède la prétention étatique et ne s'efface devant celle-ci qu'en cas de défaut, ou d'épuisement de voies de recours.

Il n'est pas question d'ouvrir ici un débat complet, qui serait long et complexe, sur la dimension exacte du problème de la responsabilité internationale de l'Etat vis-à-vis du particulier. La question n'a pas encore été vraiment explorée. Le seul propos des observations présentées ici est d'indiquer que, dans le Projet d'articles, il serait judicieux et justifié de montrer d'une manière appropriée que la responsabilité internationale

d'Etat à Etat est parfois imbriquée dans d'autres conséquences juridiques de la violation du droit international.

Puisque l'exemple emprunté au Projet d'articles est celui de la violation du droit des étrangers, on pourrait suggérer une formulation différente de celle qui a été retenue. Plutôt que d'indiquer que la violation du droit international ne se produit qu'après la dernière décision sur recours, alors qu'elle se produit manifestement au moment du fait initial, il serait préférable d'indiquer que la responsabilité internationale d'Etat à Etat prend naissance à l'issue du dernier recours, sans préjudice des conséquences que la violation du droit international, lorsqu'elle est réalisée, est susceptible de produire dans les rapports entre le particulier lésé et l'Etat qui a porté atteinte à ses droits.

E. — POUR UN EXAMEN ATTENTIF DES PROBLÈMES DE TERMINOLOGIE

La terminologie est parfois au cœur des malentendus ou des difficultés parmi les plus graves. Elle s'attache à la dénomination de concepts qui doivent être clairs quant à leur signification.

La Commission a suffisamment débattu de la notion des crimes internationaux de l'Etat pour qu'il ne soit pas utile d'y revenir. On rappellera simplement que quant à la terminologie, le fond étant laissé de côté, les difficultés sont venues principalement de deux éléments.

Tout d'abord, même si l'on estime qu'il est juste d'identifier une catégorie spéciale d'infractions particulièrement graves, on a pu regretter l'utilisation du terme crime, réservé en principe à des infractions des particuliers et qui les exposent à des sanctions pénales.

En second lieu, c'est précisément cette connotation pénale qui fait problème, car il est bien évident qu'il ne s'agit pas de « criminaliser » la responsabilité de l'Etat. La perspective générale est au premier chef d'autoriser la communauté internationale, soit les Etats, à prendre des mesures destinées à faire pression sur l'Etat visé pour qu'il mette un terme à une situation illicite particulièrement grave.

Quoi qu'il en soit, depuis que l'article 19 a été proposé, l'expression s'est imposée. Il paraît difficile de lui substituer un autre terme, d'autant que certaines expressions ont déjà leur signification propre. Ainsi, par exemple, l'expression « infraction grave ». Faudrait-il dire « infractions *erga omnes* » ? Il est probablement trop tard pour faire machine arrière, mais ce n'est pas certain.

En revanche, il est un point sur lequel le Projet doit être revu. Il s'agit de la définition de l'« Etat lésé » telle qu'elle figure à l'article 40.

La question est importante, car cette expression ou notion a d'ores et déjà, et depuis longtemps, une signification précise : il s'agit de l'Etat qui, du fait du comportement d'un autre Etat, subit une atteinte à son droit.

C'est au demeurant ce qu'indiquent la plupart des dispositions figurant à l'article 40 du Projet d'articles.

Cependant, ce même texte, on le sait, prétend élargir la notion d'Etat lésé au-delà de son sens traditionnel : c'est le fait du paragraphe 3 de l'article 40 qui stipule : « En outre, l'expression "Etat lésé" désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international, tous les autres Etats. »

On peut trouver une proposition allant dans la même direction dans le paragraphe 2, e, iii, de l'article 40 relatif aux traités multilatéraux en matière de protection des droits de l'homme.

Ce texte est probablement fâcheux. Il est de nature à créer des difficultés.

Il faut relever tout d'abord qu'il est généralement inopportun de modifier le sens d'une notion déjà établie, car cela peut entraîner des confusions diverses (par exemple, en l'occurrence, en ce qui concerne la qualité pour agir devant un tribunal). Il y a également des motifs plus importants encore qui font apparaître cette orientation à la fois inadéquate et inutile.

Elle est inadéquate car elle soulève des questions non résolues. Ainsi, par exemple, le chapitre II de la deuxième partie du Projet d'articles est consacré aux « Droits de l'Etat lésé et obligations de l'Etat auteur du fait internationalement illicite ». Faut-il comprendre que, lorsque l'on est en présence d'un crime international, tout Etat va pouvoir revendiquer l'un ou l'autre des droits énoncés dans ce chapitre ? Poser la question suffit à montrer les difficultés susceptibles de surgir.

Il semble au demeurant que, *volens volens*, la Commission en ait bien eu conscience. En effet, dans le chapitre IV de la deuxième partie, consacré aux crimes internationaux, l'article 53 du Projet indique les « obligations incombant à tous les Etats ». Mais ceux-ci ne sont-ils pas tous des Etats lésés au sens du Projet ? Alors, pourquoi utiliser deux expressions différentes ?

Peut-être trouve-t-on ici une piste vers une meilleure solution : il faut en effet distinguer l'« Etat lésé », d'une part, les « autres Etats », d'autre part.

Si l'on conserve à l'expression « Etat lésé » son sens traditionnel, en enlevant de sa définition (article 40) ce qui l'élargit de manière inopportune, les droits de cet Etat peuvent être énoncés sans qu'aucune ambiguïté se présente. En substance, les articles 41 à 50 du Projet d'articles conviennent en ligne générale et donnent un reflet équilibré du droit coutumier.

Reste la question des conséquences d'un crime international.

Il paraît judicieux de conserver le principe, illustré par l'article 52 du Projet, voulant qu'il y ait des conséquences spécifiques pour l'Etat lésé, mais entendu ici dans sa signification stricte.

Il paraît également judicieux d'énoncer, comme le fait l'article 53 du Projet, que diverses obligations incombent à tous les Etats, mais alors ils apparaissent en tant que membres de la communauté internationale et non pas en tant qu'Etats lésés.

Enfin, il serait judicieux, et conforme au droit, de consacrer un article spécifique au droit de tous les Etats de prendre des mesures de contrainte. Il devrait stipuler, en substance, que face à un crime international d'un Etat, tous les Etats peuvent prendre contre celui-ci des contre-mesures analogues à celles qui sont autorisées pour l'Etat lésé, à seule fin d'obtenir la cessation de la situation illicite qui persiste.

Si ce retour à une terminologie traditionnelle et plus adéquate marque peut-être une modification sensible au plan conceptuel, il ne se traduit finalement pas par un bouleversement du Projet d'articles. Seuls quelques ajustements sont rendus nécessaires.

F. — CONCLUSIONS

Les quelques observations, sommaires et incomplètes, présentées ici conduisent à la synthèse suivante :

1) Ayant essentiellement axé son travail sur la codification, la Commission du droit international paraît être en mesure de mettre au point un texte qui, en ce qui concerne les deux premières parties du Projet d'articles, donne un reflet convaincant du droit coutumier d'aujourd'hui. Cela permettrait de renoncer, le cas échéant, à la négociation d'un traité international, pour donner préférence à une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies.

2) En ce qui concerne le règlement des différends, l'idée d'un contentieux limité à la question de la responsabilité n'emporte pas la conviction.

De toute manière, s'il existe, relativement au litige qui les oppose, un lien juridictionnel entre deux Etats, ils doivent respecter cette obligation. Seule l'hypothèse de contre-mesures conservatoires, parallèlement à la mise en œuvre de l'obligation de règlement, est acceptable.

S'il n'existe pas de lien juridictionnel entre les Etats en litige, l'obligation de rechercher une solution par des moyens pacifiques s'impose à eux. Si l'un des Etats estime être en droit de prendre des contre-mesures, l'exercice de ce droit n'est licite que s'il est accompagné par une offre de règlement arbitral ou judiciaire, ce qui constitue l'interprétation moderne de l'exigence coutumière de la vaine présentation d'une demande de réparation.

3) Le texte finalement retenu devra rappeler, d'une manière ou d'une autre, que le phénomène général de la responsabilité pour violation du droit international n'est pas entièrement couvert par des règles gouvernant les relations des Etats entre eux. Une partie des règles valables entre

les Etats s'appliquent probablement aussi aux organisations internationales. En outre, il faut réserver la question de savoir si, lorsque le droit international impose une obligation à un Etat vis-à-vis des particuliers, la violation d'une telle obligation produit des effets dès qu'elle survient, de sorte qu'il faudrait distinguer le moment de la violation des conditions qui font que la responsabilité internationale de l'Etat soit engagée vis-à-vis de l'Etat national du particulier lésé.

4) Enfin, il est souhaitable que la Commission du droit international soit attentive aux problèmes de terminologie. En particulier, la définition large de l'Etat lésé soulève d'importants problèmes.

Presentation by Mr. Bruno Simma⁷⁷

I would like to start with the observation that, however controversial the work of the International Law Commission on State responsibility has been, I regard it as the doctrinally and theoretically richest topic of codification. I think that if we really consider the number of difficult questions tackled by the Commission and partly answered, in my view, it is not the Vienna Convention on the Law of Treaties⁷⁸ and the work the Commission has done on that topic, but rather the topic of State responsibility that deserves to be called the most interesting, maybe the most important, advance in codification. Because, as we know, the debate on State responsibility is on the other side of every coin; it represents a blueprint of the current status of international law. If I had to characterize the current status of international law, I would call it, not surprisingly to some of you, international law on the move from bilateralism to community interest. I think that the law of State responsibility shows, and has to show, the movement of adaptation. Therefore, it is not possible for me to agree with Mr. Christian Dominicé when he says in his presentation: « La matière délicate de la responsabilité des Etats exige au premier chef que l'ensemble du système, tel que la pratique des Etats l'a développé, soit énoncé dans un faisceau de règles claires qui n'apportent pas de nouveautés. » I disagree with the last part of this statement, but this is the only point on which I disagree with him. I think that codification and progressive development of State responsibility at the end of the century has to take into account the move away from the traditional law on State responsibility towards more community-directed structures and processes.

Of course, for a member of the International Law Commission it is very difficult, at this stage, to comment on its ongoing work because I hope that we will have happy and animated weeks of debate on the draft that we are going to receive within the next days. Let me just sort out three or four points. One characteristic of the draft, as it now stands, is that in some areas it is too comprehensive. For instance, articles 20, 21, 23 and 24 to 26 can only be seen as expressions of idiosyncrasy of individual Special Rapporteurs. I cannot imagine a Commission like the one I know, the one I have known for a year now, to really get excited about that kind of rule. On the other hand, there are provisions, like article 1 to which I am going to turn in a moment, or article 35, the simplicity of which is really misleading because it opens the famous Pandora's box. And I think that it will be necessary to work toward a more balanced outcome.

A second observation on the way in which the draft attributes responsibility, that is, the provisions on acts of the State, seems to me to be

⁷⁷Member of the International Law Commission, 1997-.

⁷⁸United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

posited on an image of the State as an impermeable unit. I wonder whether this view of the State and the view of the relationship between organs of States and individuals with regard to responsibility has not become obsolete with the move towards privatization of public functions, globalization and the outsourcing of State activities. Therefore, another point the Commission will have to keep in mind is the necessity of paying more attention to the interface between State activities and private activities and to really improve what is now in articles 8 and 11, and there is very little there.

The main point I want to make is the following: during the first session, somebody noted that too little had been said on progressive development compared to codification. I think the draft, as it stands now, as adopted at the first reading,⁷⁹ represents a fine piece of progressive development of State responsibility. Because the draft establishes a system of objective responsibility, article 1 cannot be understood differently; every internationally wrongful act entails responsibility. This is not responsibility in the private law sense, whereby two landowners face each other and say if you hit me, I will hit you, and if you trespass on my property, you owe me compensation. This is really a community approach. There is an international legal community which sets up its legal system and develops what Mr. Alain Pellet in a recent publication has called *ordre public*. That is the understanding underlying the draft as it now stands. And to ask, as several States have done in their observations on the draft, that the Commission focus on damages is fundamentally wrong. It is as if someone were to enter a vegetarian restaurant and then complain that no meat is served there. The Commission, in its draft, is serving a specific dish, and this dish is not based on the ingredient of “damages”.

However, the system is still flawed. I would go so far as to call it “schizophrenic” because it posits a system of objective responsibility, based on subjective elements, namely, on the element of injury. That is something to which Mr. Dominicé has just drawn our attention. The core problem is the famous article 40 on the injured State. Of course, the Commission has realized that there is a lack of community institutions and that it is a very incomplete international community. Therefore, for the implementation of an objective responsibility, it had to rely on individual States pursuing community interests *ut singuli*. It is very interesting to note that this construction came from Mr. Roberto Ago⁸⁰ who, in one of his reports, expressly stated that in international law, *vis-à-vis* domestic law, “every correlative right entails an obligation and every obligation entails a correlative right”. This is really a codification of traditional State responsibility, which the Commission and Mr. Ago then wanted to over-

⁷⁹For text of draft articles adopted at the first reading, see *Official Records of the Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 121-169.

⁸⁰Former member of the International Law Commission, 1957-1978.

come. It is a highly problematic notion, and I think that it goes beyond the terminology element mentioned by Mr. Dominicé. The notion of injury, the concept of the injured State, goes far beyond terminology. Because every debate in the Commission or in the literature necessarily goes back to a differentiation between directly injured and indirectly injured States, we see a return to the traditional bilateralist paradigm.

My next observation about responsibility concerns article 1 of the draft on State responsibility: "every internationally wrongful act gives rise to international responsibility". Is this really true? I have been a member of one of the United Nations Human Rights treaty bodies for 10 years, and I have had the opportunity to note that some of the obligations repeatedly breached by States were obligations to report and obligations to respond. If I had stood up in this human rights committee and said, "Ladies and gentlemen, we are in the presence of an internationally wrongful act, would you please take a look at the International Law Commission's draft", I would have provoked a hearty laugh indeed. I think that we really have to reconsider another axiom of the State responsibility construction, namely, the axiom of the distinction between primary and secondary rules. And I think that it is not sufficient, as the draft has provided, to provide for *lege specialis* for subsystems only with regard to secondary rules as in article 37. The question I ask myself now is: Could it be the case that objective responsibility, in the sense of responsibility going beyond the traditional bilateralist delict-damage pattern, is, in all cases, based on subsystems or *lege specialis*? This is a question we should address.

Just a few words on international crimes. I think that the concept of international crimes illustrates the problem that I have just sketched. Politically speaking, the notion goes back to the cold-war period, which has now ended. But the notion of crime will never lose its punitive connotation; therefore, it should be discarded. I think that the time has come for the establishment of a system of State responsibility that (1) gives adequate rule to *lege specialis*, which is not the case with the draft as it stands now; and (2) recognizes the central yet limited place of the draft, between what I think the late Mr. Willem Riphagen⁸¹ once called the super-system of the Charter of the United Nations on top and the new law on international criminal responsibility of the individual at the bottom—a "sandwich approach" to State responsibility. But I think that in 1998 we can afford the elimination of any notion of crime or criminal connection with State responsibility. I think that the Commission should instead recognize that besides rights and obligations between States, international law now provides for obligations *erga omnes* based on the interest of the international community as a whole. The Commission should provide for a

⁸¹ Former Member of the International Law Commission, 1977-1986.

regime for violation of obligations *erga omnes* recognizing that this regime will have to be residual, in the sense of taking into due account the existing super-system of the Charter of the United Nations and the existing subsystem or *lege specialis* that I have mentioned.

A last word on the outcome of this exercise: I agree with Mr. Dominicé that we should give up the idea of producing a draft convention. I would prefer what could be called a “soft” solution in the form of a declaration or even a code, probably a declaration, because the chances of obtaining an adequate number of ratifications for a convention on State responsibility are slight indeed, and going the non-treaty way would eliminate that stigma of failure which unratified or insufficiently ratified codification conventions carry. I agree very much with Mr. Pellet who said that “conventionalization” does not really mean success. I think “conventionalization” of the topic of State responsibility really means putting the topic into an unnecessary straitjacket. This danger should be avoided. Of course, going the non-treaty way would do away with all the problems raised concerning the settlement of disputes.

Presentation by Mr. Emmanuel Akwei Addo⁸²

Let me begin by thanking the various Special Rapporteurs whose indefatigable work has produced this monumental piece of work on State responsibility. I also would like to compliment my predecessors, members of this Commission, who in several ways have contributed to the adoption of the set of 60 draft articles on international responsibility and liability which are before us for consideration. It is quite clear that the Commission has concentrated on the progressive development and codification of secondary rules, aimed at determining whether a breach of the obligation imposed by the primary rules has taken place and if it has what would be the result of that breach. One can recall that the General Assembly at its twenty-seventh session, by its resolution 3071 of 30 November 1973, recommended, *inter alia*, that the Commission should continue, on a priority basis, its work on State responsibility with a view to the preparation of a set of draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts and, at an appropriate time, to undertake a separate study of the topic of the international liability for injurious consequences arising out of the performance of other activities. Therefore, the set of draft articles developed by the Commission deals solely and strictly with responsibility of States for internationally wrongful acts.

Part one of the draft articles is divided into five chapters. Chapter I, concerning general principles and comprising four articles, is devoted to the definition of a set of fundamental principles, including the principle attaching responsibility to every internationally wrongful act. Although this has been criticized, I am not going to comment on it now. Chapter II of part one on the acts of State under international law is concerned with the subjective element of the internationally wrongful act. And the provisions of draft articles 5 to 15 address the determination of the conditions in which particular conduct must be considered as an act of State under international law. The various aspects of the objective element of internationally wrongful acts are dealt with by the provisions of draft articles 16 to 26, comprising chapter III and termed "breach of an international obligation".

Part two of the draft articles is designed to deal with matters relating to the content and forms of international responsibility, and is divided into four chapters comprising articles 36 to 53. Chapter I, comprising the text of draft articles 36 to 40, spells out the general principles relating to the content, form and degree of international responsibility. Draft article 37 entitled "*lex specialis*" states that the provisions of part two govern the legal consequences of any internationally wrongful act of a State except where and to the extent that those legal consequences are being determined by other rules of international law relating specifically to the inter-

⁸²Member of the International Law Commission, 1997-.

nationally wrongful act in question. Draft article 38 on customary international law provides that customary international law shall continue to govern legal consequences of an internationally wrongful act of a State not set out in the provisions of the present part. Draft article 39 on the relationship to the Charter of the United Nations states that the legal consequences of an internationally wrongful act are subject, as appropriate, to the provisions and procedures of the Charter, relating to the maintenance of international peace and security.

Draft article 40 defines the term "injured State" to mean any State a right of which is infringed by the act of another State. Paragraph 2 of article 40 enumerates six situations in which the infringement of a right may occur, such as a breach of a bilateral treaty or a multilateral treaty or a rule of customary international law, or non-observance of a decision of an international court or tribunal. Where an internationally wrongful act constitutes an international crime, paragraph 3 of draft article 40 provides that the term "injured State" means all other States. The rationale is that it is absolutely necessary to determine which State or States are legally considered injured State or States because only that State or those States would be entitled to invoke the legal relationship as described in part two.

Draft article 41 on cessation of wrongful conduct is the first of a series of provisions dealing with the new relations which arise from an international delict between the author State and the injured State. The new relations involve new obligations. The new obligations of the author State consist in the redressing of the situation arising from the breach of a primary obligation, that is to say, an obligation embodied in a primary rule. The obligation to make reparation is the most frequently invoked of the new obligations. This is dealt with in article 42. The obligation to make reparation may be discharged in a variety of forms as expressed in articles 43, 44, 45 and 46. These articles are, therefore, to be read together. Draft article 42 provides that the injured State is entitled to obtain from the State which has committed an internationally wrongful act full reparation in the form of restitution in kind, compensation, satisfaction and assurances and guaranties of non-repetition, either singly or in combination. In the determination of reparation, account shall be taken of the negligence or the wrongful act or omission of (a) the injured State, or (b) a national of that State on whose behalf the claim is brought which contributed to the damage. The term "reparation" is generic and describes the various methods available to a State for discharging or releasing itself from such responsibility. It is observed that paragraph 1 of article 42 expressly provides that a State which commits an internationally wrongful act is under an obligation to provide full reparation for the injury sustained as a result of the internationally wrongful act. But what happens if the injury is a result of concomitant factors among which the wrongful act plays a decisive part but not an exclusive part? In such case, to hold the other State liable for reparation of the whole injury would be neither equi-

table nor in conformity with a proper application of the causal link theory, which has been dealt with extensively in the commentary to article 44. One may recall that in article 42 restitution in kind was the first of the methods of reparation listed as being available to an injured State. There is, however, no accepted definition of what constitutes restitution. It has been variously defined as re-establishing the situation that existed prior to the occurrence of the wrongful act in order to bring the relationship between the parties to its original state, as well as establishing or re-establishing the situation that would have existed if the wrongful act had not been committed. Fortunately, the Commission's approach has been to opt for the purely restitutive concept, or restitution in kind, which, apart from being confined to the assessment of a factual situation, involves a new theoretical construction of what the situation would have been if the wrongful act had not been committed. The Commission's approach is limited to the restoration of the status quo ante, which is easy to determine without any prejudice to any possible compensation for *lucrum cessans*.

Chapter III of part two on countermeasures deals, *inter alia*, with issues relating to resort to countermeasures, proportionality and prohibited countermeasures. The four draft articles comprising this part deal with the most difficult and controversial aspects of the whole regime of State responsibility.

In the period allotted, which I am sure I have exceeded, it is well-nigh impossible to touch on every article. But allow me to say just a few more words about the notion of imputability or attributability. The process of imputability involves two stages: the determination of the breach of an obligation and the decision whether such breach is imputable to the State. If the breach is imputable, the State becomes internationally responsible. Responsibility, therefore, begins where imputability ends. Therefore, a precise notion of imputability in international law is absolutely essential in order to separate the process at the municipal-law level from the process at the international-law level. The notion of imputability supplies guidance through complex matters arising from the very fact that there are different obligations under municipal law and under international law. Through the notion of imputability, the principles of law relating to the exhaustion of local remedies become clearer and more precise. Therefore, confusion between substantive and procedural law is avoided.

Open-floor discussion

* * *

Débat

Mr. Georges Abi-Saab.⁸³ I have a comment and a question. The comment concerns not only the Commission's accomplishments on State responsibility, but also the demonstration that international law is developing in a complex pattern and that we are going from a simplistic regime of responsibility towards one divided into different sub-regimes which have some common denominators. For example, there is the liability subject; there is the crimes subject which, after all, even though it is personal responsibility, it is still internationally determined. And I would like to know to what extent is the relationship between these different varieties of responsibility being taken into consideration and will be taken into consideration in the work of the Commission.

Mr. Bruno Simma. I think that the Commission has not had, at least when I was present, any debate on the relationship between individual criminal responsibility and so-called international crimes of State. At least, it has not had such a debate since the Special Rapporteur was appointed last year. So maybe we should give him the floor.

Mr. James Richard Crawford.⁸⁴ I think that we should give the floor to our invitees rather than have members of the Commission talk to each other. However, Mr. Bruno Simma is right. I am pleased to take the floor to say that even if I do not agree with everything Mr. Christian Dominicé said on the subject of State-to-State responsibility, nonetheless, I do agree with his proposition that we need to make clear that there can be other forms of responsibility especially of, and possibly to, international organizations, even though I know that this is an unpopular idea. This issue has to be discussed in response to Mr. Georges Abi-Saab. It also has to be made clear that this is entirely without prejudice to the responsibility of individuals under international law. Where I think the impact of individual criminal responsibility is felt is that it has changed the overall scene within which article 19 has to be discussed.

Ms. Williams. I would like to hear some comments on the interface between the work of the Commission on State responsibility for con-

⁸³ Graduate Institute of International Studies, Geneva; Global Professor, New York University Law School.

⁸⁴ Member of the International Law Commission, 1992-; appointed Special Rapporteur for State responsibility at the Commission's forty-ninth session, 1997.

duct in violation of international law, on the one hand, and international liability for activities not in violation of international law, on the other.

Mr. Christian Dominicé. Je crois que la question de la responsabilité internationale pour des actes ou des dommages causés par des activités qui ne sont pas illicites en droit international est un problème tout à fait distinct de la responsabilité internationale pour acte illicite par définition même. Il ne peut s'agir que d'obligations très ponctuelles. Vous ne pouvez pas obliger un Etat à réparer tous les dommages causés à partir d'activités qui prennent leur source sur son territoire, ce serait une responsabilité absolument considérable. Je crois donc qu'il est bon de regarder de près les domaines où l'on pourrait imposer une obligation de réparer lorsque l'Etat n'a aucun acte illicite à se reprocher.

Prenons le problème de la prévention. Je pense ici à Tchernobyl et au domaine des accidents nucléaires. Considérons qu'on impose aux Etats, et on commence à le faire, des standards très techniques, très stricts. Prenons le cas d'un Etat qui, à un moment donné, ne respecte pas ces standards et ces mesures de prévention. A ce moment-là on peut dire à cet Etat qu'il se trouve dans une situation où il ne respecte pas ses obligations. Et comme précisément la responsabilité internationale n'exige pas le dommage, on pourra dire qu'un Etat se trouve en situation illicite du fait même qu'il ne prend pas les mesures prévues. A ce stade de la prévention on retombe dans la responsabilité internationale pour acte illicite. Mais alors ceci pose le problème du contrôle international et des mesures contre cet Etat : on l'obligera à fermer une centrale nucléaire en attendant qu'il ait pris les mesures de prévention.

En résumé, les deux sujets sont totalement séparés, mais si on veut maîtriser le problème de la prévention, il faut le reprendre dans la responsabilité pour acte illicite dans la mesure où, au titre de la prévention, on impose des standards, des comportements, des codes de conduite très précis.

Mr. Jörn Griebel. I am a student at the Graduate Institute of International Studies in Geneva. Mr. Bruno Simma has mentioned articles 8 and 11 of the draft articles, and he has considered these articles to be highly superficial. I think that it is quite true and I would like to know if anything can be done to rectify the situation.

Mr. Bruno Simma. Mr. Crawford, you should turn around and tell the young student what you are going to do about it. And I hope you are going to do something about it.

Mr. James Crawford. Well, part of the problem is that it is clear that articles 5 through 15, which deal with attribution, contain some prob-

lematic elements. Some of the later articles, the negative articles, seem to be particularly problematic, for example, the one on international organizations, which simply excludes one possibility in the context of attribution, which is a possibility that no one would actually think of. The relationship between article 5 and article 8 is a necessary relation. Much of the criticisms one hears about article 5 ignores the coexistence of article 5 and article 8. Article 8 is a general backup rule about attribution, in respect of activities in fact imputable to the State. It is true, of course, the whole suite of articles assumes a distinction between State and non-State activities. But article 8, properly applied, can remedy some of the deficiencies that have been pointed out which that distinction produces. And in any event, in the context of State responsibility the distinction is, I think, inevitable. Article 11 needs and will receive treatment in this session. But my own provisional view is that the balance between article 5 and article 8 is broadly correct. And much of the criticism of one of them ignores the existence of the other one.

Mr. Bruno Simma. I have one question for the Special Rapporteur. Would you, for instance, consider that articles 5 and 8 are adequate in the light of a practice in some regions of the world where Governments hire private firms for purposes of what they call defence? I do not want to go into details as I think that we are all familiar with those practices. Would you say that the draft articles, as they stand, are sufficient in that regard?

Mr. James Crawford. The dilemma is that, on the one hand, it is impossible to come up with a definitive statement of necessary governmental activities, as we see in the field of State immunity. On the other hand, the contemporary consensus about necessary governmental activities will undoubtedly influence the way in which article 8 will be applied. For example, in the context of private prisons, it seems to me inconceivable that a Government could exclude its responsibility for prison conditions by contracting out prison services. It will be a question of making it clear in the text or the commentary that article 8, in particular, is capable of applying in such cases. On the question of superficiality, I am afraid that there is another balance to be struck and this is the general desire which I share to complete the reading of the draft articles in the next four sessions, and the need not to produce 150 draft articles. These are necessarily general draft articles, and I must say that I totally agree with Mr. Bruno Simma on the location of the *lex specialis* article. I think that it is perfectly clear that the *lex specialis* article has to apply to part one and not only to part two. So there are various things like that that have to be done. But we should be careful not to try to anticipate every contingency. Where, for example, I disagree with Mr. Simma is that he underestimates

the flexibility of article 1. I think that article 1 is as near a piece of genius as the Commission has ever come to.

M. Luigi Ferrari Bravo⁸⁵. Je suis totalement d'accord avec le Rapporteur général, mon cher ami, M. Christian Dominicé, parce que je pense, en effet, que les articles sur la responsabilité n'ont pas besoin de devenir une convention internationale. C'est vraiment inutile et dommageable d'en faire une convention internationale, cela va morceler le projet d'articles dans des quantités infinies pour finalement obtenir une convention signée et ratifiée par une trentaine de petites îles. Les grands Etats ne la ratifieront jamais. Le produit de la Commission du droit international existe déjà et est appliqué de plus en plus par les juridictions internationales. J'espère que la Commission, dont je fais partie, ne se mettra pas à trop le changer; ce projet fait déjà partie du droit international appliqué. Il s'agit là, à mon avis, d'un point fondamental.

L'autre point sur lequel je suis tout à fait d'accord avec le Rapporteur général, c'est que la responsabilité des Etats est une chose et la responsabilité internationale pour faits licites est une chose totalement différente. Là, on est vraiment dans le domaine des règles primaires, et chaque règle a ses exigences. Je l'ai vu personnellement lorsqu'on m'a prié de faire une petite résolution sur l'environnement. Quelques règles, vraiment très modestes, ont pu trouver une place dans la résolution de l'Institut du droit international, parce que le droit de l'environnement régit des régimes très différents, comme celui de l'industrie nucléaire ou celui des cours d'eaux internationaux qui nécessitent des règles spécifiques. Et la Commission d'ailleurs s'en est rendue compte en établissant des séries de règles différentes sur l'un et sur l'autre. Il est vraiment vain de croire qu'on peut avoir un beau système avec d'un côté la responsabilité pour fait illicite et de l'autre côté la responsabilité pour fait licite.

Une dernière remarque, je suis d'accord avec le Rapporteur général lorsqu'il dit qu'il faut éliminer les articles sur le règlement des différends. A quoi servent-ils ? Croyez-vous qu'il peut y avoir une décision de justice seulement sur la responsabilité ? Je ne l'ai jamais vu dans la jurisprudence internationale. Par contre, j'ai vu la jurisprudence internationale se servir de ces règles en les appliquant à des faits concrets. Mais une justice uniquement sur la responsabilité internationale, c'est quelque chose qui n'existe que dans la fantaisie de certains auteurs.

M. Jorge Illueca (traduit de l'espagnol). Je vous remercie, M. Luigi Ferrari Bravo. Je crois que nous avons eu une discussion utile sur des thèmes qui vont susciter nos réflexions. Et nous avons été enrichis

⁸⁵ Membre de la Commission du droit international 1997-1998; ex-juge à la Cour internationale de Justice de La Haye et à la Cour européenne de conciliation et d'arbitrage; juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

par tout ce que nous avons entendu. Je remercie M. Christian Dominicé de sa contribution qui a été très utile à tous points de vue. Merci, chers collègues, de vos observations sur la responsabilité internationale. Je remercie également nos invités qui sont venus assister à ce débat. J'espère qu'ainsi on ne nourrira plus de fausses idées sur la crise de la Commission et sur son caractère « schizophrène ». Je lève la séance.

III

“STATE IMMUNITIES”: CURRENT PROBLEMS INHERITED FROM THE PAST?

*

« LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT » : PROBLÈMES ACTUELS HÉRITÉS DU PASSÉ

Introduction by the Chairman, Mr. Raul Goco⁸⁶

We have very interesting speakers to discuss the topic of State immunities. To introduce the subject, we have Mr. Lucius Caflisch from the Graduate Institute of International Studies and Legal Adviser to the Swiss Ministry of Foreign Affairs and a very familiar figure to us all.

The first commentator will be our friend and colleague, Legal Adviser to the United States Permanent Mission to the United Nations, and member of the International Law Commission since 1992, Mr. Robert Rosenstock.

Mr. Enrique Candiotti from Argentina will be the second commentator. He has occupied the posts of Ambassador to the United States, to Australia, to New Zealand and to the former German Democratic Republic, and is a member of the International Law Commission since 1997.

⁸⁶Member of the International Law Commission, 1997-.

Presentation by Mr. Lucius Cafilisch⁸⁷

Historical evolution

For international lawyers, State immunity is an unusual topic in many ways. Its roots lie in a rule of domestic law: the prohibition to sue the State which can do no wrong. Many aspects of State immunity are still governed by domestic legislation or practice and most questions relating to it are handled by domestic courts. The evolution of the law in this field has been determined essentially by politico-economic factors, specifically, the emergence of the idea of State-run economies and their subsequent partial collapse.

The exemption of foreign States from local jurisdiction is based on the principle that the Prince and, later on, the modern State and its instrumentalities were immune when performing their duties. As a gesture of courtesy—remember the *Schooner Exchange*⁸⁸—and later on, as a matter of law, this rule was extended to the international level: the courts of a State cannot sit in judgement on the acts of another State. In the early days, this rule could be applied across the board, for State activities were essentially confined to the performance of public functions. This situation changed when States began to engage in trading after the nationalization, occurring in the late nineteenth and early twentieth centuries and when State-run economies, emerged. Why should the State, in its day-to-day trading activities, enjoy an advantage over its private competitors with a grant of immunity? This question led some States with capitalist economies to limit immunity to acts performed by other States in their sovereign capacity. Hence, the term “sovereign immunity”. A parallel evolution occurred regarding the fate of State vessels where a distinction was increasingly made between trading and non-trading ships and immunity confined to the latter (Brussels Convention of 1926⁸⁹). However, the practice of the States embracing this restrictive view raised three issues:

(1) What is meant by “State”: only the State in the narrow sense of the term, or also its instrumentalities, such as central banks, political subdivisions—provinces, cantons and municipalities—or even individuals acting on its behalf—private customs-collecting agencies, for instance?

(2) How can acts performed *jure imperii*—that is, in the exercise of public functions—be distinguished from acts accomplished *jure gestionis*—that is, in a trading capacity?

⁸⁷See introduction.

⁸⁸The *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136 (1812).

⁸⁹For text of the Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Immunity of State-owned Vessels, see *International Legislation*, vol. III, Nos. 134-185 (Carnegie Endowment for International Peace, Washington), pp. 1837-1845.

(3) Should the limitations imposed on immunity from suit be transposed to the law relating to immunity from execution and, if so, to what extent?

A number of Western European States applied the rule of State immunity restrictively, from the early days of this century—Italy, Belgium and Switzerland were early leaders in the field—whereas other countries—the United Kingdom and the United States, in particular—hesitated for a long time on account of the three issues just mentioned, particularly with the difficulty of separating acts performed *jure gestionis* from those performed *jure imperii*. Starting in the 1950s, these two countries gradually converted to the Western European view, first, through judicial decisions and executive action, later, through the enactment of legislation (United States, 1976; United Kingdom, 1978). The conclusion in 1972 of a European Convention⁹⁰ on the subject may have spurred this evolution. Another important contribution to the emergence of restricted State immunity was the recent political evolution in the community of socialist States, which led to the fall of an important bastion of State trading.

These convergent tendencies seemed to have paved the way towards a universal agreement limiting State immunity to governmental activities, notwithstanding the resistance that might arise from some developing countries endowed with important States trading sectors. The International Law Commission was accordingly entrusted by the United Nations General Assembly with the task of preparing a set of draft articles on the subject. The Commission's final draft was ready in 1991.⁹¹

The International Law Commission's draft articles

The draft articles adopted by the Commission will now be briefly discussed in the context of the three issues identified earlier, namely, the distinction between public and private activities, the determination of the beneficiaries of State immunity and the scope of the immunity from execution.

The distinction between acts done jus imperii and acts done jus gestionis

On this point, the Commission essentially followed the lead provided by the 1972 European Convention, by maintaining the principle of immunity from suit and by limitatively enumerating the exceptions thereto, namely, contracts of employment (article 11), claims resulting from personal injuries and damage to property (article 12), movable and

⁹⁰For text of the European Convention on State Immunity and Additional Protocol, see *American Journal of International Law*, vol. 66, p. 923; European Treaty Series No. 74.

⁹¹For text of the "Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", see *The Work of the International Law Commission*, fifth edition (United Nations publication, Sales No. E.95.V.6), pp. 205-214.

immovable property (article 13), intellectual and industrial property (article 14), participation in companies and other businesses (article 15), the operation of trading vessels (article 16) and, as a catch-all clause, “commercial transactions” (article 10).

It is, of course, the last of these categories—“commercial transactions”—which was the most difficult to circumscribe. The term “commercial transactions” is defined in article 2 (1) (c) of the Commission’s draft. The definition includes “contracts or transactions” for the sale of goods and services; loans and other financial deals; and “any other contract or transaction of a commercial, industrial or professional nature, but not including a contract of employment of persons”—another catch-all clause. It was not this formulation which was going to cause the main difficulty, however, but the rider in paragraph 2 of article 2, which reads as follows:

“In determining whether a contract or transaction is a ‘commercial transaction’ reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if, in the practice of the State which is a party to it, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.”

This formula was intended to strike a compromise between the States whose legislation or judicial practice relies exclusively on the nature of the transaction—whenever the foreign State does what, by law, an individual could equally well do, the transaction is deemed “commercial”—and those which base themselves on the purpose of the act of the foreign State—wherever the transaction is performed for the benefit of the community in the exercise of public functions (for instance, when State authorities purchase uniforms for their armed forces, it is deemed to be “non-commercial” and so is covered by immunity).

This formula, however, was of little use to those who wished to restrict immunity from suit, because its application would have resulted in perpetuating the status quo: the characterization of the transaction as public or commercial was simply delegated to the domestic law and practice of the State whose immunity was at issue. The intended compromise, thus, turned out to be no compromise at all.

The definition of “State”

According to article 2 (1) (b) of the Commission’s draft, the expression “State” includes, in addition to the State and its organs, the constituent units of federal States, such as the German Länder or Swiss cantons, the political subdivisions of the State entitled to perform public functions, and other agencies, instrumentalities and entities called upon to exercise such functions. This definition seems to be straightforward and in keeping with State practices, but as will be shown later on, it has attracted crit-

icism both from some highly centralized States, which wish to reduce the list, and from decentralized countries, which seek to expand it.

Immunity from execution

Articles 18 and 19 of the Commission's draft address the tricky question of immunity from execution. Here, again, immunity is to be the rule and is to extend to all the State's assets, but some exceptions are made. The rule of immunity does not apply if the foreign State has expressly agreed to its waiver, if the property in question has been earmarked for satisfying the claim forming the object of the proceedings, or if it is specifically intended for commercial purposes and localized in the forum State and is connected to the claim. The property thus excepted does not, however, include any assets used by diplomatic or consular agencies, assets earmarked for military purposes, property of the central bank or objects forming part of the country's cultural, historic or scientific heritage.

The list of items which are not covered by immunity from execution drawn is very restricted. Its acceptance would mean that immunity from execution would remain almost as absolute as it is now in many countries. The solution offered by the Commission's draft is in no way satisfactory for those countries whose courts hold, on the basis of reasoning which has at least the appearance of logical consistency, that immunity from execution should be limited to situations where there is also immunity from suit.

The work of the General Assembly's Sixth Committee

After a summary discussion in the framework of the Sixth Committee, the Commission's draft was referred to an open-ended working group of the Committee. This group, which was placed under the chairmanship of Mr. Carlos Calero-Rodriguez,⁹² held two sessions, in 1992 and 1993, to prepare the draft for discussion and adoption by a conference of States. While the working group succeeded in identifying sticking points in the text submitted by the International Law Commission, it was unable to work out any solutions.

The first point at issue was, of course, the definition of "commercial transactions". For the reasons already given, the combined reference to the nature and purpose of the transaction embodied in article 2 (1) (c) of the draft proved unacceptable to those States whose laws or courts exclusively rely on the nature of the act, all the more so since the criterion of the purpose of the act was to apply whenever the practice of the State claiming immunity relied on it. The Commission's formula did not even find acceptance among the States which use the criterion of the purpose

⁹²Former member of the International Law Commission, 1982-1996.

of the transaction. Objectively speaking, the Commission's solution seems questionable in that it relies on different standards for answering the same question.

In an attempt to overcome these difficulties, the chairman of the working group suggested maintaining the "nature-of-the-act" criterion in all cases, except where the parties to the transaction have agreed on its non-commercial, that is, its public character, or where the State which is party to it has asserted its public character and the other contracting party has not objected. This proposal is unacceptable to a group of industrialized countries because its acceptance could entail that, prior to obtaining their contracts, foreign enterprises would have to recognize the immunity of their partner State. Accordingly, the very purpose of the entire operation which is to ensure that commercial transactions are not immune from jurisdiction would be frustrated.

The second point was the definition given to the word "State" in article 2 (1) (b) of the Commission's draft. Some participants insisted that local subdivisions, including municipalities, should be included among the beneficiaries of sovereign immunity. Others challenged the grant of the status "State" to the constitutive units of federal States or suggested that they should be given such status only upon the express request of the federal State concerned.

The third point to be mentioned is the Commission's conception of immunity from execution, which remains very broad and is rejected by those States which hold that there should be no immunity from execution where there is no immunity from suit. It also is opposed by those countries which hold that immunity from execution must remain absolute.

These are clear and major disagreements, which the working group was unable to overcome. It would be regrettable, though, not to try again after all the work that has been done. This was the conclusion reached by a meeting of legal advisers of United Nations Member States that took place in New York in late October 1997. This conclusion was reiterated in the Sixth Committee, which decided to re-examine the entire issue in 1999, at the fifty-fourth session of the General Assembly.

What way out?

The second difficulty—that of the definition of "State"—seems to be the least aggravating. In this respect, the Commission's draft is fully in line with existing practice, and it would seem that general agreement could and should ultimately be reached on the basis of the present text.

By contrast, the first issue—the definition of the term "commercial transactions"—may prove intractable. Clearly, the existing text does not command large measured support, nor does the compromise suggested by Mr. Calero-Rodrigues. The only possible solution might consist in a definition relying principally on the legal nature of the transaction, but

admitting that its purpose may also be taken into consideration. Any formula along these lines would unquestionably be a vague one, but one that might possibly salvage the entire exercise and one which, objectively speaking, is not that far removed from practice.

The issue of immunity from execution is almost equally difficult. Some countries still practise immunity from execution in its absolute form, while others make that immunity coincide with jurisdictional immunity. The practice of yet other States is erratic or uncertain. In such a situation, it is difficult to come to any conclusion at all. The truth of the matter probably is that the issue is not ripe for codification or progressive development. It proved most elusive in the negotiations leading to the adoption of the 1972 European Convention and it is likely to be the "straw which breaks the camel's back" if the present text of the Commission draft is maintained. A simple solution to a complex problem would be to eliminate the part relating to immunity from execution from the draft.

Conclusion

These are a few—admittedly, tentative and incomplete—thoughts on the main difficulties presented by the Commission's Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property and on the direction in which one might look for possible solutions. While some new ideas might well emerge between now and 1999, it is less certain that they will prove acceptable to a large majority of States. One should remember that the views of States not only still diverge on some major aspects of the draft, but also that, in this matter, many States are loyal to the practice of their courts. While States are free, of course, to put an end to national practices by assuming treaty obligations, they may find it difficult to do so in a field which on the internal level is as vital and sensitive as the current one.

Mr. Raul Goco. Thank you very much, Mr. Lucius Caflisch, for a very incisive presentation of the subject. It is important and timely because the General Assembly has come up with resolution 52/151 of 15 December 1997, urging States, if they have not done so, to submit their comments to the United Nations Secretary-General on the subject of the Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

We have two remaining commentators for this subject. I will first call on the Legal Adviser to the United States Permanent Mission to the United Nations, Mr. Robert Rosenstock.

Presentation by Mr. Robert Rosenstock⁹³

As is very often the case, I find myself in almost total agreement with Mr. Lucius Cafilisch. I certainly agree that the nature and purposes, the definition of the State and execution are the three main issues. A possible fourth issue might be article 10 (3) of the International Law Commission's draft which speaks of the immunity of a State enterprise that has been given independent legal personality. Potentially, problems in that area are on capitalization after a problem arises draining the funds from the entity. I think that there are a number of States which would regard it as essential to "pierce the corporate veil" and go after the State itself when the entity has been grossly undercapitalized or the money has been drained after the disaster occurred. I think that this problem has the potential to be as big a problem as the other three. The two meetings called by Mr. Carlos Calero-Rodrigues failed to solve the problem.

I agree that the question of the definition of a State is solvable, but I doubt the question of execution is solvable, despite the fact that, uncharacteristically illogically and characteristically moderately, the United States Foreign Sovereign Immunities Act⁹⁴ strikes a balance somewhere between the two positions. The Act mandates that execution is possible only when there is a nexus between the claims and the State property. Personally, I think that the British have it right: If there is no exemption for the substance, there should be no exemption for the property and then the nexus is unnecessary. But if we were to look for a middle ground, the approach offered by the Foreign Sovereign Immunities Act would possibly provide it. However, in 1992 and 1993, there seemed to be little interest in that approach by either side. I am reasonably confident that the nature and purpose of the struggle will not be resolved. I do not think that any State would want to pay the price of giving up its position on that issue to salvage the exercise. There are numerous middle points that can be elaborated, but I do not think that they will be acceptable to anyone on either side of that issue. In my view, prospects for solving this issue, in the foreseeable future, are very close to zero.

Moreover, without going into details, there also are quite a number of small and medium-sized issues that remain to be resolved. They will not be resolved in the absence of the resolution of the major issues; they will provide a sufficient degree of undergrowth to make the prospect for agreement in any early time extremely unlikely. I, therefore, cannot agree with the view that it is a useful idea to restart this exercise soon. Mr. Calero-Rodrigues's efforts to bridge the gaps was a tour de force. I do not think I have ever seen a better conducted, more energetically pursued and more creatively run operation than his efforts to bridge the gaps. Yet, it

⁹³See introduction.

⁹⁴28 U.S.C.A. sect. 1605 (1976).

did not get anywhere. I think it is not appropriate to think that we can succeed after the effort of two years of failure. We can solve a few occasional little issues here and there; we can give an occasional sophisticated example of what would be a *via media* if anyone was interested. Is there any harm in trying, even if the prospects are as bad as I think they are? Well, it is a waste of time, a waste of energy, a waste of money, though presumably that need not be dispositive, but it can also create a failure; a probable failure will create ill will and frustration and discourage that evolution of practice over the next decade which might, conceivably, in due course, become the basis for agreement. I do not think that the base exists now. I do not think that we should try to force it now. I think that we should put the exercise on the shelf and take another look at it in five or six years to see whether there will be more grounds for optimism. In this way, there may be a chance of success, but if we try to force the issue in the next year or two, there is no chance of success and after that very few of us will have the courage to take it up again later.

Therefore, my conclusion is that the International Law Commission's work on this issue was an interesting effort to reach a compromise on an issue in which compromise was not available. There are trends and developments in the world which may have progressed far enough to give the impression that a solution is at hand, but, in this case, an important minority is not prepared to accept the nature test, pure and simple, and a large majority is not prepared to accept any infusion of the notion of the purpose of the transaction. Therefore, until the majority is overwhelming one way or the other, the exercise should not be aggressively pursued.

Presentation by Mr. Enrique Candiotti^{95, 96}

First of all, I should like to thank Mr. Lucius Caflisch for his clear and illustrative presentation on the subject. He described the historical background and the highly sensitive political and economic implications that must be considered in establishing the scope and nature of State immunity.

The International Law Commission devoted many years (1977 to 1991) to the study of the subject and to the preparation of the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. The successive Special Rapporteurs, Mr. Sompong Sucharitkul and Mr. Mota Ogiso, produced excellent and exhaustive reports. Unfortunately, however, the reaction of States to the Draft Articles has reflected profound differences of opinion, and the situation today is marked by uncertainty and, as Mr. Rosenstock comments have shown, a degree of pessimism.

Mr. Caflisch identified the most controversial issues:

- The scope of the definition of a State;
- The criteria for distinguishing acts performed by the State in the exercise of its public functions from acts of a private nature; and
- The extent and limits of measures of “constraint”, meaning precautionary measures and measures of execution, in respect of State property.

The International Law Commission’s Draft Articles form a structured whole, containing many sensible and unobjectionable rules. They are intended to reflect the trend in international law towards restrictive and functional immunity. However, the Draft Articles do not fully reflect that trend, especially on the last two points highlighted by Mr. Caflisch, because of the limitations and conditions they impose on the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*.

The introduction of the idea that the purpose of an activity or transaction should be used as a criterion for characterizing it as *jure imperii* or *jure gestionis*—along with the truly decisive criterion of its nature—and, moreover, the idea that the characterization of the purpose should depend on the practice of the particular State invoking immunity represent a throwback to a previous stage of the problem’s development, because it may be argued that any State activity always has an end or purpose relating to the public interest. Therefore, any activity would be exempt from the jurisdiction of the State of the forum and this would imply a return to absolute immunity.

Thus, the formulation of article 2 (2) is not satisfactory. On the contrary, it represents a setback in relation to the development of national

⁹⁵See introduction.

⁹⁶Translated from Spanish.

legislation and of the decisions handed down by courts in many countries, which also are those in which disputes concerning immunity are most often settled.

The Draft Articles also fail to give satisfactory treatment to the issue of immunity from execution. The counterpart of the State will have little assurance that his rights and claims are genuinely recognized and given effect, unless the limited nature of immunity from execution is also clearly established, since such immunity should run parallel to jurisdictional immunity, although immunity from execution is, in general, more extensive.

These difficulties could not be resolved, despite the efforts of the open-ended working group chaired by Mr. Carlos Calero-Rodríguez. Nevertheless, efforts to devise consensual solutions must continue, pursuant to the General Assembly's recent resolution 52/151 of 15 December 1997, on the item "Convention on jurisdictional immunities of States and their property".

Despite some discrepancies, overall developments in the international community in this era of globalization, accompanied by a decline in the State's role as a protagonist of economic activity, indicate that the correct solution lies in the limitation of State immunity to those cases in which its action and independence as a public authority must be effectively respected and safeguarded. However, while the interests of the State as such must be protected, the interests of private individuals who interact with the State in the sphere of private law also must be preserved. A balance between the two should be struck on the basis of equitable treatment, in the interest of juridical security and of clarity and predictability in international relations.

There is still an opportunity to launch new efforts and to create conditions for arriving at a convention which is likely to enjoy broad acceptance. Should this prove impossible in the short term, it must be hoped that future developments will strengthen the trend towards restrictive and functional immunity. I am sure that this trend is the correct one and that it will ultimately prevail.

Meanwhile, the implementation of modern principles concerning jurisdictional immunity and immunity from execution must continue to be regulated primarily by national legislation and case law and by existing and future bilateral and regional treaties.

Open-floor discussion

* * *

Débat

Mr. Gerhard Hafner.⁹⁷ First of all, I would like to congratulate Mr. Lucius Caflisch for his presentation today on the main issues relating to State immunity. In my view, this question of State immunity is an ideal example to illustrate the lack of appropriate interrelationship between States, the epistemic community and the International Law Commission. Since the Commission took up this subject, responses from the States to the questionnaires were very low. Therefore, in my view, the Commission did not have sufficient information about what was acceptable to States at that moment. As a consequence, the draft was formulated and submitted to the working group under Mr. Carlos Calero-Rodrigues in the Sixth Committee of the General Assembly, and only then, within the Sixth Committee, did the States make clear their attitude on this issue. So the negotiations had to start from zero, all over again, particularly on the issues that were raised by Mr. Caflisch. The purpose of the working group was to find an agreement on the most salient points. The question was then raised whether the States were really prepared to make the major concessions needed. Before the conference starts, we cannot expect States to be prepared to make concessions; it will only happen after negotiations, at the last moment, particularly on the issue of the test concerning the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. Therefore, to take this particular situation as proof that it is impossible to reach agreement is, in my view, not appropriate.

Another problem with this issue is that the International Law Commission had a committee working on State immunity. When this same issue was discussed at the General Assembly, there was no interaction or exchange of information between the International Law Commission's committee and the work carried out in the Sixth Committee. I very much regretted this, as this attitude leads to a certain fragmentation of the various approaches to the same issue. A future task of the Commission should be to overcome this type of fragmentation and to avoid this type of situation.

As to the substantive issue, which will be on the agenda of the Sixth Committee this year, I agree with the points raised by Mr. Caflisch, but I do not agree with the pessimistic view of Mr. Robert Rosenstock. I am personally a little more optimistic, particularly concerning the criteria of

⁹⁷Member of the International Law Commission, 1997- .

the distinction between the two types of State acts. As far as I remember, the last proposal made by Mr. Calero-Rodrigues seemed already to open the way to an agreement between States. It has then fallen into abeyance because of the other problems. On the other hand, I totally share the view of Mr. Caflisch concerning the immunity of execution. It is also my view that it would be best to drop this point, to exclude it from the proposed instrument, whatever its nature, so that a solution could be arrived at on the other issues. In this regard, I am also more optimistic since I have a feeling that some States are interested in having a convention irrespective of the content. The industry seems interested in having a certain degree of certainty concerning the regulation, whatever the content may be. We have had this situation in other instances, such as the law of the sea in relation to seabed matters. It was most desirable to have an agreement, irrespective of its content. I, therefore, have some hopes for the outcome of this year's discussions of the Sixth Committee, which I hope will then lead to a conference the following year.

Mr. Lucius Caflisch. I would like to make two comments. The first pertains to the point just made by Mr. Gerhard Hafner on the lack of response from States. It is true, there is a lack of response of States to the draft. Accordingly, the idea then was that everything was all right and that we could go along with the working group. This was entirely wrong; the lack of answers reflected deep divisions. The lack of response and the ensuing lack of realization that there was disagreement is, if I may say so, a general problem of the Commission. The lack of response lulls the Commission and other organs of the United Nations into a false sense of security. We have seen it happen recently in quite a different negotiation, also connected with the Commission, related to international water-courses. Almost everybody seemed to agree on the Commission's draft, yet the negotiation over this issue broke out into what was probably the bloodiest battle I have ever experienced in a conference. Perhaps this has a bit to do with the idea that States have to hide their weapons until the night of the long knives, but, more prosaically, it may also have to do with the fact that States are constantly solicited, not once, not twice, but three or four times, at all stages of every draft. I think that there should be better organization.

If I may briefly make a second point. The resolution of the General Assembly defines the issue for two years and invites States to make comments. At this stage, we have an abundance of comments; we have all had them during the two meetings of the working group, and I wonder if it is not more divisive to have further comments of States on that issue. It may be possible to find a more cooperative way of dealing with the difficulty if, indeed, we want to take it up in the next two years.

Mr. Raul Goco. Well, Mr. Caflisch, there is a problem because States are not too keen to contribute comments despite the General As-

sembly resolution of 15 December 1997, mentioned earlier, which urges those States which have not done so to make comments on this issue.

Mr. Mohamed Bennouna.⁹⁸ Je voudrais poser une question aux orateurs sur un point que je n'ai pas vraiment suivi, car je ne suis pas un spécialiste des questions des immunités. Ce matin nous sommes venus avec l'idée, généralement acceptée, que finalement, sur le sujet de la responsabilité des Etats, il vaudrait mieux faire une déclaration plutôt qu'une convention. Et j'ai d'ailleurs appris ce matin, par M. Yves Daudet, qu'il s'agit en réalité d'une idée de la Sixième Commission. Je n'ai pas d'idée très précise à ce sujet, et puisqu'on vient de nous proposer cela ce matin de façon aussi claire, je demande à réfléchir. Je souhaiterais qu'un tel travail, comme l'a dit M. Robert Rosenstock, après tant d'argent, tant d'énergie, ne termine pas quelque part dans un vague tiroir poussiéreux des Nations Unies. La question que je voudrais poser est la suivante : est-ce que ce projet sur les immunités des Etats pourrait avoir, lui aussi, une réorientation vers une déclaration ? Pourrait-on faire autre chose qu'une convention ? Je vous pose cette question, étant entendu que nous sommes tous conscients qu'il y a aujourd'hui des difficultés à parvenir à une convention. Peut-on faire autre chose qu'une convention, une étape intermédiaire pour capitaliser tout ce travail, pour qu'il ne soit pas perdu à jamais ?

Mr. Robert Rosenstock. I would not rule it out as a possibility, for the reasons given, but I have the feeling that this is a kind of hard law issue which comes up in very tangible terms that have to be decided by a court and which does not lend itself to the declaration or restatement approach, like many other issues. Therefore, my instinct tells me that what you suggest is not a very useful way of dealing with the problem, though I would be interested in arguments to the contrary since I am beginning to feel excessively pessimistic.

Mr. Lucius Cafiliscb. I am afraid this time I share your views, Mr. Rosenstock. A declaration will obviously be feasible in a certain sense, in a sense that is agreeable to some and disagreeable to others. That in itself would not be very worrisome, but it does become so because of the nature of sovereign immunity. It is a law that is applied mostly by internal tribunals, and internal tribunals could be influenced by a statement, even if it is only a declaration, and, therefore, a Government that would subscribe to having this text turned into a declaration might commit a kind of treason vis-à-vis its national jurisdictions. Of course, a State can always overcome what its own jurisdictions have done. That is one of the reasons to

⁹⁸ Ancien membre de la Commission du droit international 1987-98, directeur général de l'Institut du monde arabe (Paris), juge au Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie.

conclude treaties. But this is a particularly sensitive issue on which, at least in my country, courts have very definite views. If the Government were to accept even only a declaration, I would be afraid that that Government might be in trouble.

Mr. Ian Brownlie.⁹⁹ I have listened to this debate with some interest and a great deal of sorrow because I was the Rapporteur of the Institut de Droit International when we struggled with these familiar questions. I came to the rather radical view that these things often happen in domestic courts. The paradox for me was that the practice of domestic courts—not the least in those countries in which, according to the books, the restrictive theory is applied by the courts—the practice of those courts is far more eclectic than many people believe and there is no question of a definition of *jure imperii* and its alleged opposite. The problem is that everybody agrees that absolute immunity has, as it were, that particular fence; that picket fence is being lifted away. It does not follow that there is no frontier; there is a different one. The question is which? Where is it? It was my view, just based on studying the decisions of courts, not least in places like Switzerland, Italy, the Netherlands and elsewhere, that what municipal courts had to do—because the courts had to face these problems, not just produce formulations which could be the subject of diplomatic bargain, but to come up with real decisions on real facts—was to acknowledge the existence of countervailing factors and then balance them up in relation to the given set of facts.

And my view, ultimately, was that the idea that one can come up with a formula is hollow. Of course, one can come up with a formula, one always can, including in the context of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982.¹⁰⁰ The formula then has to be applied and it seems to me that cataloguing the various countervailing factors which decision makers have regularly applied is more of a way forward than looking for some simple definition. But the Institut's solution has not aroused much interest. I am the only one who has mentioned it in this and in last year's meeting, and I, of course, have an interest in the matter.

Mr. James Crawford.¹⁰¹ I would like to ask Mr. Lucius Caflisch to comment on the development in the practice of State immunity, subsequent to the conclusion of the Draft Articles, whereby certain States are now creating further exceptions to immunity, based upon considerations, such as torture and other forms of offences to general propriety, in which they are then allowing jurisdiction for individual claims.

⁹⁹Member of the International Law Commission, 1997-.

¹⁰⁰Document A/CONF.62/122 and Corr.1 to 11.

¹⁰¹Member of the International Law Commission, 1992-.

Mr. Bruno Simma.¹⁰² I have three rather technical questions for Mr. Lucius Cafilisch. The first one is the following: He spoke about immunity of execution. He mentioned that among Western industrialized countries, and apparently in his country, the view is that there should be no immunity of execution where there is immunity from suit. The meaning of that statement is not quite clear to me. In Germany, for instance, we have had the case of a State which defaulted in paying the rent for an embassy building, and the private party obtained a judgement in his favour but was not able to make it effective against the embassy's bank account. I would like to have some clarifications on where Mr. Cafilisch sees the nexus between immunity of execution and immunity from suit. Mr. Robert Rosenstock then mentioned the United States Foreign Sovereign Immunities Act, and my question to him is: Do you think that the solution the act proposes is a good solution?

My second question to Mr. Cafilisch is the following: You mentioned the necessity of agreeing on a definition of "commercial transaction" and you said in your paper that, in your opinion, the solution could lie in the nature of the activity test, but, under certain circumstances, the purpose of the activity should also be taken into account. Is that not precisely the solution that the International Law Commission proposes in its Draft Articles?

The third question is a procedural one. There seems to be a view that it is best to let the issue rest, to let domestic courts develop things further, for example, to create new exceptions as the United States courts created apparently with regard to torture and, if the information I have is correct, the legislation then followed and the Foreign Sovereign Immunities Act was revised accordingly. That is the first possibility. The dominant view among the States represented in the Sixth Committee seems to be, to use the words of Mr. Rosenstock, that "the issue should not be aggressively pursued". I like that expression. I wonder whether one way of pursuing the issue, less aggressively as is apparently the case in New York, would be to hand things back to the International Law Commission, an institution capable of following the trends in the various domestic jurisdictions, which could, at the appropriate stage, work on the draft again and maybe revise it. I could be totally wrong, but do you not think that the International Law Commission is the best-suited body for an exercise in that field and that it would be most likely to come up with an eventual solution?

Mr. Lucius Cafilisch. That is a very long series of questions. I shall try to be as concise as possible. What I have said about the coextensiveness of the immunity from suit and immunity of execution is

¹⁰² Member of the International Law Commission, 1997-.

that it is indeed a doctrine followed by the supreme courts of some Western industrialized States. I emphasize "some" and I would add "particularly my own". The Swiss Supreme Court is of the opinion that, if there is no immunity of jurisdiction, then there should be no immunity of execution. Of course, there are exceptions; one exception occurs when we move into the realm of the Vienna Conventions on diplomatic and consular relations,¹⁰³ which, incidentally, is a field excluded from the Draft Articles of the International Law Commission. I think that, in the case of diplomatic relations, immunity of execution should remain close to absolute. This is my answer to the first question.

To answer the second question, Mr. Bruno Simma perhaps should note that I was extremely prudent in not stating how the combination of factors could be articulated because I frankly do not know. What we have now is not even what the International Law Commission proposes. States have to apply the law and practice of the foreign State, whatever it is, and this is what I object to. This is not a combination; this is an absolute presumption which is made in favour of the system of the State claiming immunity.

To the third question, whether it is opportune to "hand back the baby" to the International Law Commission, I respond yes, why not? I must say that I was rather surprised to see what the Sixth Committee proposed to the General Assembly and what followed. I believe I have already had the occasion of saying that I do not think that what was decided is very fruitful. I think it is divisive to ask States for more comments; with more comments, we will have more disagreement, not less. Yes, I certainly think that it would make more sense to hand it back to the Commission. Whether the Commission would accept the "baby" is another question.

Mr. Mochtar Kusuma-Atmadja.¹⁰⁴ We had a very lucid exposition by Mr. Lucius Caflisch, followed by more explanations by Mr. Enrique Candiotti and Mr. Robert Rosenstock. We have some optimistic and some pessimistic views. This reminds me of a story: When the Allies were retreating from Stalingrad, two generals were asked to comment on the situation. The first one said "the situation is hopeless but not desperate". The second one said "the situation is desperate but not hopeless". This is how I feel about the debate we have just had.

¹⁰³ For text of Conventions, see, respectively, United Nations, Treaty Series, vol. 500, p. 95, and vol. 596, p. 261.

¹⁰⁴ Member of the International Law Commission, 1992-.

IV

"LAW OF TREATIES": QUESTIONS REMAIN OPEN

*

« LE DROIT DES TRAITÉS » : QUESTIONS NON RÉSOLUES

Introduction by the Chairman, Mr. Mochtar Kusuma-Atmadja¹⁰⁵

I declare this session open. The first speaker will be Mr. Marcelo Kohen followed by Ms. Lori Fisler Damrosch. Mr. Ian Brownlie will then comment, followed by Mr. Peter Kabatsi and Mr. Bernardo Sepulveda.

¹⁰⁵ Member of the International Law Commission, 1992-.

Exposé par M. Marcelo G. Kohen¹⁰⁶

**Le droit des traités :
questions restées ouvertes après la codification**

INTRODUCTION

La complétude fait partie des vœux de toute œuvre de codification. Pour le moins, dans les domaines que le législateur a voulu aborder lorsqu'il a décidé d'entreprendre cette démarche. Le sujet qui nous a été imparté est celui de l'examen des questions laissées ouvertes par la codification du droit des traités. L'énoncé même du sujet pourrait ainsi être perçu comme une critique voilée à l'effort qui a abouti à l'adoption des Conventions de Vienne portant sur le droit des traités (ci-après CV 1969), sur la succession d'Etats en matière de traités (ci-après CV 1978) et sur le droit de traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après CV 1986).

Nous ne ferons pas ici un bilan global de l'œuvre de codification en matière de traités¹⁰⁷. Dans le cadre limité de cette contribution, nous examinerons d'abord ce qui a délibérément été écarté du champ d'application des trois conventions (I), ensuite ce que la doctrine présente comme étant d'autres domaines non couverts par l'œuvre de codification (II) et enfin si certaines des questions abordées présentent des « lacunes » (III). A partir de cette analyse nous tirerons quelques conclusions sur la pertinence des choix opérés en dernier ressort par les trois Conférences de Vienne quant à l'opportunité d'inclure ou non certains points particulièrement controversés du droit des traités.

I. — QUESTIONS DÉLIBÉRÉMENT ÉCARTÉES PAR LES TROIS CONVENTIONS

Choissant de régir exclusivement les traités conclus par écrit et entre Etats ou entre Etats et organisations internationales ou entre ces dernières entre elles, les Conventions de Vienne ont écarté de leur champ d'action les accords qui revêtent une forme non écrite et ceux conclus par des sujets autres que les Etats et les organisations internationales (article 3). Dans d'autres matières, les Conventions se sont bornées à affirmer qu'elles ne préjugent d'aucune question qui pourrait se poser à leur égard à propos des traités, à savoir le domaine de la responsabilité internatio-

¹⁰⁶ Professeur adjoint de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève.

¹⁰⁷ Voir à ce propos : M.G. Kohen; « La codification du droit des traités : quelques éléments pour un bilan global », *Revue générale de droit international public*, 2000; t. 104, n° 2 (à paraître).

nale et celui de l'ouverture d'hostilités (article 73 CV 1969, article 39 CV 1978, article 75 CV 1986). Enfin, pour ce qui est de la CV 1986, elle entend exclure de sa portée les conséquences pour les Etats membres de la conclusion d'un traité par une organisation internationale (article 74, paragraphe 3). Nous examinerons à tour de rôle ces différents problèmes.

Les accords non écrits

Personne ne nie à ce stade que des accords puissent être conclus en forme orale ou par le comportement des parties. Si ces accords ont en commun avec les traités conclus par écrit le fait d'exprimer une manifestation de volontés concordantes, il n'en demeure pas moins que les uns et les autres relèvent de dynamiques différentes. Les traités conclus par écrit se caractérisent par leur aspect formel. Leur conclusion suit un procédé, quelle que soit en définitive la forme employée. Le trait fondamental des accords oraux et de ceux établis par le biais du comportement des sujets est en revanche l'absence totale de formalisme. Ces accords s'identifient à plusieurs égards aux actes unilatéraux, à la différence près que les actes des uns et des autres concourent à la formation d'un accord. Bien que certaines règles du droit des traités leur soient applicables (en matière de nullité, par exemple), d'autres en revanche restent du ressort exclusif de la forme écrite (conclusion, réserves, interprétation). Pour cette raison, le choix de la Commission du droit international de limiter la codification aux accords conclus par écrit se justifie amplement.

Traités conclus par des sujets autres que les Etats et les organisations internationales

La position inégale des sujets de droit international autres que les Etats par rapport à ceux-ci a entravé durablement l'élargissement de la codification aux traités conclus avec ces autres sujets. Rien n'empêche cependant que des sujets inégaux quant à l'étendue de leur personnalité juridique internationale puissent conclure des traités sur un pied d'égalité. Au fond, ce sera cette égalité des parties qui constituera, avec le droit applicable, l'un des traits permettant de distinguer les traités d'autres types d'accords et qui exclut par conséquent de la qualité de traité international les contrats entre Etats et entreprises étrangères.

La pratique récente fournit de nombreuses illustrations d'accords dans lesquels l'une des parties est une entité représentant un peuple qui ne s'est pas encore doté de structures étatiques, ou des rebelles ou encore une partie à un conflit interne. Les accords conclus par l'OLP et Israël et ensuite par l'OLP au nom de l'Autorité palestinienne avec de nombreux Etats et organisations internationales constituent des exemples de la première situation mentionnée. Le règlement d'un certain nombre de conflits internes sous l'égide des Nations Unies, prenant la forme d'accords

auxquels des mouvements rebelles ou partis politiques sont parties (Amérique centrale, Angola) permettent de décrire la seconde situation envisagée. L'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995 (dit « Accords de Dayton/Paris ») révèle pour sa part une situation non prévue par la CV 1969 : celle d'un Etat (la République fédérative de Yougoslavie) qui conclut un accord au nom d'une entité qui fait partie d'un autre Etat (la Republika Srpska)¹⁰⁸. En dehors de ce cas totalement inédit, il y a lieu de se demander à cet égard s'il aurait fallu prévoir pareilles situations dans un texte de codification. Le droit interne connaît en effet la figure du mandat ou de la procuration. De telles institutions renferment en droit international une certaine situation de subordination (cas des protectorats ou autres régimes coloniaux) qui ne s'accommodent pas des développements du droit international contemporain.

La CV 1978, pour sa part, n'a trait qu'aux effets de la succession d'Etats sur les traités. De la sorte, les successions liées aux autres sujets du droit international n'ont pas été englobées dans la tâche de codification. On relèvera ici trois cas de figure : le sort des traités conclus par des organisations internationales qui sont substituées par d'autres, de ceux conclus par des mouvements de libération nationale ou des entités représentant un peuple qui deviennent plus tard les responsables du gouvernement d'un nouvel Etat et des traités conclus par les membres d'un Etat fédéral qui se constituent ultérieurement en Etats indépendants. Pour ce qui est du premier cas susmentionné, la CV 1986 envisage seulement le cas de la dissolution d'une organisation internationale, pour affirmer qu'elle ne préjuge aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité en raison de la terminaison de l'existence de l'organisation internationale¹⁰⁹. La doctrine, pour sa part, penche plutôt pour l'impossibilité de succession en matière de traités, que ce soit pour les Etats qui étaient membres de l'organisation internationale ou pour l'organisation internationale qui succède à celle qui cesse d'exister¹¹⁰. Si la solution retenue quant aux Etats membres paraît correcte, on peut se demander toutefois si la règle générale ne serait que les traités conclus par l'ancienne organisation internationale continuent d'être en vigueur à l'égard de

¹⁰⁸ Pour le texte, voir Nations Unies, Doc. A/50/790 et S/1995/999 du 30 novembre 1995.

¹⁰⁹ Article 74, paragraphe 2, de la CV 1986. La Commission du droit international, dans son commentaire à cet article, explique qu'elle n'a pas souhaité parler de « succession d'organisations internationales » et qu'elle n'a pas cru opportun d'entrer en matière (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1982, vol. II, 2^e partie, p. 71-72).

¹¹⁰ Voir P. Reuter, *Introduction au droit des traités*. 3^e éd. par Ph. Cahier, Paris, P.U.F., 1995, p. 104-105, 108-109 et 137-139 et P.R. Myers, *Succession between International Organizations*. Londres, P. Kegan, 1993, p. 83-84. Plutôt en faveur de la succession : R. Ranjeva, *La succession d'organisations internationales en Afrique*. Paris, Pedone, 1978, p. 205-257.

l'organisation internationale qui lui succède, avec les mêmes exceptions que l'on prévoit en cas de succession d'Etats (incompatibilité de la succession avec l'objet et but du traité, changement radical des conditions d'exécution du traité, traité multilatéral restreint, accord des parties en sens contraire).

En ce qui concerne les accords conclus par les entités reconnues comme les représentants légitimes des peuples non dotés d'un Etat indépendant, aucun inconvénient n'existe pour affirmer comme règle générale la subsistance des droits et obligations résultant de ces accords une fois l'indépendance acquise. La Namibie constitue un cas spécial, les conventions passées par le Conseil des Nations Unies pour la Namibie liant la Namibie, à moins que l'Assemblée nationale en décide autrement¹¹¹.

La troisième hypothèse susmentionnée constitue une séparation d'une partie d'un Etat et devrait être régie par les règles relatives à ce cas de succession. Il s'agirait donc d'un cas particulier tombant sous le coup de l'article 34, paragraphe 1, lettre *b* de la CV 1978¹¹².

Il y a lieu d'ajouter encore d'autres hypothèses de succession, qui se produisent à l'intérieur d'un Etat fédéral et qui ont des répercussions sur le plan international. Il s'agit des cas de séparation et d'unification d'Etats membres d'un Etat fédéral ayant conclu des accords internationaux. Il nous semble que les règles applicables pour les cas de séparation et d'unification d'Etats peuvent s'appliquer par analogie à ces cas de succession interne, à défaut de prescriptions constitutionnelles contraires ou d'accord des parties intéressées¹¹³.

Le projet d'article 5 sur le droit des traités élaboré par la Commission du droit international comprenait un paragraphe 2 qui établissait que « [I]es Etats membres d'une union fédérale peuvent avoir la capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et dans les cas indiqués dans ladite constitution »¹¹⁴. La Conférence

¹¹¹ Article 143 de la Constitution namibienne. Pour un examen de la situation des traités conclus avant, durant et après la fin du mandat sud-africain, voir R. Goy, « L'indépendance de la Namibie ». *Annuaire français de droit international*, 1991, vol. XXXVII, p. 401-404.

¹¹² « Tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard uniquement de la partie du territoire de l'Etat prédécesseur qui est devenue un Etat successeur reste en vigueur à l'égard de cet Etat successeur seul. »

¹¹³ Pour un exemple concret, voir Y. Lejeune, « La succession du nouveau canton du Jura aux traités internationaux du canton de Berne ». *Revue générale de droit international public*, 1978, t. 82, p. 1051-1074. L'auteur penche plutôt pour la non-succession, à l'exception des traités territoriaux, et préconise l'adhésion du nouveau canton aux traités conclus par le canton prédécesseur, afin d'éviter des incertitudes. Ses conclusions sont dues au fait qu'il considère la règle de la table rase applicable dans les situations de démembrement d'Etats.

¹¹⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 208.

de Vienne de 1968-1969 n'a pas retenu ce paragraphe, et celui qui est devenu l'article 6 de la CV 1969 se circonscrit à affirmer d'une manière générale que « [t]out Etat a la capacité de conclure des traités ». Ce sont certains Etats à structure fédérale, tout particulièrement le Canada, qui ont été à l'origine de la remise en cause du paragraphe 2 proposé par la Commission du droit international. L'omission est à regretter car la proposition de la Commission du droit international, équilibrée quant au respect du droit interne, reflète une pratique de plus en plus croissante dans les relations internationales, qui va au-delà même des Etats membres d'une fédération pour comprendre également d'autres entités décentralisées (des régions, par exemple), des Etats organisés sous des formes diverses¹¹⁵. La coopération transfrontalière dans des domaines divers et les échanges culturels ou autres ont produit dans ce domaine une multiplication d'accords entre Etats et entités membres d'un autre Etat ou entre deux entités appartenant à des Etats différents, qui nécessairement sont régis par le droit des traités. La reconnaissance de cette réalité n'implique cependant pas l'attribution aux composantes de l'Etat d'une personnalité juridique internationale quelconque. Pour cela, il restera à savoir qui engagera sa responsabilité internationale en cas de non-respect des obligations prévues par le traité ou qui pourrait faire valoir les droits de ce traité sur le plan international.

Questions touchant la responsabilité internationale

Lorsque la CV 1969 a été adoptée, l'idée généralement admise était que les règles relatives à la responsabilité internationale avaient essentiellement trait aux conséquences des actes illicites internationaux, tout particulièrement aux différentes modalités de réparation. C'est dans ce sens que l'on doit interpréter l'affirmation de son article 73 selon laquelle la Convention « ne préjuge aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité (...) en raison de la responsabilité internationale d'un Etat ». En d'autres termes, les nouvelles obligations qui naissent de la violation d'une obligation conventionnelle ne seront pas régies par les CV, mais par les règles relatives à la responsabilité. Cela explique que les CV 1969 et 1986 aient inclus la violation substantielle d'un traité et la force majeure comme causes d'extinction ou de suspension des traités. En effet, il

¹¹⁵ Les constitutions de certains Etats fédéraux reconnaissent explicitement et délimitent la capacité des Etats membres de conclure des traités [cf. par exemple l'article 32, paragraphe 3, de la loi fondamentale allemande, l'art. 124 de la Constitution argentine de 1994, l'art. 9 de la Constitution fédérale suisse, les articles 127 (par. 3), 128 et 130 (par. 4) de la Constitution belge de 1994, qui octroie sans doute les compétences les plus larges aux entités composantes d'un Etat fédéral pour conclure des traités]. Il est enfin à relever la capacité des entités composantes de la Bosnie-Herzégovine pour conclure des traités et « entretenir de relations spéciales parallèles avec des Etats voisins ». Article 2, lettres *a* et *d* de la Constitution, annexe IV de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, Paris, 14 décembre 1995.

ne s'agit pas, dans la conception classique de la responsabilité, des questions tombant sous le coup de cette dernière.

Le choix opéré par le Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat d'alors, Roberto Ago, consistant à codifier ce qui serait un troisième élément constitutif du « fait internationalement illicite », les « circonstances excluant l'illicéité » (ou plutôt leur absence), et son interprétation toute particulière de la distinction entre règles primaires et secondaires sont à la source de l'ombre qu'entoure aujourd'hui les rapports entre droit des traités et droit de la responsabilité.

Il n'a pas lieu d'entrer ici dans ce débat lourd de conséquences pratiques¹¹⁶. Nous devons en revanche nous interroger sur le bien-fondé de l'inclusion des articles 60 et 61 des CV 1969 et 1986 et sur l'interprétation qui semble l'emporter quant aux rapports qu'ils entretiennent avec le droit de la responsabilité, suite à la sentence arbitrale du 30 avril 1990 rendue dans l'affaire entre la France et la Nouvelle-Zélande¹¹⁷ et à l'arrêt du 25 septembre 1997 dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*¹¹⁸.

Dans la logique de leur article 42, paragraphe 2, les CV 1968 et 1986 se devaient d'établir toutes les causes d'extinction et de suspension des traités que l'on peut licitement invoquer en droit international. La règle *inadimplenti non est adimplendum* et la force majeure constituent à

¹¹⁶ La question était au cœur des deux différends soumis au règlement juridictionnel : l'affaire Nouvelle-Zélande/France sur les suites de l'incident du *Rainbow Warrior* [*R.S.A.*, vol. XX, p. 215 (texte français dans *Revue générale de droit international public*, 1990, t. 94, p. 838)] et celle du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* entre la Hongrie et la Slovaquie (*C.I.J. Recueil* 1997, p. 7). En doctrine, cf. D. Bowett, "Treaties and State Responsibility", dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*. Mélanges Michel Virally. Paris, Pedone, 1991, p. 137-145; Troisième Rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, 1^{re} partie, p. 1-37 (en particulier p. 23-26); L.-A. Sicilianos, "The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty". *E.J.I.L./J.E.D.I.*, 1993, vol. 4, p. 341-359; A. Yahi, « La violation d'un traité : l'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale », *Revue belge de droit international*, 1993, vol. XXVI, p. 437-469; P. Weil, « Droit des traités et droit de la responsabilité », dans M. Rama Montaldo (éd.), *Le droit international dans un monde en mutation*. Liber Amicorum en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo, F.C.U., 1994, t. I, p. 523-543; P.-M. Dupuy, « Droit des traités, codification et responsabilité internationale ». *Annuaire français de droit international*, 1997, t. XLIII, pp. 7-30; Ph. Weckel; « Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale à la lumière de l'arrêt du 25 septembre 1997 ». *Revue générale de droit international public*, 1998, t. 102, p. 647-684; D. Reichert-Facilides, "Down the Danube: the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project". *International Comparative Law Quarterly*, 1998, vol. 47, p. 837-854.

¹¹⁷ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 215.

¹¹⁸ Voir notamment le paragraphe 75 de la sentence arbitrale et le paragraphe 47 de l'arrêt, *C.I.J. Recueil* 1997.

coup sûr de telles causes et relèvent par là même du domaine du droit des traités.

Le problème est né lorsqu'on souhaite justifier l'extinction ou la suspension des obligations conventionnelles en vertu des « circonstances excluant l'illicéité ». La règle de l'article 60 et les « contre-mesures » se chevauchent, tout comme l'article 61 et la force majeure du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats. Affirmer que l'on doit d'abord examiner le droit des traités pour savoir si un traité est ou non correctement éteint ou suspendu et ensuite le droit de la responsabilité pour savoir s'il existe une cause d'exonération équivaut à élargir les possibilités d'extinction ou suspension des traités. En effet, les conditions pour l'exercice des contre-mesures ou pour l'invocation de la force majeure sont plus souples dans le « droit de la responsabilité » que dans le droit des traités. Nous ne voyons pas de cohérence dans l'argumentation qui veut qu'on examine les conditions de l'article 60 sur le plan de l'infraction et, si celles-ci ne sont pas réunies, que l'on puisse invoquer ensuite la justification de la suspension d'un traité en riposte à sa violation par l'autre partie à titre de « contre-mesures ». Du point de vue ontologique, l'article 60 et les contre-mesures ne présentent pas de différences substantielles. Il en va de même pour « la force majeure du droit des traités » et la « force majeure du droit de la responsabilité ». D'autres « circonstances excluant l'illicéité », telle que l'Etat de nécessité par exemple, auraient pu être également retenues comme causes de suspension ou extinction des traités. Il n'en fut pas ainsi car dans la logique du droit des traités, le codificateur a privilégié, autant que possible, le maintien du lien conventionnel. De toute évidence, la difficulté apparaît par l'ordre logique d'analyse qui sous-tend la distinction faite par Roberto Ago et accueillie par la Commission du droit international, qui voit dans les causes d'exonération de la responsabilité des règles différentes et non des exceptions contenues dans les règles « primaires » elles-mêmes.

Les effets de l'ouverture des hostilités sur les traités

Cette question délibérément exclue des trois CV exige cependant des réponses du système juridique. L'Institut de droit international, dans sa résolution d'Helsinki de 1985, a défini les effets fondamentaux des hostilités sur les traités¹¹⁹. Ils comprennent deux règles fondamentales en la matière : 1) le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction ou la suspension des traités en vigueur entre les parties; 2) les hostilités rendent applicables les traités qui prévoient expressément leur application en cas de conflit armé. L'article 7 de la résolution de

¹¹⁹ Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session d'Helsinki, 1986, vol. 61-II, p. 278-283. Voir également le rapport complémentaire de Beng Broms et les observations de certains membres dans *ibid.*, 1985, vol. 61-I, p. 1-27.

l'Institut de droit international soulève cependant des critiques. Il établit qu'un Etat qui agit en légitime défense à titre individuel ou collectif peut suspendre l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit. Il ne paraît pas approprié d'introduire de distinctions entre agresseur et victime du point de vue du droit des traités. Les conséquences d'une telle distinction, au demeurant très importantes, se trouvent ailleurs, c'est-à-dire dans le *ius ad* (ou *contra*) *bellum* et dans le domaine de la responsabilité internationale.

A notre avis, c'est encore l'objet et le but du traité qui fournit le critère pour tirer les conséquences de l'ouverture d'hostilités sur les traités. Celle-ci produira la suspension des traités dont l'objet ou but est incompatible avec l'existence d'un conflit armé entre les parties. On trouve un exemple dans un traité d'assistance ou de coopération militaire, ou de vente d'armements.

*Conséquences pour les Etats membres
de la conclusion d'un traité
par une organisation internationale*

Les conséquences pour les Etats membres de la conclusion d'un traité par une organisation internationale ont suscité des controverses. L'article 36, *bis* du projet de la Commission du droit international, qui prévoyait que des obligations et des droits pour les Etats membres naissent des dispositions d'un traité auquel l'organisation est partie¹²⁰, fut rejeté par la Conférence de Vienne de 1986. Le souci de la Commission du droit international visait à définir la situation de ces Etats, qui ne peuvent être considérés ni comme parties au traité ni comme de simples tiers. Cela revient à affirmer que les articles 34 à 37 des CV 1969 et 1986 ne leur sont pas applicables. L'absence de consensus et de pratique uniforme au sein des différentes organisations internationales n'a pas permis de dégager une règle générale applicable en la matière. La CV 1986 se borne ainsi à préciser au paragraphe 3 de l'article 74 qu'elle ne préjuge « aucune question qui pourrait se poser à propos de l'établissement des obligations et des droits des Etats membres d'une organisation internationale au regard d'un traité auquel cette organisation est partie ». Il s'agit d'une solution regrettable car l'article 36, *bis* tel que proposé finalement par la Commission du droit international couvrait les différentes hypothèses dans lesquelles les accords conclus par les organisations internationales pouvaient créer des droits et des obligations envers leurs Etats membres, en partant du consentement exprimé sous des formes et à des moments divers par ceux-ci. L'intransigeance soviétique, d'une part, et la crainte de

¹²⁰ Voir le texte de l'art. 36, *bis* et le commentaire de la Commission du droit international dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1982, vol. II, 2^e partie, p. 44-48.

certaines organisations internationales, d'autre part, ont eu raison de cette proposition de la Commission de droit international qui exprimait le minimum admis par les pratiques souvent différentes d'entités telles que les Communautés européennes ou les organisations internationales « classiques »¹²¹.

II. — QUESTIONS OMISES PAR LES TROIS CONVENTIONS

A la différence de la catégorie précédente, les CV restent muettes sur d'autres questions qui étaient pourtant apparues dans la pratique et la doctrine internationales. Dans certains cas, la Commission de droit international avait proposé d'en inclure certaines. Les Conférences de Vienne en ont cependant décidé autrement. Nous examinerons conjointement la pratique ultérieure, la coutume nouvelle contradictoire et la désuétude comme des éventuelles causes de modification ou extinction des traités non prévues par les CV de 1969 et 1986 et, ensuite, la doctrine des traités « inégaux ».

Modification ou extinction des traités par la pratique subséquente, par l'émergence d'une règle coutumière de contenu opposé ou par désuétude

La Conférence de Vienne de 1968-1969 s'est écartée du projet de la Commission du droit international, qui attribuait à la pratique subséquente valeur interprétative et modificatrice¹²², pour ne retenir que la première. Ce choix judicieux s'explique par la nature même des traités. Il ne s'agit pas d'un simple comportement étatique de plus. Il s'agit d'une source du droit international, ayant des procédés préétablis. La conséquence logique qui s'ensuit est que ce qui a exigé une négociation, la signature, parfois l'approbation parlementaire, la ratification et l'échange des instruments de ratification par des organes dûment autorisés ne saurait être modifié par le simple comportement, fût-il accompli par des fonctionnaires subalternes ou par des agents ayant capacité pour conclure

¹²¹ Voir sur la question P. Reuter, *op. cit.*, (*supra*, note 4), p. 107-108; Ph. Manin, « La Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales ». *Annuaire français de droit international*, 1986, vol. XXXII, p. 469-472; G. E. do Nascimento e Silva, "The 1969 and the 1986 Conventions on the Law of Treaties: A Comparison", dans Y. Dinstein (éd.), *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, p. 484 et 486; R. Huesa Vinaixa, "Algunas consideraciones sobre el Convenio de Viena de 1986 sobre tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales". *Revista Española de Derecho Internacional*, 1989, vol. XLI, p. 63-66; M. Schröder, "Die Kodifikation des Vertragsrechts internationaler Organisationen". *Archiv des Völkerrechts*, 1985, vol. 23, p. 403-408.

¹²² Article 38 du projet. Voir son commentaire dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 257.

des traités¹²³. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice vient de confirmer que le comportement des parties ne met pas fin au traité. L'intérêt de cette prise de position de la Cour est d'autant plus grand que le traité en cause n'était pas régi par la CV 1969¹²⁴. En revanche, le comportement subséquent peut sans problème être analysé comme un des éléments à prendre en considération pour l'interprétation d'un traité. Cela est en effet cohérent avec le choix de l'interprétation textuelle. Ainsi, la pratique ultérieure sera prise en compte en même temps que le contexte du traité lorsqu'elle témoigne d'un accord des parties.

Le projet d'article 68, lettre *c*, adopté provisoirement par la Commission du droit international en 1964, comprenait également un paragraphe déclarant que les traités pouvaient être modifiés par l'apparition ultérieure d'une nouvelle règle de droit coutumier¹²⁵. En réalité, l'émergence d'une règle coutumière contraire au traité n'implique pas non plus la caducité ou la modification automatique de celui-ci : la règle spéciale l'emportera sur la règle générale, qu'elle soit antérieure ou postérieure. En effet, seule l'émergence de nouvelles règles impératives opérera l'extinction des traités en vigueur qui sont en contradiction avec celles-ci, comme le prévoit l'article 64 des CV 1969 et 1986.

L'absence de toute référence dans les CV à la désuétude comme cause d'extinction des traités ne constitue pas non plus une lacune. Le fait qu'un traité ne soit pas appliqué durant un laps de temps considérable n'implique pas nécessairement sa caducité. Les raisons de sa non-application peuvent en effet être multiples, allant d'une simple considération d'opportunité politique circonstancielle, jusqu'à l'absence purement et simplement d'occasions pour l'appliquer. Une toute autre chose est la

¹²³ Parmi les critiques qui se sont élevées au sein de la Conférence, on peut mentionner celles du représentant français, M. de Bresson, qui a relevé trois difficultés majeures : l'une d'ordre constitutionnel, une autre quant à la signification des conditions précises et sévères prévues par la Convention pour l'expression de la volonté des Etats, si on accepte en même temps une modification ultérieure des traités simplement par la pratique. Enfin, le fait que la proposition n'était guère conforme à l'harmonie des relations internationales. Le représentant américain, M. Kearney, a souligné sa préoccupation de voir que des fonctionnaires de rang relativement peu élevé puissent suivre un comportement qui, à l'insu des gouvernements, pourrait ainsi aboutir à une modification du traité. Le représentant uruguayen, M. Alvarez, a mis en relief que toute pratique qui entraînerait la modification d'un traité supposerait nécessairement la non-application, c'est-à-dire la violation des dispositions du traité, ce qui serait en contradiction avec la règle *Pacta sunt servanda* (voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Documents de la Conférence*, F.70.V.5, p. 226-230). Pour un examen de la question allant plutôt dans le sens de la reconnaissance de la pratique subséquente comme moyen de modifier les traités, voir G. Distefano; « La pratique subséquente des Etats parties à un traité ». *Annuaire français de droit international*, 1995, vol. XL, p. 41-71.

¹²⁴ *CJJI Recueil* 1997, arrêt du 25 septembre 1997, par. 100 et 114.

¹²⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 209.

disparition de l'objet du traité, du fait des changements intervenus dans le système juridique ou des réalités auxquelles il devait s'appliquer.

Les traités « inégaux »

Invoqués par certains Etats et une partie de la doctrine comme une autre cause de nullité des traités, les traités dits « inégaux » n'ont pas reçu de consécration conventionnelle. Il ne s'agit pas d'une question laissée ouverte par la codification. Celle-ci n'a tout simplement pas retenu la « lésion », figure juridique existant dans certains droits internes permettant d'attaquer la validité des contrats du fait de l'inégalité des prestations des parties, comme cause de nullité des traités¹²⁶, solution qui entend privilégier autant que possible le maintien du lien conventionnel. Par ailleurs, d'autres causes de nullité ou d'extinction des traités pourraient éventuellement couvrir certaines situations visées par ceux qui invoquent l'existence de traités « inégaux », telles que la contrainte ou le changement fondamental de circonstances, sans entrer dans l'analyse de la proportionnalité des prestations assumées par les parties.

III. — « LACUNES » ÉVENTUELLES DES QUESTIONS TRAITÉES PAR LES CONVENTIONS

A. — *En matière de réserves*

On connaît le débat à propos de l'existence d'un régime spécial en matière de réserves aux traités relatifs à la protection des droits de la personne¹²⁷. On prétend également qu'il existe un traitement différencié en cas de succession d'Etats pour ces mêmes traités¹²⁸. On ne saurait nier certaines particularités propres à ce genre de traités, d'ailleurs déjà mises en exergue par la Cour en 1951¹²⁹. Cela ne veut cependant pas dire que les

¹²⁶ Voir à ce sujet l'étude de L. Caflisch; "Unequal Treaties". *German Yearbook of International Law*, 1992, vol. 35, p. 52-80. Les réserves à la CV 1969 formulées par l'Afghanistan et le Maroc font référence aux traités « inégaux ».

¹²⁷ Voir le deuxième rapport sur les réserves aux traités élaboré par le rapporteur spécial A. Pellet, 13 juin 1996, A/CN.4/477/Add.1, ainsi que le rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session (A/52/10), p. 98-108.

¹²⁸ La question reste ouverte dans l'affaire sur l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. La Bosnie-Herzégovine a invoqué la théorie de la succession automatique aux traités de protection des droits de la personne. Cf. les plaidoiries de M. Erik Suy (Yougoslavie) et de Mme Brigitte Stern (Bosnie-Herzégovine) du 29 avril et du 1^{er} mai 1996 respectivement (CR 96/6, p. 8-18 et CR 96/9, p. 20-41), ainsi que l'arrêt du 13 juillet 1996 relatif à la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête (C.I.J. Recueil 1996, p. 611-612, par. 21-23). En doctrine, voir M. Kamminga, "State Succession in Respect of Human Rights Treaties". *European Journal of International Law/Journal européen de droit international*, 1996, vol. 7, p. 469-484.

¹²⁹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 23-24.

traités ayant un tel contenu soient soumis à un régime particulier en matière de conclusion (y compris la possibilité de formuler des réserves), interprétation, application, extinction et succession. Les partisans d'un régime particulier confondent souvent le contenu des règles et leurs sources. Du moment où certaines règles conventionnelles et coutumières ont un contenu identique, on prétend qu'aucune réserve à la disposition conventionnelle ne serait permise, ou que la dénonciation ou le retrait au traité ne serait pas possible. S'agissant de la règle conventionnelle, tout dépendra en réalité de ce que le traité, ou les règles du droit des traités si celui reste muet, prévoit en matière de réserves et de dénonciation ou retrait. Si la réserve, la dénonciation ou le retrait sont permis, alors l'Etat qui procède de la sorte ne sera pas lié du point de vue conventionnel, même s'il reste soumis aux mêmes obligations du point de vue coutumier¹³⁰. Lorsque les obligations coutumières et conventionnelles sont identiques dans un domaine donné, le complément apporté par les traités est constitué par les régimes institutionnels ou de mise en œuvre, de contrôle et de règlement des différends qu'ils instaurent. La qualité de partie, la possibilité de formuler des réserves et l'extinction du lien conventionnel sont déterminées par le droit des traités et non par la matière considérée. Le rapporteur spécial Alain Pellet a mis en lumière que le système des réserves des CV 1969 et 1986, qui suit l'avis de la Cour internationale de Justice de 1951 (donc celui consacré auparavant par les pays d'Amérique latine), « par sa souplesse et sa flexibilité (...) est adapté aux exigences de l'ensemble des traités, quel que soit leur objet ou leur nature ». En effet, son caractère supplétif et le fait d'être axé autour de la notion de l'objet et but du traité comme critère fondamental pour la détermination de la licéité des réserves justifient cette position¹³¹.

Rien ne justifie non plus l'établissement (prétendument existant ou souhaité) d'un régime spécial de succession pour les traités relatifs aux droits de la personne, car *le contenu des traités ne peut pas modifier ou déterminer les procédés en vertu desquels les Etats y deviennent parties*. Il convient donc de distinguer, ici aussi, le contenu et la source des règles.

¹³⁰ Le prétendu retrait de la République démocratique et populaire de Corée au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, justifié à titre de légitime défense (*sic*), a été considéré à juste titre comme n'étant pas permis par celui-ci, à la lumière des dispositions de l'article 56 de la CV 1969, reflet du droit coutumier. Cf. l'aide-mémoire des Nations Unies concernant la lettre de retrait de la Corée du Nord du 23 septembre 1997. Doc. C.N.1997. TREATIES 10 du 12 novembre 1997.

¹³¹ Deuxième rapport, *loc. cit.* (*supra*, note 90), p. 89. La Commission du droit international a entériné cette prise de position dans ses conclusions préliminaires concernant « les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme » (voir le *Rapport de la Commission du droit international* cité *supra*, note 20, p. 107). Sur la proposition du Rapporteur spécial A. Pellet, la Commission du droit international considère en effet que les compétences des organes de contrôle créés par les traités relatifs aux droits de la personne pour faire des observations sur la licéité des réserves émises par les Etats n'est pas en contradiction avec le système des CV 1969 et 1986 (*ibid.*).

Qui plus est, les tentatives de justification d'un régime spécial de succession automatique pour les conventions relatives aux droits de la personne ignorent que c'est précisément la règle de la succession automatique qui est prévue par la Convention de 1978, à l'exception déjà mentionnée des Etats nouvellement indépendants. Telle serait l'interprétation correcte de la CV 1978, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement.

Ayant déjà signalé l'existence d'un régime unique de réserves, deux problèmes importants restent ouverts. Le premier dépasse en réalité le cadre des réserves, mais dans une certaine manière se confond avec celui-ci. Il s'agit de la question des déclarations interprétatives¹³². L'absence de toute référence à ces déclarations dans les CV a certainement incité certains Etats à déguiser leurs réserves sous la dénomination de « déclarations interprétatives ». L'article 310 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, qui précise clairement ce qu'est une déclaration, en la distinguant nettement des réserves, constitue un bon exemple de ce que l'on aurait souhaité voir incorporé aux CV 1969 et 1986.

Un autre problème insuffisamment résolu par les CV 1969 et 1986 est celui de l'effet juridique de l'objection à la réserve. Un exemple est celui de l'Etat qui formule une objection sans s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'Etat réservataire. De la lecture de l'article 21, paragraphe 3, des CV 1969 et 1986 ne ressort en effet aucune différence entre la situation précédemment décrite et celle de l'Etat qui accepte la réserve, lorsque celle-ci vise à exclure les effets juridiques de certaines dispositions du traité¹³³. Comme on le sait, le débat reste également ouvert quant à la distinction entre l'objection et la validité des réserves¹³⁴. A notre avis, l'objection comporte un choix pour les Etats contractants ou parties autres que l'Etat réservataire, qui n'obéit pas forcément à la validité de la réserve. L'objection n'a pas besoin d'être justifiée : elle peut s'expliquer simplement par la volonté de l'Etat contractant qui établit, moyennant l'objection, l'étendue de son consentement. Au bout de compte, les réserves ne constituent qu'un aspect (un « accident » pourrait-on dire) de la conclusion des traités. Réserves et objections délimitent ainsi la portée de l'accord des volontés. En outre, s'il faut s'attendre que les Etats contractants qui considèrent une réserve comme étant invalide forment une objection, ne serait-ce que sous peine d'être réputés l'avoir acceptée, un organe juridic-

¹³² Voir sur la question le troisième rapport sur les réserves aux traités présenté par Alain Pellet le 19 juin 1998 (A/CN. 4/491).

¹³³ L'article 21, paragraphe 3, affirme que « les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux Etats dans la mesure prévue par la réserve ».

¹³⁴ Cf. le rapport préliminaire sur les réserves aux traités du Rapporteur spécial Alain Pellet, A/CN. 4/470, 30 mai 1995, p. 47-58.

tionnel resterait toujours libre d'apprécier lui-même la validité de celle-ci¹³⁵.

D'autres problèmes prétendument laissés sans réponse en matière de réserves ont pourtant été réglés par le droit de Vienne. L'un est celui des « réserves » aux traités bilatéraux. Le fait que la Conférence de Vienne de 1968-1969 ait modifié le titre originnaire de la section pertinente de la CV 1969, se bornant à l'intituler « réserves » au lieu de « réserves aux traités multilatéraux » est sans effet à cet égard. Les soi-disant « réserves » aux traités bilatéraux constituent en réalité soit une nouvelle proposition de traité, soit une interprétation du traité par l'une des parties ou l'un de ses organes¹³⁶.

Un autre faux problème est celui de réserves aux dispositions codifiant des règles coutumières. Une fois encore, on confond le contenu de la règle et sa source en prétendant qu'aucune réserve n'est permise si elle vise une disposition qui codifie la coutume. Les CV ont retenu avec beaucoup de discernement le critère de l'objet et but du traité pour établir la possibilité d'émettre une réserve, à défaut de dispositions conventionnelles régissant la matière. Si la réserve n'est pas contraire à l'objet et but du traité et dit que la disposition codificatrice d'une règle coutumière, l'Etat réservataire continuera simplement, et seulement, à être lié par la règle coutumière. Il peut être légitime pour un Etat de ne pas vouloir appliquer à cette règle les dispositions conventionnelles en matière de contrôle ou de règlement des différends. Cela relève en effet de son choix souverain. Il n'échappera pas pour autant à l'application à son égard de la règle coutumière.

¹³⁵ Notons en passant que ce problème peut se poser d'une manière analogue à l'égard de certaines causes de nullité ou d'extinction des traités invoquées par l'une des parties.

¹³⁶ Un exemple de cette dernière situation est la résolution commune des partis du Bundestag du 17 mai 1972 relative aux traités dits de l'*Ostpolitik* conclus par l'Allemagne fédérale avec la Pologne et l'Union soviétique [texte dans D. Rauschning (éd.), *Rechtsstellung Deutschlands. Völkerrechtliche Verträge und andere rechtsgestaltende Akte*, 2^e éd., Nördlingen, DTV, 1989, p. 139-1]. Roberto Ago, en tant que président de la Conférence de Vienne, a dit que, quand il faisait ses études de droit, on lui a enseigné que parler de réserves aux traités bilatéraux constituait une contradiction dans les termes (*Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Deuxième session, Vienne 9 avril-22 mai 1969. A/CONF.39/11/Add.1*, p. 39). Voir sur la question : E. De La Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Abaco, 1997, p. 170-172, et les auteurs qui y sont cités. La question a pourtant été mentionnée comme l'une des lacunes des dispositions relatives aux réserves dans les CV 1969 et 1986 (voir le rapport préliminaire du professeur A. Pellet, A/CN.4/470, 30 mai 1995, p. 59, par. 127) et certains Etats souhaitent que la Commission du droit international se penche sur cette question qui théoriquement « n'entraîne pas dans le régime de Vienne » (cf. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session. Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. A/CN.4/483*, 20 janvier 1998, p. 13, par. 93).

B. — *Les effets de la déclaration de nullité, de suspension ou d'extinction d'un traité en l'absence d'accord entre les parties*

Lorsqu'une partie considère un traité comme nul, éteint ou suspendu et se heurte à la contestation de l'autre ou des autres parties, les CV 1969 et 1986 se bornent à établir une procédure de règlement du différend. La codification a en effet laissé sans réponse la question de savoir quels sont les droits et obligations des parties à l'égard du traité, tant que le différend à son égard n'est pas réglé¹³⁷.

C. — *Les déclarations de succession aux traités multilatéraux faites en dehors de la décolonisation*

Comme on sait, la pratique récente en matière de succession d'Etats va dans le sens de la formulation de déclarations de succession dans les cas de démembrement et de dissolution. Autrement dit, ce qui était prévu comme une hypothèse exceptionnelle en faveur des Etats nouvellement indépendants (ceux issus de la décolonisation) s'est généralisé pour les autres cas de succession dans lesquels un nouvel Etat voit le jour. Cette pratique, outre l'incertitude qu'elle comporte pour la détermination des parties aux traités, entraîne d'autres difficultés supplémentaires : est-ce la déclaration qui permet à l'Etat successeur de devenir partie au traité ? Si oui, a-t-elle un effet rétroactif, comme prévu par l'article 17 de la CV 1978 pour les Etats nouvellement indépendants ? A-t-elle un effet déclaratif d'une situation déjà existante ? Il ne s'agit pas, bien évidemment, d'un pur débat doctrinal et la question reste ouverte dans l'affaire de l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine *c.* Yougoslavie). A notre avis, la thèse qui s'adapte au mieux à la solution retenue par l'article 34 de la CV 1978 est celle du pur effet confirmatif de la déclaration de succession¹³⁸.

CONCLUSION

Il ressort de l'analyse précédente que les questions restées véritablement ouvertes après la codification sont bien moindres que celles que la doctrine a l'habitude de mentionner. Nous avons constaté que certaines propositions n'ont pas été retenues car elles ne correspondent ni à l'Etat du droit en la matière considérée ni aux finalités du système du droit des traités, qui sont de faciliter l'établissement des liens conventionnels et favoriser leur maintien.

¹³⁷ Cf. A cet égard, P. Reuter; *op. cit.*, *supra*, note 73, p. 151-153 et 177-178.

¹³⁸ Dans ce sens : V. Mikulka "The Dissolution of Czechoslovakia and the Succession in Respect of Treaties". *Development and International Cooperation*. Ljubljana, 1996, vol. XII, n° 23, p. 45-63, en part. p. 47.

Ainsi, la plupart des questions relatives à la matière ont été couvertes par les trois Conventions. Il serait en outre démesuré de parler de lacunes là où il existe un point non spécifiquement abordé par les Conventions dans un domaine néanmoins traité par celles-ci. Davantage encore s'il s'agit de vues opposées dans la pratique relative à tel aspect ou tel autre de l'œuvre de codification. Dans ce sens, nous serions tentés d'affirmer que dans certains domaines, comme celui de la succession aux traités en cas de séparation ou dissolution, il nous faut regretter que la pratique se soit écartée des dispositions de la CV 1978.

Par leur cohérence et leur flexibilité, le trois CV permettent d'une manière générale de faire face aux problèmes nouveaux qui surgissent dans la pratique. Elles servent également de source d'inspiration pour régler dans leur esprit les rares questions qui n'ont pas été couvertes par l'œuvre de codification.

Presentation by Ms. Lori Fisler Damrosch¹³⁹

It is an honour and a pleasure to present remarks on this controversial topic at a moment when the Commission is preparing to move to the next stage in its consideration of this issue. When I received the invitation a few weeks ago, I was encouraged to elaborate perspectives that might not otherwise be emphasized before the Commission, specifically from the perspective of human rights bodies or from the non-State point of view. I assume that the perspectives of Governments are already fully available to you through their comments on the Preliminary Conclusions, which you adopted last summer, on the basis of the excellent reports prepared by your able Special Rapporteur and President, Mr. Alain Pellet. And you also had the benefit of governmental comments from the Sixth Committee session in autumn 1997 where, I understand, the tenor of the discussion was generally supportive of the Preliminary Conclusions. I, therefore, have the moderately daunting task of endeavouring to bring to your attention alternative points of view, not only differing from those expounded in the several years of work carried out by Mr. Pellet but also differing from the dominant sentiments of Governments, including my own. This task is all the more difficult in view of the fact that my own initial attitude towards questions of treaty law was shaped during a period of government service, which has somewhat been tempered through subsequent experiences in academic and non-governmental circles.

I would like to address three aspects of the topic, three issues from the many surveyed in Mr. Pellet's reports, emphasizing aspects of the Preliminary Conclusions that might warrant further consideration in the deliberations. The three topics are:

- The application of the object and purpose test, derived from general international law, embodied in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,¹⁴⁰ as a standard for determining the acceptability of reservations;
- The competence of the human rights treaty monitoring bodies to evaluate reservations that are alleged to be incompatible with the object and purpose of the treaty;
- The possibilities of severing, or withdrawing, an impermissible reservation or of withdrawing from the treaty as a whole.

Let me begin with the object and purpose test. I think that everyone agrees on the starting point, regardless of the differences on other aspects of the topic, and this starting point is that the object and purpose test, embodied in article 19 of the 1969 Vienna Convention, is sound—that is to

¹³⁹ Professor at Columbia Law School.

¹⁴⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

say, a reservation incompatible with the object and purpose of a treaty is, in principle, impermissible. The differences begin to arise over questions of who is to make the evaluation of the object and purpose: Is it each State for itself at the moment of acceptance of the treaty obligation? Is it other States in formulating their objections? Is it a treaty body? Is it a dispute settlement organ or some other authority? But no one disagrees, in principle, that a reservation incompatible with the object and purpose of a treaty is impermissible, prohibited, unacceptable, inadmissible, invalid or, perhaps, void. Now, the question is can the Commission do more than it already has done in explicating the concept of object and purpose in general—that is, not as regards particular treaties but as a matter of general methodology? I think that this is a very valuable area of inquiry. It would provide guidance to all those who engage in the evaluation of object and purpose and in the compatibility of reservations that are alleged to be inconsistent with the object and purpose. Therefore, I agree with Mr. Pellet, who wrote in his first report that because the concept of object and purpose, as used in the 1969 Vienna Convention, is uncertain, it would be appropriate for the Commission to undertake a study of the very notion of object and purpose. Some headway in this regard was made in Mr. Pellet's second report, where such issues are explored as reservations that are alleged to conflict with *jus cogens* norms, i.e., reservations that are alleged to conflict with peremptory norms of international law or reservations that are alleged to conflict with customary international law norms. You may well wish to return to these issues. I will not elaborate on them here because I have in mind two other points bearing on object and purpose that I would like to stress. These points do not relate to the content of reservations, but rather to certain features of reservations that may bear on how to evaluate the consistency of reservations with the object and purpose of the treaty.

First, I think that it is fundamental that any reservation should be clear and specific enough so that all relevant audiences will understand the content of what is being reserved against. In other words, you could formulate a presumption that an excessively vague or general reservation would be presumptively incompatible with object and purpose. This idea was raised by the Human Rights Committee in its General Comment No. 24, in which that Committee stressed that reservations must be specific and transparent so that all concerned may be clear as to what obligations of human rights compliance have or have not been undertaken. A similar point of view has been expressed by the Committee on the Rights of the Child, as well as other human rights treaty bodies which have criticized reservations that are broad and imprecise. And your work, I think, could profitably elaborate these criteria of precision and of transparency, regardless of your disagreements with the human rights treaty bodies on other aspects of their standards for evaluating compatibility.

Second, I would encourage you to look into reservations that measure the entire scope of obligations in terms of a State's own domestic law. In my view, there should be a presumption of the unacceptability of such reservations. Or at least, a State could have a very heavy burden in justifying such a reservation in terms of compatibility of object and purpose. And again, General Comment No. 24 has expressed this point of view, pointing out that it might be necessary to reserve against some specific obligations, in the light of an overriding element of domestic law, but that it should be impermissible to subordinate the entirety of the international treaty to domestic policy. In my view, this criterion should hold even if a State's domestic law is, in fact, consistent with the treaty at the time of accession.

There would be broad support for such criteria among States. Indeed, one can find broad support for such criteria in such instruments adopted by consensus as the Vienna Declaration and Programme of Action growing out of the World Conference on Human Rights in 1993, in which it was stressed that any reservations to human rights treaties should be formulated as precisely and narrowly as possible.

I now turn to my second topic, perhaps a more sensitive one, and that is the competence of treaty-monitoring bodies to evaluate reservations in terms of their consistency with object and purpose. I chose the term "evaluate" because it is a broad term, broad enough to encompass all the different verbs that you used in your Preliminary Conclusions, as well as many other verbs that could have been used. For example, when I use the word "evaluate", I will be referring not only to the terms that you used in Preliminary Conclusions No. 5, of "commenting upon" and "expressing recommendations concerning reservations", but also to such terms as "monitoring", "considering", "deciding", "assessing", "giving an opinion", "pronouncing upon", "expressing an opinion" and "verifying the permissibility". As a first step, your Preliminary Conclusions have correctly acknowledged that the monitoring bodies are to comment upon and express recommendations concerning reservations in order to carry out the functions assigned to them. This acceptance of the treaty bodies' recommendatory competence is fully consistent with their own terms of reference and should not raise any difficulties.

The controversies arise with the more cautious, circumspect or possibly conservative stance of the following paragraphs of the Preliminary Conclusions, where it is suggested that, perhaps, some new law-making, new treaty clauses or protocols might be needed "if States seek to confer competence on the monitoring body to appreciate or determine the admissibility of a reservation". Similarly, in paragraph 9 of the Preliminary Conclusions, it is mentioned that bodies could be granted competence to that effect in the future. This choice of language conveys an impression of doubt about the current competence of treaty bodies with regard to the evaluation of treaty reservations. The choice of words in the Preliminary

Conclusions, no doubt, reflects great care and possibly compromise between positions that are difficult to reconcile in principle. And, indeed, it is quite possible that this choice of words is more deferential to the treaty bodies than some in the Commission may have preferred. Nonetheless, one may wonder whether the Commission, by venturing views however carefully expressed, tending to cast doubt on the competence of the treaty-monitoring bodies to carry out the functions in question, has, perhaps, assumed the Commission's own competence in a sphere where it does not necessarily enjoy a comparative advantage and where it may not have the benefit of the fullest possible information. In other words, as regards issues relevant to the law of treaties, the Commission has a clear mandate and considerable expertise but, on the issue of institutional competence of other bodies, an entirely different method of analysis would be required. Even assuming that your own terms of reference allowed you to inquire into the scope of authority of other United Nations bodies—and I am not sure that they do, any more than a treaty body could inquire into the International Law Commission's authority or endeavour to circumscribe or constrain the authority of the International Law Commission—the methodology was not made clear in the Preliminary Conclusions. And I would like to stress a point of view that the Preliminary Conclusions may underestimate the valuable functions performed by the treaty bodies.

I would like to start with the proposition that the monitoring bodies are, presumptively, the proper bodies to know what the object and purpose of their particular treaty is; they will be intimately familiar with that treaty, with its relations to the overall corpus of the international human rights law, with practice under that treaty, including the treaty body jurisprudence itself, with other points bearing on the object and purpose of the treaty, as well as with scholarly writings on aspects of human rights law. There is no other body with comparable expertise on the object and purpose of the treaty. When treaty bodies do evaluate reservations for their compatibility with object and purpose, the views of these treaty bodies can have a very great influence in helping to inform and influence the positions of States concerning reservations, and those views can help shape the positions of States in a constructive direction so that the test of compatibility of a reservation with the treaty's object and purpose is more likely to be satisfied, if not immediately, then over time. By this, I mean that public opinion in Member States can be, and often is, receptive to the treaty bodies' views and can, in turn, help to shape the position of Governments so that States are encouraged to come into fuller compliance with international standards. For example, if a reservation has been entered because of a good faith question about how the treaty body might eventually interpret substantive obligations under the treaty, the treaty body is competent to flesh out the content of ambiguous norms and to answer any questions that have been left in doubt, thereby helping to elimi-

nate the gap between the content of the reservation and the content of substantive obligations under the treaty. This dialogue between treaty-body members and State representatives concerning the meaning and scope of a reservation may help narrow the reservation, as where a State representative gives a clarification of the State's intentions in response to the questions and observations of the treaty body. This dialogue can be very important from the point of view of the people in the reserving State who benefit from a narrowing of the reservation.

Finally, a treaty body's views concerning incompatibility of a reservation with the object and purpose may be useful to other States Parties as they seek to engage the reserving State in a dialogue aimed at narrowing or withdrawing the reservation. The position of objecting States or potential objectors can be fortified by the knowledge that the objection is not merely one of policy or politics but, rather, an authoritative objective point of view on the object and purpose of the treaty.

My final topic concerns the possibilities of withdrawing, modifying or severing a reservation, or, perhaps, withdrawing from the treaty in its entirety. According to the Preliminary Conclusions, it would be up to the reserving State to decide what action to take in the event of inadmissibility of a reservation. According to paragraph 10 of the Preliminary Conclusions, such action could consist, for example, of a State either modifying its reservation so as to eliminate the inadmissibility, or withdrawing its reservation, or forgoing becoming a party to the treaty. From the choice of the verb "to forgo", I assume that you meant to include the possibility that the State would decide to withdraw from the treaty entirely. This is the course of action that some representatives of States assume to be inevitable if the reservation in question is a *sine qua non* of the State's consent to be bound as, for example, if the reservation is a condition of parliamentary approval. I do agree with the position implicit in this paragraph that there can be no automatic, all-or-nothing, in-all-circumstances, answers to such questions as whether the State party remains party to the treaty in general or how the scope of its obligations is affected by the inadmissibility of the reservation. But there are two points to be emphasized in this connection.

The first point is that "the State", using that term in quotes, may well take a new decision concerning the scope of its commitment, and the views of the treaty body may well be relevant to reformulating the terms of consent, especially if public opinion is attentive to these views. Thus, I restate the point I had made earlier concerning the very positive impact of the views of treaty bodies on public opinion within a reserving State.

The second and final point concerns the question of withdrawal from the whole treaty as a consequence of invalidity of a reservation. This option has been called into question by the Human Rights Committee in its General Comment No. 26, which was adopted last autumn, in response to a purported withdrawal from the 1966 International Covenant on Civil

and Political Rights,¹⁴¹ on the part of the Democratic People's Republic of Korea. This general comment treats the 1966 Civil and Political Covenant as the kind of treaty which, under the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, is not subject to denunciation or withdrawal. You may wish to address this matter in your ongoing work on the law of treaties, especially in connection with the option of ceasing to be a party to a treaty in lieu of altering an inadmissible reservation.

The impulse underlying the Human Rights Commission's position is consonant with a growing trend toward acceptance of the universality and inalienability of international human rights and their assimilation into the corpus of customary international law. A State may not be able to discard the normative obligations of a treaty reflecting the general international law of human rights, even if that State has second thoughts about its ratification or has come to understand that conditions of its consent are unacceptable. But that is a very different question from the denounceability of a particular institutional framework for implementation of the rights in question. All human institutions are fallible and one way that participants in any institution can register their view of errors is through the exit option. Your ongoing study must clarify that the exit option remains fully available to a State, the original consent of which was subject to a reservation later found to be unacceptable.

¹⁴¹ *Ibid.*, vol. 999, p. 171.

Presentation by Mr. Ian Brownlie¹⁴²

I think the problem we are facing is not one of whether I, or anyone else, agrees with Mr. Marcelo Kohen or Ms. Lori Damrosch. I think the problem is one of balance and of perspective. What I want to do is to try and discuss perspective. The perspective in a way was outlined by Mr. Kohen: What are the tasks remaining in relation to the law of treaties so far as the Commission is concerned? And if I may translate that question into another one: What is codification? In his work in the Commission, during the period from 1956 to 1960, Sir Gerald Fitzmaurice¹⁴³ adopted the mode of the expository code which gives a detailed exposition of practically every thinkable permutation in the law of treaties. It is still a remarkable piece of work which has a sort of Hohfeldian touch about it and is terribly complete. But the Commission, quite rightly, decided that it was not the way forward and what we have, especially in the 1969 Vienna Convention itself, is a very useful piece of work, which is not complete and, of course, does not purport to be complete. I think it is important to remind ourselves that the preambles to all three Vienna Conventions¹⁴⁴ related to treaties preserve the right of States to invoke customary law. The preamble of each one of them says: "Affirming that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present convention". Therefore, the conventions are all modest in that way: they are useful texts; they are not too detailed. It is important to bear in mind the users, even non-lawyers who use the texts that this Commission produces, and also to keep in mind the user when we are offered lists of possible improvements and fill-outs of existing instruments. Now, what are the policy dictates so far as comprehensive coverage is concerned? If we are discussing the 1969 Vienna Convention, is it a policy dictate that we aim for total coverage? In my view, it is unrealistic to expect to have total coverage; it is not necessary in most cases, especially this morning, in the discussion of some other subject matters. I detected a feeling, in the context of State responsibility, for example, that somehow by anticipatory drafting you can actually avoid the awful problems of fact which decision makers always have to face. That, I think, is delusive; you cannot avoid the ultimate problem of weighing facts and applying the law to difficult sets of facts. I do not see why the Commission should try to achieve the impossible. Having

¹⁴² Member of the International Law Commission, 1997-.

¹⁴³ Former member of the International Law Commission, 1955-1960.

¹⁴⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969): United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331; Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties (1978): United Nations Conference on the Succession of States in respect of Treaties, *Official document*, vol. III (*Conference documents*) (United Nations publication, Sales No. F.79.V.10); and Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (1986): document A/CONF.129/15.

said that, of course, there are some omissions which can be pointed out in the context of the 1969 Vienna Convention and I will mention three of them.

The first is the modification of treaties by subsequent conduct of the parties, which appeared in an article in the final draft of the Commission, but was rejected at the Vienna Conference as it was thought that it might be a source of instability. At the same time, in State practice, clearly such modification does take place and, I would think, is in principle acceptable if the subsequent conduct involves the common consent of the parties.

The second gap is the importance of supervening custom as a ground of treaty termination or revision. This is not provided for in the 1969 Vienna Convention. The closest one comes to this is in article 64 where there is the reference to the emergence of a new peremptory norm of general international law. There is a very helpful thesis of Dr. Kontou, prepared at Cambridge, exactly on the relevant State practice and the impact of developments in the law of the sea on prior fisheries agreements, and there are other examples which she adduces.

The two omissions to which I have referred thus far do not require, as far as I am concerned, further attention. The practice of States deals with these problems in a perfectly sensible way. They are omissions which, I think, are completely benign, and I am not for a minute suggesting that the Commission should rush about fixing these omissions.

The third omission is, of course, the question of reservations. In this respect, the Commission has committed itself to further examination of the problems and I think that there is room, in the context of reservations, for further clarification and development of what is already in the 1969 Vienna Convention. I would say this: I think there are limits on what the Commission can do. There are occasional signs, very slight signs, of lack of security from my colleagues in some of their statements. We are in great danger of wanting to be relevant, which is a very dangerous state of mind. If relevance takes the form of handling any hot potato which the Sixth Committee cares to give us, we should think very carefully before accepting some of these propositions.

I think that there is going to be a continuing problem in the monitoring bodies because they vary greatly. They have various institutional frameworks and there will be continuing problems over reservations. I am not sure that the Commission should be set up as the rescuer, because we are bound to fail. If we accept this challenge, we are setting ourselves up for a guaranteed, relative failure. I said there are limits on what the Commission can do, because I do not see how you can readily generalize in relation to the work of the monitoring bodies. In the *Loizidou Case*,¹⁴⁵

¹⁴⁵ *Case of Loizidou v. Turkey* (18 December 1996) to be published in the European Court of Human Rights Reports

the European Court of Human Rights, which is a court and not a monitoring body, had to apply the applicable law, which was the convention but, because there were incidental problems and because a convention itself is governed by general international law, in some respects, the Court had to apply the Convention as part of its applicable law in relation to other aspects of general international law. The Court had to act in this manner, and I do not see how the Commission or any other outside body can lawfully tell the European Court how to deal with the question of reservations. So I think that there are considerable problems in producing general formulae.

Although I listened with interest to what Ms. Damrosch had to say, I did not really agree on what she had said concerning the expertise of the monitoring bodies. She calls them treaty bodies and she says that these bodies are the real experts on the question of the law of treaties and especially on the question of reservations to the particular treaty which they are monitoring. I wonder if this is really true. Of course, they are authoritative within some sphere, but you cannot suddenly say that they alone have a view and the partner States parties have no view. It is the usual problem of balance. One cannot suddenly cut out one set of actors and, in meetings like this, we are all experts; we are all trying to be dreadfully liberal and it is the State actors who end up, paradoxically, under-represented. And then one is in danger of producing something that looks tremendous, that will bring slaps on the back by liberal friends but will simply not get very far forward in the Sixth Committee. Are these bodies experts on the law of treaties? The European Court of Human Rights, which does have a high status, has at the moment, I think, 40 members and, as far as I can tell from its new composition, I think that only about five of these members are experts in public international law. We have to be really careful when we generalize about bodies, even bodies which are courts and not lighter-weight monitoring bodies. Therefore, I do not think that the Commission should go too far in trying to resolve this particular problem by a set of formulae.

Presentation by Mr. Peter C. R. Kabatsi¹⁴⁶

The law of treaties, as codified in the Vienna Conventions of 1969, 1978 and 1986,¹⁴⁷ has, generally speaking, worked well.

The codification exercises which culminated in the adoption of these three Conventions were intense and well prepared. It was the hope that, as a result of the painstaking work that was put into these instruments, few questions, if any, would remain unanswered. For States, this clearly was a welcomed effort. After all, there are always advantages in setting down rules of international law in a treaty. The most obvious of these advantages are:

(a) The clarity and preciseness of the obligations. States know exactly—as much as may ever be possible—what are their obligations and those of other State parties.

(b) Treaties in many cases also provide mechanisms for the settlement of disputes by means of clearer and simplified procedures.

The Vienna instruments, to a very large extent, respond to these concerns. However, even when adopted they do not answer all the questions. Indeed, that much was conceded, as can be seen from the last paragraph of the preamble to the 1969 Vienna Convention which explicitly disclaims completeness for the Convention. It is clearly stated there that rules of general customary international law will remain applicable outside the coverage of codified rules embodied in the conventions.

Ambiguities and lacunae remain. Whether these ambiguities can be resolved and these lacunae filled by resort to rules of customary international law and State practice must remain a debatable question. Some may be, whereas others must remain a matter of contention.

The following are some of the questions to which no adequate answers have been found:

(1) The doctrinal quarrel between the opposability and permissibility schools concerning reservations is not settled. Questions relating to acceptance of reservations, objections and the definition of reservations have found no clear answers within the existing law of treaties, largely because the 1969 Vienna Convention does not adequately address these questions.

(2) Questions still remain as to the distinction between reservations and interpretative declarations.

(3) Are reservations permitted to treaties codifying norms of *jus cogens* or to human rights instruments?

(4) Questions remain when State successions occur.

¹⁴⁶ Member of the International Law Commission, 1992-.

¹⁴⁷ See footnote 144.

(5) Does the law of treaties address the concerns and obligations of newly independent States?

(6) What is the position regarding the emergence of new rules of customary international law?

As time passes and almost 30 years after the Vienna Conference of 1968-1969, more and more questions inevitably surface. For those to which answers are not provided by customary international law or State practice, the answer must be the adoption of new conventions or amendments to the existing ones. The International Law Commission's current work on the topics of reservations to treaties and nationality in relation to succession of States are an effort to answer some of the questions that remain. There are, no doubt, other efforts which are being made elsewhere, for instance, by specialized bodies, such as those concerned with human rights and the environment. These efforts will have to continue.

Presentation by Mr. Bernardo Sepulveda^{148, 149}

I should like to refer to the question of admissibility of reservations and the way that such admissibility of a reservation formulated by a State can be determined. I recall the origin of the proposal enshrined in the 1969 Vienna Convention and I recall what Sir Humphrey Waldock¹⁵⁰ said in his 1965 report, prior to the initial phase of the Vienna Conference in 1968. Sir Humphrey Waldock said that to reach the proposals included in his text the opinion which prevailed in the Commission, with respect to reservations, was that in the case of multilateral general treaties and other treaties entered into by a relatively large number of States, it was advisable to adopt a more flexible procedure, whereby each State would decide independently on acceptance of the reservations, and the State formulating it would be considered a party to the treaty with respect to reservations between the two States. Hence, this element of flexibility is a primary criterion for the establishment of reservations and acceptance of such reservations. However, in 1997, in its Preliminary Conclusions, the Commission begins by confirming the regime established by the Vienna Convention, the antecedent of which is the 1951 advisory opinion of the International Court of Justice on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.¹⁵¹ In its Preliminary Conclusions, the Commission states that the object and purpose criterion of the Vienna regime is the most important of the criteria for assessing the admissibility of a reservation. In its 1997 conclusions, the Commission mentions the two major qualities of the Vienna regime, i.e., its flexibility, which makes it well suited for all treaties, whatever their object and purpose, and the fact that it strikes a satisfactory balance between the objective of maintaining the integrity of the treaty text and the universality of participation.

The first three Preliminary Conclusions reached by the Commission concern acceptance and praise the validity of the Vienna regime, but the following nine conclusions are intended to establish a system of exceptions to the Vienna regime which departs from the intended criteria of compatibility and congruence, since they bridge the unity of the regime in respect to international treaties. Supposedly, the monitoring bodies established under human rights treaties will have competence to make comments and issue recommendations with respect to, *inter alia*, the admissibility of reservations made by States. The consequences of the monitoring bodies' conclusions are not unimportant. The State which initially formulated the reservation may amend its reservation to eliminate

¹⁴⁸ International Law Commission member, 1997-.

¹⁴⁹ Translated from Spanish.

¹⁵⁰ Former member of the International Law Commission, 1961-1972.

¹⁵¹ *I.C.J. Reports 1951*, p. 15.

its inadmissibility, withdraw its reservation or withdraw from the treaty. The opinions of monitoring bodies may be issued even in absence of explicit competence in the constitutional treaty and the Vienna regime could, by granting implicit faculties resulting from broad interpretations, give inadequately defined powers to a monitoring body.

The last Preliminary Conclusion, Conclusion No. 12, implies certain risks that cannot be ignored. It seems to encourage practices of monitoring bodies operating within a regional context. It refers to the trend observed within the European context. Such criteria should not automatically be applied to other regional contexts. There are several systems associated with the admissibility of reservations to multilateral treaties. First of all, there is the Vienna regime, based on the will of States, according to which it is up to States and States alone to proceed to assess permissibility of reservations, their consent being the key factor in respect to treaties and the basis of the principle *pacta sunt servanda*. Second, the regime of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination¹⁵² institutes a collegial system among the Member States to regulate admissibility of reservations which provides, in article 20, that "no reservation shall be accepted which is incompatible with the purpose of the present Convention, nor shall any reservation be permitted which might restrict the functioning of any of the organs established pursuant to the present Convention". It should be considered that a reservation is inadmissible if two thirds of States parties to the convention formulate objections to that reservation. The third regime is the jurisdictional regime, based on the request of an advisory opinion from the International Court of Justice, or settlement of a dispute through the European Court of Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights, for instance. The fourth approach is established within the regional context. The European Commission for Human Rights, for instance, addressed the question of the admissibility of the reservation formulated by a State. It seems advisable to consider the desirability of extending, as part of universal or regional practice, a sole decision by a single regional monitoring body. The fifth regime would be the one proposed by the Commission in its final nine Preliminary Conclusions, a regime which would imply a sizeable change to the conventional regime which was instituted in Vienna based on the advisory opinion of the International Court of Justice, in the context of the 1948 Genocide Convention.¹⁵³

In the context of a heterogeneous community of States, it is necessary to determine which are the best instruments for strengthening the content and scope of international law. In the case of general multilateral

¹⁵² United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, p. 195.

¹⁵³ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: *ibid.*, vol. 78, p. 277.

treaties, it is advisable to recall what was said by the Court in 1951: "Extensive participation in conventions of this type has already given rise to greater flexibility in the international practice concerning multilateral conventions. More general resort to reservations, very great allowance made for tacit assent to reservations, the existence of practices which go so far as to admit that the author of reservations which have been rejected by certain contracting parties, is nevertheless to be regarded as a party to the convention in relation to those contracting parties that have accepted the reservations—all these factors are manifestations of a new need for flexibility in the operations of multilateral conventions."¹⁵⁴

In the light of these and other considerations and in response to the need for caution and prudence which Mr. Ian Brownlie mentioned in his presentation, I think that we should not be unduly hasty with respect to the Preliminary Conclusions established in the 1997 text.

¹⁵⁴ *I.C.J. Reports 1951*, pp. 21-2.

Open-floor discussion

* * *

Débat

Mlle Andrea Bossard. Je suis étudiante à l'Institut universitaire de hautes études internationales, à Genève. J'ai une question concernant la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Est-ce que la Commission ne s'est pas trop concentrée sur la période de la décolonisation en élaborant cette convention ? J'ai l'impression qu'il y a une certaine confusion dans la pratique, à l'heure actuelle, qui résulte, me semble-t-il, de la distinction dans la Convention entre les cas concernant les Etats nouvellement indépendants, pour lesquels les règles sont plus nombreuses et plus détaillées, et les autres cas. Un exemple, qui montre cette confusion, est que les Etats successeurs continuent de faire des notifications de successions aux dépositaires des traités multilatéraux. Un autre exemple est l'insécurité concernant la question des réserves dans le contexte de la succession d'Etats en matière de traités.

Mr. Mochtar Kusuma-Atmadja. Before asking other members of the Commission to reply on this point, I would like to say that, to my knowledge, the situation of newly independent States came later. In fact, the emphasis was not on that but on the situations of Central and Eastern Europe after the end of the cold war. At the insistence of some members, especially from Africa, both north and south of the Sahara, this newly independent State practice was emphasized. At least, that is my recollection.

M. Alain Pellet¹⁵⁵. J'ai quelques remarques, non pas sur ce qui vient d'être dit, ni sur ce qu'a dit M. Marcelo Kohen que j'étais frustré de ne pas entendre davantage, mais sur les exposés de Mme Lori Damrosch et M. Ian Brownlie. Je pense que, en ce qui concerne Mme Lori Damrosch, elle a contracté cette maladie, qui est, à mes yeux, une maladie grave, que j'appelle « le droit-de-l'hommiisme ». C'est une maladie grave parce qu'elle a, pour ceux qui la contractent, une grande vertu : elle leur donne bonne conscience, et ils essayent de donner mauvaise conscience aux autres. Je ne suis pas « droit-de-l'hommiiste » et je n'ai pas mauvaise conscience de ne pas l'être, je m'explique mal cet acharnement des « droit-de-l'hommiistes » de considérer, d'abord, qu'ils sont le centre du monde et qu'ils échappent à toute règle de droit international général et

¹⁵⁵ Membre de la Commission du droit international, 1989-.

de penser que ceci a des vertus. Je crois que, au contraire, ceci est un grave inconvénient et j'aimerais que les gens qui sont spécialistes des droits de l'homme, comme ceux qui sont spécialistes du droit de l'environnement ou du droit humanitaire, se disent que tout cela se fait dans le cadre général du droit international et que le problème est de partir de ce cadre général et de se demander si, compte tenu des règles générales existantes, il convient ou non de les adapter à une matière particulière. Mais, quand on part du principe que, de toute façon, les problèmes de droits de l'homme sont tellement spécifiques que les règles de droit international général ne leur sont pas applicables, à mon avis, on fait fausse route. Donc, je conteste fondamentalement deux points sur ce qu'a dit Mme Damrosch. D'abord, je suis absolument convaincu que la Commission du droit international se trouve dans son rôle lorsqu'elle s'intéresse aux méthodes et aux moyens d'évaluation, et je vais revenir sur ce mot évaluation, de la validité des réserves. Je crois qu'on ne peut pas étudier le sujet des réserves sans se demander qui peut procéder à leur évaluation, comment et sur la base de quels critères ? Je ne vois pas au nom de quoi on nous interdirait de le faire, sauf au nom de cette maladie qui s'appelle le « droit-de-l'hommisme » et, deuxièmement, je conteste aussi le mélémélo et la grande confusion introduite par Mme Damrosch lorsqu'elle parle d'« évaluation », « *to evaluate* »; là dedans elle nous a donné une liste impressionnante de mots qui recouvrent tout et n'importe quoi. Justement, je crois qu'une des vertus des conclusions préliminaires adoptées l'an dernier par la Commission c'est d'avoir évité cela et d'avoir essayé de distinguer divers stades. Fondamentalement, et c'est une incompréhension à laquelle la Commission s'est déjà heurtée à la Sixième Commission à l'automne dernier, la Commission a considéré qu'il y avait deux problèmes différents qu'il fallait distinguer. Le premier était de savoir si les organes des droits de l'homme pouvaient apprécier la validité d'une réserve, et sur cela nous avons été presque unanimes pour dire oui. Ces organes peuvent déterminer si, à leurs yeux, une réserve est ou n'est pas compatible avec l'objet et le but du traité et aussi avec le traité dans son ensemble parce que, à mon avis, le problème ne se pose guère différemment si le traité interdit certaines réserves ou en autorise expressément certaines autres. C'est la première étape. La deuxième étape est de savoir quelles conséquences tirer de cette évaluation, et, là, la Commission, avec d'ailleurs des divergences en son sein, a considéré que les organes des droits de l'homme s'arrogeaient des pouvoirs excessifs en déterminant quelles conséquences les Etats devaient en tirer, en disant que c'est aux Etats et à eux seuls qu'il appartient, conformément au principe du consensualisme en matière de traités, de décider si oui ou non ils veulent rester liés, malgré la constatation de l'invalidité de leur réserve.

En ce qui concerne M. Brownlie, il est atteint, à mes yeux, d'une maladie un peu moins grave mais assez répandue, qui est « le particularisme ». Si je l'ai bien compris, la Commission devrait prendre garde,

lorsqu'elle élabore des règles générales, parce qu'il existe des règles particulières. Là-dessus je dirais à M. Brownlie que, bien sûr, il est tout à fait évident qu'il existe des règles particulières. Bien sûr, la Cour européenne des droits de l'homme doit d'abord mettre en œuvre le traité qui la régit, qui est la Convention européenne des droits de l'homme et maintenant le Protocole n° 11. Mais, si on dit que, sous prétexte qu'il existe des règles particulières, il ne faut pas élaborer des règles générales, on tombe dans un travers grave qui est de dire que tout ce qui est limité, particularisé doit passer avant les règles générales. Je pense que c'est une erreur de perspective. La Commission du droit international doit élaborer des règles générales, ces règles générales ne sont qu'un filet de sécurité qui intervient lorsque des règles particulières n'existent pas. Mais il est évident que dans tous nos projets, et non pas seulement en ce qui concerne les réserves, les règles particulières passent d'abord simplement parce que *specialia generalibus derogant*, parce que les règles particulières l'emportent sur les règles générales. Sur ce point je suis d'accord avec M. Brownlie. Là où je ne suis pas d'accord c'est sur le fait que ceci doit avoir un impact sur le travail de la Commission. La Commission doit continuer son travail qui consiste à élaborer des règles générales qui s'appliqueront en cas d'absence de règles particulières. Je crois simplement qu'il faut avoir bien en tête cette distinction.

Un dernier point sur l'intervention de Mme Damrosch. Elle s'est interrogée sur la possibilité pour un Etat de se retirer du traité et elle a invoqué l'observation générale n° 26 du Comité des droits de l'homme à propos de la Corée. Je suis désolé, ce n'est pas, à mes yeux, une question subjective, c'est une question presque objective. Cela n'a aucun rapport parce que, évidemment, la Corée était liée par sa ratification du Pacte de 1966 et que, lorsqu'un Etat est lié, il ne peut pas se retirer comme ça d'un traité. L'expression du consentement à être lié est, je crois, un piège à volonté, et, lorsqu'on a accepté le piège, il s'est refermé, on ne peut pas se retirer d'un traité. Mais notre problème, lié aux réserves, est tout à fait différent. Il est de savoir si un Etat s'est valablement lié et la réponse, à mon avis, est non, un Etat ne s'est pas valablement lié s'il a fait une réserve qui est, soit incompatible avec le but et l'objet du traité, soit incompatible avec les termes mêmes du traité. Dans ce cas on arrive à cette situation dans laquelle l'Etat ne s'est pas valablement lié, que cela plaise ou non aux « droit-de-l'hommes », que cela plaise ou non aux organes des droits de l'homme. Ce n'est pas du tout le cas de la Corée et je pense que c'est une erreur totale de mélanger ce problème des réserves et le problème de l'Observation générale n° 26, contre laquelle ma hargne est infiniment moins grande que contre l'Observation générale n° 24.

Mr. Hans Corell.¹⁵⁶ This is a very interesting discussion for me, since, as Legal Counsel of the United Nations, I exercise the Secretary-General's functions as depositary. I have a comment on Mr. Marcelo Kohen's observations. He said that the depositary has created a situation which is not all that clear. I can understand this critique. When I took up office in 1994, I was confronted with the situation that led to exercising the Secretary-General's functions as depositary, and I must admit that I was a little surprised because I had in recent memory the discussions among the legal advisers on public international law under the auspices of the Council of Europe. I was Chairman of the Committee at that time and when we were confronted with the situation, particularly the situation with the former Soviet Union, but also with the former Yugoslavia, we took a very pragmatic view. Basically, we thought that multilateral treaties would simply apply because we could not have a lawless State. We distinguished between three cases. The first case, when there is only a treaty and we thought the treaty would apply; the second case, in which there is a treaty, but at the same time a national entity, a body at the national level, entrusted with a function under the treaty. We thought that in this case notification from the new State was needed to indicate which authority, at the new national level, would be in charge of that particular function. Lastly, we identified the third category, namely, treaties which establish an organization to which States parties have to be members. In this case, we thought that the new State would have to apply for membership, which in most cases would be granted. But the way in which the depositary dealt with the situation in the United Nations was slightly different and I think that this has created some of the problems that we have seen emerging at least in one of the regions.

My second set of comments relates to Ms. Lori Damrosch's presentation. She talked first about sweeping reservations, and, of course, I witness these reservations all the time, although the depositary can do very little about them. We circulate them and then we wait to see what States parties do. What I have said in the United Nations Congress on Public International Law, in 1995,¹⁵⁷ is that some of these reservations are held in such general terms that they are actually bringing treaty law into dispute. It is obvious from some reservations that whatever would be discovered at the national level would prevail, whether in the national religion or in the national Constitution. I do not think that this is the right approach to treaty law. Concerning the Republic of Korea, I agree with Mr. Alain Pellet that this is a completely different matter—that case concerned whether a State can withdraw from a treaty, in this particular instance, the

¹⁵⁶ The Legal Counsel of the United Nations.

¹⁵⁷ See *International Law as a Language for International Relations, Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law, New York, 13-17 March 1995*, Kluwer Law International (The Hague) (United Nations publication, Sales No. T.96.V.4).

1966 International Covenant on Civil and Political Rights. As depositary, I took, in this case, the very unusual step to circulate not only the communication from the Member State party but also a legal analysis paper that we had elaborated in the United Nations Office of Legal Affairs. I am hoping that this matter shall find a positive solution. I have had a very low-key dialogue with the Member State in question and I think that we can continue that dialogue.

Lastly, Ms. Damrosch mentioned the human rights treaty bodies. Again, I agree with Mr. Pellet, based on my 11 years' experience as my country's agent before the Human Rights Court in Strasbourg. When an individual brings a matter before these organs, the question of the validity and the scope of the reservation can definitely be part of the case and the organ, be it the Court or the Committee, would have to rule on this question in order to establish whether it has jurisdiction in the case or not.

M. Václav Mikulka¹⁵⁸. Merci, Monsieur le Président. A l'époque de l'adoption des deux Conventions de Vienne sur la succession d'Etats, j'étais encore trop jeune pour être membre de la Commission, mais j'ai, tout de même, participé à la Conférence et j'ai encore en mémoire ce qui s'est passé. J'avais suivi cette question depuis 1972, quand je l'avais choisie comme sujet pour ma thèse de diplôme. Je connais, donc, encore par cœur les formules utilisées dans la première lecture du projet d'articles et les changements opérés par la Commission pour la deuxième lecture. Je dois avouer que, vraiment, à l'époque l'accent a été mis sur le cas de décolonisation parce que tout le monde prévoyait que ce serait le dernier événement de notre époque en matière de grands changements territoriaux. Naturellement, cette présomption s'est révélée complètement fautive. Je ne pense pas que la convention, telle qu'elle a été adoptée à Vienne, ne soit pas équilibrée, bien sûr le nombre d'articles consacrés à la décolonisation est plus grand, mais cela est dicté par la nature de la règle qui a été adoptée. La règle de la table rase, à certains égards modifiée, a forcé la Commission et ensuite la Conférence diplomatique à distinguer entre le régime des traités multilatéraux et des traités bilatéraux. L'application de la règle de la table rase a rendu nécessaire que la question des réserves soit réglée aussi, parce qu'une fois la notification de succession exigée — mais une notification de succession qui pratiquement correspondait à ce que l'on connaît comme l'accession à une convention multilatérale — il a fallu régler aussi la question des réserves, des objections et tout le reste. Pour les cas d'unification ou de séparation d'une partie du territoire la situation était différente, car, une fois la règle de continuité approuvée, adoptée, quel aurait été le motif pour la réglementation des questions de réserves ? Si on présume qu'il y a une continuité

¹⁵⁸ Ancien membre de la Commission du droit international, 1992-1998; directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques des Nations Unies, 1999-.

des relations conventionnelles, alors les relations doivent continuer telles qu'elles ont été formulées par l'Etat prédécesseur. Cela veut dire que, s'il y avait déjà des réserves, le rapport continue inchangé y compris sur la réserve. Naturellement, l'Etat successeur a toujours le droit de retirer cette réserve, mais il n'y avait aucun motif de le réglementer dans la Convention sur la succession parce que la Convention de Vienne de 1969 s'applique déjà à cet aspect. Les seuls ajouts qui ont été faits, si ma mémoire ne me trompe pas, à la Conférence de Vienne, sur une proposition de la délégation hellénique, ont été les articles 32, 33, 36 et 37 qui règlent les questions de participation à des traités qui n'étaient pas en vigueur à la date de succession et la participation à des traités signés par l'Etat prédécesseur sous réserve de ratification. On s'est basé sur l'exemple de règles que la Commission a formulées pour les Etats nouvellement indépendants et on a trouvé utile de transposer cela au contexte d'unification et de séparation. La séparation couvre deux situations complètement différentes, c'est-à-dire la dissolution où l'Etat prédécesseur disparaît et le cas de sécession d'une partie ou de plusieurs parties du territoire. Le second cas était assimilé originellement par la Commission à la situation des Etats nouvellement indépendants, et ce sont les Etats qui, après la première lecture, ont demandé à la Commission d'assimiler ce régime au régime de dissolution. Si aujourd'hui il y a des critiques au sujet des cas des Etats nés par séparation, comme dans le cas de désintégration de l'Union soviétique, que la règle de continuité n'est pas suivie, alors c'est précisément que dans cette partie l'article 34 ne reflète pas la codification de règles coutumières mais représente, plutôt, le développement progressif du droit international, consacré par la Conférence de Vienne mais pas nécessairement encore devenu règle coutumière internationale. Compte tenu de l'heure très tardive je m'arrêterai là, sur ce sujet.

M. José Miago. Je représente ici le Conseil de l'Europe; je suis le chef de la Division du droit public international et comme vous le savez peut-être le Conseil de l'Europe s'occupe aussi des problèmes du droit international au sein du Comité du droit international public, qui regroupe 40 Etats membres et certains observateurs de différents pays étrangers et des organismes internationaux. Je serai très bref, j'ai pris la parole juste pour informer les honorables membres de la Commission ainsi que l'audience présente ici sur les activités du Conseil de l'Europe concernant les réserves et la succession d'Etats. L'année dernière, nous avons pris la décision de créer un groupe de travail qui s'occupe des problèmes de réserves aux traités internationaux, en particulier ceux qui relèvent du ressort du Conseil de l'Europe. Evidemment, ce groupe de travail, qui n'a tenu qu'une réunion au mois de mars dernier, tient compte des activités de la Commission du droit international des Nations Unies, et le rapport fait par M. Alain Pellet au cours de cette réunion au mois de mars en témoignage. La prochaine réunion de ce groupe de travail aura lieu au mois de

septembre et son mandat est prolongé jusqu'à la fin de cette année. Je ne veux pas anticiper les résultats de ce groupe de travail, mais je vous appelle à tenir compte de ses activités.

En deuxième lieu, je voudrais évoquer la pratique des Etats dans le domaine de la succession. Selon la décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, nous sommes chargés d'élaborer un projet pilote sur la succession, qui portera sur la pratique européenne de 1989 à 1993. Il s'agit, principalement de l'ex-Union soviétique et l'ex-Yougoslavie. Le projet pilote est en cours, nous espérons aboutir à la fin de cette année ou peut être l'année prochaine. Ce projet sera aussi la contribution du Conseil de l'Europe à la décennie des Nations Unies du droit international public.

M. Ahmed Mahiou¹⁵⁹. Merci, Monsieur le Président. Vous m'aviez interpellé et je n'ai pas osé intervenir mais, après l'intervention de M. Václav Mikulka qui connaît la question de succession mieux que moi, je voudrais ajouter une remarque. C'est vrai que les deux Conventions sur la succession portent l'empreinte de l'époque à laquelle elles ont été élaborées, à savoir la période de la décolonisation, et l'on peut donc se demander si les règles énoncées à cette période n'étaient pas trop conjoncturelles, et si elles allaient s'appliquer à l'avenir. Il était difficile de répondre. On pouvait se dire peut-être que la phase de la décolonisation étant passée, que pour l'avenir on n'était pas sûr de l'application de ces règles. Et puis, dans les années 90, il y a eu l'éclatement d'un certain nombre d'Etats comme la Yougoslavie mais surtout l'Union soviétique qui a entraîné, effectivement, l'interrogation suivante : est-ce que les règles posées par les Conventions ont été respectées dans cette succession d'Etats ? Une douzaine d'Etats nouveaux sont nés de l'éclatement de l'URSS. Je ne suis pas un spécialiste de la succession d'Etats, je n'ai pas suivi particulièrement l'évolution des problèmes, mais j'ai constaté que, dans un cas, un Etat a invoqué implicitement la règle de la table rase en matière de succession de traités, c'est l'Arménie, et pour les autres Etats les conduites ont été beaucoup plus complexes, s'attachant parfois au principe de la table rase et dans d'autres cas, au contraire, à la règle de la continuité. Il existe des études, actuellement, sur la position des Etats vis-à-vis de la succession en matière de traités et dans d'autres domaines. Il serait intéressant d'en voir les résultats mais je crois que les règles posées à Vienne, tout en portant cette empreinte de la décolonisation, montrent qu'elle peuvent aussi s'appliquer à d'autres situations.

¹⁵⁹ Professeur de droit, ancien doyen de la Faculté de droit d'Alger, ancien membre de la Commission du droit international, 1982-1996.

V

FUTURE TOPICS AND PROBLEMS OF THE INTERNATIONAL LEGISLATIVE PROCESS

*

LES SUJETS À VENIR ET LES PROBLÈMES DU PROCESSUS LÉGISLATIF INTERNATIONAL

**Introduction par l'animateur,
M. Guillaume Pambou-Tchivounda¹⁶⁰**

Monsieur le Président, Messieurs les conseillers, Mesdames et Messieurs, cette cinquième session s'articulera autour d'une thématique relative aux sujets à venir et aux problèmes du processus législatif international. A ce stade, deux évidences peuvent être rappelées.

La première évidence peut s'énoncer en deux temps. Je dirais d'abord, de façon péremptoire, les sujets à venir permettront-ils d'identifier des problèmes d'un type nouveau relatifs à leur réglementation par le droit international ? Dans un deuxième temps, les sujets à venir confirmeront-ils l'identité de problématiques posées par leur réglementation au niveau international ? Voilà les deux temps qui me paraissent figurer au registre du paradoxe, mais je voudrais faire également ici le rappel d'une autre évidence qu'il y aurait lieu d'inscrire sur le mode du registre opérationnel. Est-ce que l'identification d'un sujet à venir relève directement de l'Assemblée générale ou plutôt de la Commission du droit international elle-même ? Est-ce que la qualité de sujet à venir constitue un critère de son inscription au programme de travail de la Commission du droit international ? Enfin, est-ce que la qualité de sujet à venir prédétermine ou prédestine son traitement de codification ou de développement progressif ? Il y a peut-être là des points d'interrogation dont l'éclairage pourrait être donné par MM. Yves Daudet et Vaughan Lowe.

M. Daudet est actuellement professeur à Paris I, vice-président de l'Université Paris I. Il fut pendant longtemps une des chevilles ouvrières de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, dans le midi de la France et la cheville ouvrière de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence. Il a fait une thèse que les francophones, je dirais la communauté internatio-

¹⁶⁰ Membre de la Commission du droit international, 1992-.

nale ou la communauté universitaire internationale connaît puisqu'elle a porté sur les conférences de codification. A Aix-en-Provence, M. Daudet a coordonné plusieurs ouvrages, résultant des colloques organisés à Aix et touchant précisément à l'action des Nations Unies. Ces ouvrages sont publiés par les éditions Pedone et portent sur l'Organisation des Nations Unies et l'Afrique, l'Organisation des Nations Unies et les problèmes humanitaires, l'Organisation des Nations Unies et l'ex-Yougoslavie, l'Organisation des Nations Unies et Haïti. Enfin, M. Daudet s'intéresse actuellement aux problèmes du droit international et au rôle de l'Organisation des Nations Unies en pleine mutation.

M. Vaughan Lowe est membre du barreau anglais. Il est lecteur en droit international à l'Université de Cambridge, l'une des places fortes, j'allais dire, de la science en général et du droit international en particulier.

Ils vont donc nous entretenir aujourd'hui de la question de savoir si les sujets à venir se situent dans le droit fil des préoccupations de la Commission du droit international. M. Daudet, je vous donne la parole.

Sujets futurs et problèmes du processus législatif international

Lors de sa session de 1997, la Sixième Commission a rendu un hommage appuyé à la Commission du droit international en considérant qu'elle avait su rétablir le dialogue avec les Etats, sans lequel il n'est pas de résultat fécond de la codification et du développement progressif du droit international¹⁶². Il a été observé que la Commission semblait avoir retrouvé un regain de vitalité et du même coup une confiance parfois émue, voire perdue, des gouvernements. Certes, une partie de l'explication tient au fait que des projets depuis longtemps en discussion sont arrivés à leur terme ou ont franchi des étapes marquées. Cet aspect de bilan ne sera pas évoqué ici puisqu'il s'agit de s'interroger sur les sujets futurs. Et précisément, ce regain de vitalité de la Commission et cette confiance reconquise soulignées par la Sixième Commission tiennent aussi à la manière dont elle envisage son avenir. Une initiative telle que celle qui a été prise à sa 49^e session en 1997 d'établir un calendrier prévisionnel très détaillé des travaux pour le temps restant de son quinquennat¹⁶³ est à cet égard excellente pour au moins deux raisons. D'une part, et surtout, ce calendrier permet aux gouvernements d'avoir une vision précise de la progression escomptée du travail de codification et donc de mieux en percevoir l'utilité et l'efficacité. Il faut bien reconnaître que, dans ces dernières années, la situation n'était à cet égard pas très claire, on pouvait éprouver le sentiment d'un certain piétinement dans les activités de la Commission. Cet aspect de la question ne sera pas davantage examiné ici car il touche aux sujets en cours (qui continueront simplement à être examinés dans l'avenir) et non les sujets véritablement « futurs ».

Sur les sujets futurs, d'importantes analyses ont déjà été conduites à diverses reprises par la Commission elle-même. Pour s'en tenir à la période récente, en 1993, un schéma sur divers sujets de droit international a été établi¹⁶⁴. Ce document n'est pas une simple liste; il s'agit de réflexions portant sur une douzaine de sujets et émanant de membres de la Commission qui ont ainsi présenté sur chacun d'eux de véritables « pré-rapports » de grand intérêt au terme desquels une vision plus claire des possibilités ou des obstacles à leur codification a pu être dégagée. Certains de ces sujets sont d'ailleurs désormais à l'examen : la nationalité en relation avec la succession d'Etats et les réserves aux traités en font

¹⁶¹ Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

¹⁶² Document A/CN.4/483, par. 155, 159.

¹⁶³ *Documents officiels de l'Assemblée générale cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10)* par. 220, p. 127.

¹⁶⁴ Document A/CN.4/454 du 9 novembre 1993.

partie. On signalera aussi la liste très détaillée des 13 grands thèmes du programme de travail à long terme figurant dans le rapport de 1996¹⁶⁵. A la dernière session, le groupe de travail du groupe de planification a remis un rapport¹⁶⁶ définissant un certain nombre de critères de choix de sujets qui sera arrêté à la présente session de la Commission. D'autres listes encore circulent ou ont été présentées, soit par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, soit à certaines occasions comme par exemple le Colloque de New York en octobre 1997, et on peut donc se contenter d'y renvoyer.

En effet, il est certainement utile d'examiner l'opportunité d'ajouter aux listes existantes tel ou tel sujet qu'il est naturellement toujours possible de découvrir dans tel ou tel domaine que le jeu de l'actualité met en relief. On pourrait alors songer à des sujets aussi différents que les relations entre les opérations de maintien de la paix et l'exercice de la justice pénale internationale, les accidents automobiles dont les diplomates sont les auteurs, la corruption et bien d'autres questions encore susceptibles de figurer dans une liste qu'il est loisible à chacun de compléter.

Une autre démarche, à laquelle on se tiendra ici, consiste à s'interroger moins sur le choix de tel ou tel sujet à codifier que sur les types de sujets et d'activités susceptibles de retenir l'attention de la Commission du droit international ou de lui être confiés.

Il a souvent été dit que l'« âge d'or » de la Commission fut le temps des « grandes codifications » aboutissant à des conventions portant sur de « grands sujets » : le droit de la mer, le droit des traités et les relations diplomatiques et consulaires, largement ratifiées et combinant heureusement les aspects de codification et de développement progressif du droit international. Ces grands sujets ont été traités et ce filon est aujourd'hui épuisé.

Mais naturellement le monde change et de nouveaux grands sujets sont susceptibles de surgir, tandis que d'autres peuvent revenir à l'étude. Ce fut le cas du droit de la mer, même si la question a échappé à la Commission du droit international. A certains égards, les réserves aux traités aujourd'hui en cours d'examen par la Commission permettent de déceler les lacunes et les imperfections des Conventions de Vienne et le caractère historiquement daté de certaines de leurs dispositions. J'ai personnellement le pressentiment que, au fur et à mesure que ce sujet va être creusé et étudié, surviendront des interrogations plus profondes qu'on ne s'y attendait peut-être au moment de son inscription. Par exemple, s'il n'est sans doute pas question de remettre en cause les critères de non contrariété avec l'objet et le but du traité pour déterminer la validité d'une réserve, il

¹⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 366-372.

¹⁶⁶ Document ILC (XLIX) /WG/LTPW/4.

demeure que les récentes réflexions du Rapporteur spécial sur le sujet des réserves aux traités¹⁶⁷ montrent bien les incertitudes de critère et les interrogations qu'il soulève, alors que pourtant il a été jusqu'à présent utilisé comme un acquis faisant presque figure de dogme. Enfin, nul ne peut dire si des transformations politiques majeures n'obligeront pas à reconsidérer des sujets perçus comme durablement établis.

Pour demeurer dans une perspective assez concrète et maîtrisable, il pourrait être suggéré que la Commission s'engage de manière simultanée dans deux voies, à vrai dire très différentes : l'examen de projets de caractère précis, répondant à des besoins présents des Etats et susceptibles de les satisfaire dans le court terme, d'une part, et, d'autre part, une activité de caractère réflexif et d'effet à long terme. L'une comme l'autre se heurtent à certaines difficultés et présentent des spécificités concernant le processus législatif international qu'elles mettent en œuvre.

A. — L'EXAMEN DE QUESTIONS PRÉCISES RÉPONDANT À DES BESOINS PRÉSENTS

Dans un passé assez récent, de nombreux gouvernements ont manifesté leur scepticisme, voire leur opposition, à l'égard de certains travaux de la Commission. Disons-le franchement : vingt-cinq ans, ou cinquante ans selon le *dies a quo* choisi, pour aboutir à l'adoption en première lecture d'un texte sur la responsabilité des Etats dont certaines dispositions suscitent encore de vives discussions est évidemment beaucoup trop long. Dix ans ou quinze ans passés sur des sujets mineurs conduisent inévitablement à jeter un certain discrédit sur le travail de la Commission.

C'est pourquoi aujourd'hui il est indispensable que la Commission, dans la mesure du possible, aborde des sujets précis et actuels aboutissant à des résultats rapides en sorte qu'elle remplisse ainsi une mission dont les Etats ont besoin. Un ou deux exemples sont à cet égard significatifs. L'avancement remarquable du sujet sur la nationalité en relation avec la succession d'Etats¹⁶⁸ est un élément très positif qui répond aux attentes des Etats. Voilà une question qui se pose aujourd'hui à des gouvernements d'Europe centrale et orientale qui doivent régler un certain nombre de questions dans ce domaine et qui ont donc besoin de guides en ce moment même et pas dans vingt ans. Autre exemple *a contrario* et toujours dans le domaine de la succession d'Etats : les Conventions de 1978 et de 1983, même si elles s'attachent aux divers cas possibles de succession d'Etats, ont été cependant, comme il est naturel, compte tenu de l'époque où elles ont été préparées, très marquées par le contexte de la décolonisa-

¹⁶⁷ Document A/CN.4/477 et Add.1.

¹⁶⁸ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10), p. 19-77.

tion. La deuxième n'est toujours pas en vigueur et semble loin de l'être, la première est entrée en vigueur le 6 novembre 1996 alors que la décolonisation est pratiquement achevée et que les cas de succession d'Etats se présentent aujourd'hui dans un contexte différent. Cette entrée en vigueur a été rendue possible par la ratification émanant d'Etats directement concernés par les questions de succession d'Etats, ceux de l'ex-Yougoslavie mais dont, ironie, elle ne régira pas la succession puisqu'il est précisé à l'article 7 que la convention ne s'applique qu'aux cas de succession postérieurs à son entrée en vigueur (sauf intention contraire exprimée par les parties, ce qui a été par exemple décidé en Europe centrale par la Slovaquie).

Ces deux exemples dans un même domaine montrent, par contraste l'un par rapport à l'autre, que les Etats ont besoin que la Commission du droit international fasse une œuvre concrète et rapide sur des sujets précis ou techniques. La rapidité est évidemment souvent une question de méthode. Le fond n'y est pas étranger et on peut dire du caractère technique et précis des règles qu'il est un facteur d'accélération des travaux. Il n'est pas utile d'insister sur cette vérité d'évidence que l'on fait plus vite le tour d'un sujet précis que de celui qui requiert des synthèses complexes. Pour autant, il ne faut pas confondre la Commission avec un conseiller juridique chargé de donner des réponses précises et techniques à des questions au fur et à mesure qu'elles se posent.

Cela signifie seulement que, s'agissant de la sélection des sujets, ceux-ci doivent répondre à l'attente des Etats et la pratique des Etats eux-mêmes doit révéler une maturité du sujet telle qu'il puisse être effectivement codifié dans un délai raisonnable. Cela veut dire encore que la sélection des sujets doit résulter d'une procédure de dialogue entre la Commission et les Etats eux-mêmes, principalement par l'intermédiaire de la Sixième Commission mais aussi par des consultations élargies auprès d'autres acteurs des relations internationales. Ainsi, on observera avec intérêt que, à la dernière session de la Commission, l'idée avait été lancée, à propos de l'examen des réserves aux traités, que les organes de contrôle des droits de l'homme pourraient être consultés et que cette procédure était apparue au Rapporteur spécial « tout à fait dans l'esprit de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 17 et de l'article 25 du statut de la Commission¹⁶⁹ ». Il paraît en effet important, si l'on veut que les positions adoptées par la Commission du droit international soient dotées d'efficacité, qu'elles reflètent les vues des Etats au premier chef, et cela n'est pas nouveau, mais aussi les vues des autres acteurs de la vie internationale qui ont pris aujourd'hui une place importante et parfois décisive dans les relations internationales. En d'autres termes, peut-on codifier telle branche du droit international sans avoir des consultations avec telle

¹⁶⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10) par. 147, p. 105.

organisation internationale, telle organisation non gouvernementale, voire même sans s'entretenir avec tels dirigeants du monde des affaires ou de grandes sociétés multinationales ou sans recueillir les réactions de certains acteurs sociaux ? Le monde change et, si les Etats et les organisations internationales restent les seuls sujets de droit international, ils sont loin d'être les seuls acteurs des relations internationales. Les réalités de la vie internationale qu'aucune codification ne saurait négliger passent donc aussi par ces aspects.

Pour autant, la Commission est-elle en mesure de prendre en charge tous les sujets, même techniques ? Certainement pas ni pratiquement ni politiquement. Pratiquement, certains sujets requièrent des connaissances scientifiques ou techniques qui font défaut à la Commission. Il a été dit que le droit de la mer de Montego Bay comportait des aspects techniques et politiques que la Commission ne pouvait assumer. On peut d'ailleurs très certainement discuter ce point de vue, au moins s'agissant des aspects politiques, ne serait-ce qu'en raison du fait que la Commission n'a jamais prétendu proposer des textes définitifs. Ce sont des projets qui constituent la base de travail des négociateurs à la Conférence auxquels il appartient de passer les compromis politiques convenables en modifiant le texte de la Commission autant que de besoin. S'agissant des aspects techniques et à supposer que la Commission rencontre de réelles difficultés sur ce point, qu'à cela ne tienne, dira-t-on, que l'on fasse appel à des experts qui viendront l'éclairer ! Cela n'est pas à rejeter a priori et on peut en effet imaginer que la Commission ait recours à cette procédure. Celle-ci rencontrera cependant très rapidement ses limites qui seront tout simplement des limites budgétaires et des limites de temps. Les moyens financiers feront évidemment défaut pour inviter les experts, généralement fort coûteux, autant qu'il le faudrait, et par ailleurs on voit mal comment pratiquement dans les 10 semaines de réunions de la Commission on pourrait encore loger les auditions d'experts et le dialogue avec eux. Et il est vrai qu'en toute hypothèse la Commission dispose de peu de temps et qu'il faut donc savoir limiter les ambitions de son programme de travail. Il reste qu'on ne devrait pas considérer ces obstacles comme totalement insurmontables et peut-être toutes les voies n'ont-elles pas été explorées dans ce domaine, même si leur efficacité est a priori assez douteuse.

Politiquement, par ailleurs, il sera dans certains cas difficile à la Commission d'intervenir dans des domaines qui sont confiés à d'autres organes, qu'il s'agisse de ceux de la famille des Nations Unies ou d'institutions de caractère interétatique. Les Etats eux-mêmes peuvent souhaiter que certaines questions soient traitées dans des enceintes ad hoc.

Ainsi, la Commission ne peut-elle complètement éviter la concurrence et il est certainement souhaitable que certains sujets soient examinés par des organes ad hoc si leur compétence est justifiée, si la matière s'y prête et si, à l'évidence, la Commission du droit international n'est

pas outillée pour les examiner. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que la Commission est un organe d'étude du droit international général et non pas de toutes ses branches particulières qui se développent de manière anarchique et dans lesquelles elle n'a ni les compétences ni la vocation à s'engager. Elle doit au contraire conserver la vision d'ensemble du droit international, y compris et surtout à travers les sujets pointus qu'elle ne doit pas refuser d'examiner en les inscrivant dans l'harmonie d'ensemble du droit international général. Ainsi les conditions de cette concurrence seront-elles précisées, comme on l'a dit, car il est clair que la Commission a ici un rôle à jouer si on veut éviter que, à l'issue d'une concurrence « sauvage » entre divers organes procédant, chacun de son côté, à des codifications, le droit international se trouve éparpillé et son unité affectée. C'est pourquoi la Commission du droit international doit aussi et en même temps (cette simultanéité est essentielle) conserver une vue d'ensemble du droit international et conduire une activité de réflexion sur celui-ci.

B. — UNE RÉFLEXION D'ENSEMBLE ET D'EFFET À LONG TERME

Le risque existe qu'à ne s'occuper que de sujets précis, voire techniques, on perde de vue les grands axes et l'ossature fondamentale de grands principes du droit international qui doivent assurer la solidité de l'édifice d'ensemble et qu'on se trouve en présence d'un droit international devenant, à force de spécialisation ou de régionalisation, morcelé ou émietté. C'est là un danger souvent évoqué à propos de la justice internationale et de la multiplication des juridictions spécialisées mettant en péril l'unité du droit international. Un risque comparable existe en matière d'élaboration de la codification et la Commission du droit international devrait pouvoir jouer un rôle en vue de réduire ce risque.

Mais, pas plus qu'il ne s'agissait il y a un instant de limiter son rôle à celui d'un conseiller juridique, il ne s'agit maintenant de l'ériger en gardien du droit international, fonction qu'elle ne peut ni ne doit assumer.

En revanche, il est possible d'envisager pour la Commission une activité de réflexion d'ensemble sur le droit international, ses tendances, sa place et son rôle dans une société en évolution. Or, seul un organe comme la Commission, dont la composition reflète les principaux systèmes juridiques et les grandes formes de civilisation et dont les membres sont compétents en matière de droit international, a la capacité d'avoir une vue globale et assez distanciée du droit international. A cela on objectera sans doute que cette mission incombe davantage à l'Institut de droit international ou à des sociétés savantes d'étude et de réflexion sur le droit international. Leur autorité scientifique est en effet incontestable mais elles n'ont pas la légitimité de la Commission du droit international ni, surtout, la même relation avec les Etats, gage du succès et de l'efficacité d'une réflexion tendant à dégager les tendances évolutives du droit international.

Cette activité pourrait prendre la forme d'un examen systématique des grands principes du droit international à la lumière des changements actuels. On répète inlassablement que la société internationale a profondément changé, que la mondialisation (ou la globalisation) bouleverse les comportements et habitudes, ce qui est vrai. Il est alors certainement nécessaire de faire une relecture du droit international à la lumière de ces transformations (un peu au sens où l'infortuné droit du développement pouvait se comprendre comme une relecture du droit international à la lumière des besoins des pays en développement).

Une telle relecture est en réalité du *restatement*, au sens où les Etats-Unis le pratiquent régulièrement, auquel la Commission devrait être invitée à procéder afin de dégager les tendances nouvelles du droit international. Il convient néanmoins de s'interroger sur le point de savoir si la Commission peut utilement se lancer dans une entreprise aussi vaste avant que les Etats eux-mêmes s'y soient engagés et que l'exemple des Etats-Unis ait été suivi par un nombre significatif d'Etats appartenant aux différents systèmes juridiques et aux principales formes de civilisations, faute de quoi l'exercice de la Commission risque d'être très théorique et abstrait.

Naturellement, à la différence des sujets plus précis ou pointus dont l'examen peut être rapidement terminé, il s'agirait ici d'un travail de très longue haleine dont il faut admettre que, paradoxalement, il serait destiné à ne jamais véritablement finir. Le but de l'exercice ainsi conçu serait moins d'arriver à un texte dont le statut resterait à déterminer qu'à une réflexion permanente sur l'état du droit international, ses évolutions et ses transformations. La Commission aurait ainsi une fonction d'observation des grandes tendances du droit international, la conduisant par exemple à élaborer des textes qui pourraient être des sortes de recommandations susceptibles d'orienter les comportements des Etats.

Il semble en tout cas que le *restatement* constitue une perspective plus envisageable aujourd'hui qu'elle ne l'a été dans les périodes précédentes. En effet, pendant longtemps, la « voie royale » de la codification a été la convention signée et ratifiée, les autres formes (modèles de règles par exemple) étant signées d'échecs. L'exemple de la procédure arbitrale est révélateur. Le projet de Georges Scelle et de la Commission en 1958 était inacceptable par les Etats et le projet a été enterré. Enterrement de première classe il est vrai puisqu'on en a fait un « modèle » de règles « recommandé » aux Etats qui, justement, n'en voulaient pas.

Les vues sont aujourd'hui beaucoup plus nuancées et la Convention n'est plus nécessairement perçue comme une panacée. Peut-être même ne l'est-elle plus assez, si l'on ose dire. Force de souligner les mérites, réels, de la *soft law*, on laisse le balancier aller aux extrêmes en oubliant que la règle de droit positif résulte de la convention et non de la déclaration. Sans doute faut-il se garder des excès qui après le « tout conventionnel » tendent vers le « tout déclaratoire ». L'important est de mettre ici de

la mesure et de profiter de ce que, les voies de la codification étant diversifiées, elles sont susceptibles d'être finalement mieux adaptées aux différents sujets traités par la Commission. La convention conserve ses avantages de règle de droit positif et ses inconvénients et ses insuffisances consécutives notamment aux aléas des ratifications. La situation de la déclaration est inverse. Il faut donc penser à utiliser l'une ou l'autre, peut-être même l'une puis l'autre, une déclaration pouvant précéder la convention en traçant le chemin qui y conduit.

En effet, il convient d'avoir du droit international des visions plus audacieuses et novatrices. Certes, la tendance naturelle est d'en apprécier l'autorité à la mesure de celle du droit interne et de rechercher la règle de droit positif et la contrainte qui ressemble au plus près à la loi. Pourtant, le droit international ne pourrait-il avoir une autre nature et la société internationale ne pourrait-elle être appréciée autrement qu'en comparaison avec la société interne ? Le Rapporteur spécial sur les réserves aux traités lors de la discussion sur la forme à donner à l'instrument a précisé « qu'il n'envisageait pas le droit international comme une succession d'obligations et d'interdictions; des directives, des orientations, pour autant qu'elles fussent bien conçues, pouvaient, selon lui, avoir un effet sur la conduite des Etats. Si, par conséquent, les membres de la Commission se mettaient d'accord, dans le cadre d'un consensus ou d'un quasi consensus, sur des précisions importantes, celles-ci pourraient avoir une grande autorité auprès des Etats¹⁷⁰. »

Lorsque l'étude de la responsabilité des Etats a été lancée, la perspective était de déboucher un jour sur une convention de codification. Pourtant, en 1997, à la Sixième Commission, plusieurs délégations se sont exprimées pour considérer « qu'il fallait demeurer souple quant à la forme que pourrait prendre un futur instrument sur la responsabilité des Etats, comme toutes les règles relatives à la responsabilité des Etats touchaient au fondement même du droit international et devaient donc le consolider. Les règles relatives à la responsabilité des Etats devaient donc être énoncées dans un document exposant l'état du droit international plutôt que sous la forme d'un instrument nécessitant une ratification par les Etats. » De même, en ce qui concerne la nationalité en relation avec la succession d'Etats, de nombreuses délégations se sont prononcées en faveur d'une déclaration, plus souple qu'une convention, pouvant comprendre un plus large éventail de questions et, si elle était adoptée par consensus, avoir plus d'autorité qu'une convention ratifiée par un petit nombre d'Etats.

Ainsi, les procédés sont-ils nombreux et variés, ils s'entrecroisent et se combinent et contribuent grandement à cet égard à faire la richesse

¹⁷⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 123, p. 98.

et l'originalité du droit international. Ils nourrissent aussi la possibilité pour la Commission de jouer dans l'avenir un rôle accru et d'être véritablement un centre de gravité pour l'élaboration du droit international.

Presentation by Mr. Vaughan Lowe¹⁷¹

My contribution to the International Law Commission's fiftieth anniversary Seminar falls into three parts. In the first, I make some brief remarks on the strengths and achievements of the Commission. In the second part, I consider the question of the topics that might be added to the Commission's agenda, to be dealt with in much the same way that the Commission has dealt with topics in the past; and, in the third part, I suggest the possibility of a rather different role, aligned much more closely with the task of the progressive development of international law than with its codification, that the Commission might adopt in the future. My remarks owe a great deal to a series of discussions held by a United Kingdom study group formed at the initiative of Sir Franklin Berman, the Legal Adviser to the United Kingdom Foreign and Commonwealth Office, and organized under the auspices of the British Institute of International and Comparative Law as part of the British celebration of the Commission's fiftieth anniversary. The group considered the question of the Commission's future agenda and produced a report, about to be published, which identified several promising topics.¹⁷² Much of this paper is derived from this report, although responsibility for the views in this paper is mine alone.

A. — STRENGTHS AND ACHIEVEMENTS OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

The International Law Commission has been rightly praised for the contribution that it has made to the development of international law. But from one perspective, its record has been only a partial success. Fifty years ago, Sir Hersch Lauterpacht, in his *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*,¹⁷³ envisaged the Commission completing the codification of public international law in the space of two decades. The International Law Commission has, indeed, completed a good deal of the groundwork for such a comprehensive codification of the elements of international law. Its work led to the adoption of some of the most important legal instruments in modern international law. The 1961 and 1963 Vienna Conventions on Diplomatic Relations¹⁷⁴ and on Consular Relations,¹⁷⁵ the 1958

¹⁷¹ Reader in International Law, University of Cambridge and Fellow of Corpus Christi College, Cambridge; Barrister, Essex Court Chambers, London.

¹⁷² *The Role and Future of the International Law Commission* (British Institute of International and Comparative Law, 1998).

¹⁷³ Document A/CN.4/1/Rev.1 of 10 February 1949.

¹⁷⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95.

¹⁷⁵ *Ibid.*, vol. 596, p. 261.

Geneva Conventions on the Continental Shelf,¹⁷⁶ Territorial Sea¹⁷⁷ and High Seas,¹⁷⁸ and the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties¹⁷⁹ are, without doubt, all fundamental to the structure and content of international law as we understand it today. But when the Commission's contribution is considered more closely, a number of features stand out.

First, all of these Conventions date from the first 25 years of the Commission's existence, having been identified at the beginning of the Commission's life as "fundamental" elements of the international legal order. Second, there was a substantial, if sometimes divergent, body of existing law and practice on each of these topics, which tended to mean that the Commission's work was more concerned with codification than with the progressive development or formulation of new law. Third, each of the topics undertaken by the Commission could be relatively easily defined and circumscribed and was "manageable" in scale. Fourth, it was in the interests of at least a significant part of the international community to secure the rules on each of the topics in an international agreement. Not all topics share these features.

The Commission appears to have avoided topics with a heavy municipal law or private international law content. It also has avoided topics with a heavy political content—both these topics, such as recognition, where States have traditionally maintained a high level of discretion, and those topics, such as trade law, where there are sharp conflicts of interests between States that demand political compromises. The International Law Commission seems to have been influenced, too, by the need to find a satisfactory relationship with other bodies, such as the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), and with other processes for the elaboration of norms, such as the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and multilateral diplomacy in general. It has avoided fields that have effectively been occupied by others. Indeed, sometimes such accommodations have been forced upon the Commission. It was, for example, effectively cut out of the wholesale revision of the 1982 Convention on the Law of the Sea¹⁸⁰ that began only half a dozen years after the entry into force of the first of the 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, whose drafts the Commission had prepared.

There is another factor that appears to have influenced the choice of topics to be addressed by the Commission. This is the tacit assumption that the normal final result of the Commission's work should be a convention. Article 23 of the Commission's statute envisages a variety of

¹⁷⁶ *Ibid.*, vol. 499, p. 311.

¹⁷⁷ *Ibid.*, vol. 516, p. 205.

¹⁷⁸ *Ibid.*, vol. 450, p. 11.

¹⁷⁹ *Ibid.*, vol. 1155, p. 331.

¹⁸⁰ Document A/CONF.62/122 and Corr.1 to 11.

possible forms which the final products of the Commission's work might take, but cases in which the Commission has merely adopted a report or requested the adoption of a resolution are rare.¹⁸¹ This may well have drawn the Commission's attention towards topics on which a convention might eventually be adopted and away from those where a convention appeared at best a remote possibility.

Plainly, Sir Hersch Lauterpacht's vision of comprehensive codification within two decades has not been realized. There is not yet a comprehensive code of international law. The Commission has concentrated on mending some seams, such as diplomatic law, State succession and State responsibility, and it has given little or no attention to other global issues that were identifiable in the 1950s, such as armed conflict, intervention, neutrality and recognition. Moreover, the Commission has not taken the lead in the development of newer, emerging areas of international law, such as environmental law and economic law.

The Commission is more suited to some tasks than to others and its future must lie in playing to its strengths. What, then, is the main strength of the International Law Commission? This plainly lies in the expertise of its members, and not merely their expertise as public international lawyers, but also as a body of lawyers thoroughly grounded in the principles and techniques of all of the major legal systems of the world. The value of the International Law Commission as a repository of expertise in comparative law should not be overlooked. The Commissioners are, moreover, generalists rather than lawyers with a narrow technical expertise in particular areas of the law. Furthermore, they are independent, in the sense that they represent no one and are able to offer a disinterested analysis of legal problems and of the current state of international law. The Commission remains the only international body whose responsibilities are relevant to the task of consolidating and developing the corpus of general international law on a coherent basis—coherent as between subject areas and coherent as between geographical areas. It can maintain a watch over the coherence of the entire international legal system at a time when that system faces the threat of fragmentation, as legal principles and techniques begin to develop divergently in different areas of the world (the distinctive legal order of the European Union is a good example) and in different areas of international life (the handling of questions of treaty law by tribunals in the fields of international economic law and human rights furnish many instances).

Can the Commission's approach to its role continue to be that which it has adopted in the past? I do not think that it can. There are two main reasons why this might be so.

¹⁸¹ See, for example, the Report on ways and means for making the evidence of customary international law more readily available (1950) and the Draft Declaration on the Rights and Duties of States (1951).

The first is that a relatively large part of the foundations of what might be called the “transactional” international legal system (that is to say, the principles that are applicable in the dynamic area of routine day-to-day dealings between States, as opposed to the principles on matters such as territorial title, which are heavily case-specific, and highly politicized matters such as the use of force) has already been addressed by the Commission. Moreover, it must be borne in mind that it is by no means always the case that areas of international life benefit from being made the subject of rules or, if rules are desirable, that these are best established at the international rather than the national or regional level. Those parts of the foundations of international law that remain uncodified may not benefit from codification at all, and, even if codification is thought desirable, a premature attempt to codify them may have a positively deleterious effect, reducing the flexibility available to States in their practice and impeding the development of a satisfactory legal regime through the pragmatic testing processes of customary international law.

There is, it is true, some purpose in revisiting areas already tackled by the International Law Commission—as is being done with treaty reservations—to see if any modification to the existing rules is necessary or desirable. Many areas of international law have been developed by international organizations, such as the International Maritime Organization (IMO) or the World Trade Organization (WTO), which maintain a continuing watch over the application of the instruments that they have sponsored, in order to determine when modifications become necessary. In the absence of a “responsible” international organization, there is no better body than the International Law Commission to perform this role in relation to most of the great conventions based upon Commission drafts.¹⁸² It is, however, hard to see that such reviews could ever satisfactorily become the primary focus of the Commission’s work.

The second reason follows from the latter point. The existence of international organizations with responsibility for particular areas of international law and the informal rolling processes, such as the meetings of States parties to the 1982 Law of the Sea Convention, together with the increasing use of “framework” conventions supplemented by detailed protocols made from time to time, have taken much ground away from the International Law Commission in the most important of the newly emerging areas of international law.

This development is by no means to be regretted. Other bodies may be better equipped than the International Law Commission to deal with

¹⁸² There are exceptions. Responsibility for the law of the sea has in practice now moved to the States parties to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and to specialized agencies, such as the International Maritime Organization (IMO) and the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), for example.

some aspects of the codification and progressive development of international law. The development of the law goes through various stages: discussion of the practical problems which call for legal solutions; exploration of the principles that might be applied to these problems, perhaps involving technical experts, non-governmental organizations and other non-State groups representing particular interests; selection of and between alternative approaches; the harmonization of the chosen approaches with existing legal rules and principles; the precise formulation of texts, in a range of different languages; and the "selling" of the text to States, tribunals and other users. Some, at least, of these stages may more easily be conducted outside the Commission. Participation in the ongoing development of a legal "regime" where concessions in one "round" may be made in the expectation of gains in another separate round, for instance, may facilitate moves towards a consensus between States. Other bodies may have greater knowledge of the practical and technical issues involved. And where compromises between different interests are necessary, bodies composed of representatives of States, rather than the independent experts of the International Law Commission, will inevitably carry greater political authority.

That is not to say that the International Law Commission becomes redundant in these contexts. One might be forgiven for thinking that the Commission has tended to read article 1 of its statute as if its task were "the progressive development of international law and its codification". That is not what the statute says. The Commission's task is "the promotion of the progressive development of international law and its codification". It is by no means necessary that the Commission should itself undertake every stage of that process, and it is certainly not the case that the Commission must be judged to have failed if its work on any specific topic does not result in the adoption of a convention. The criterion of the Commission's success must be the utility of its work, first to the General Assembly, which may be regarded as its immediate "employer", but also to the broad international community, the invisible college of international lawyers. That community does not consist merely of "States" (as represented by foreign ministries). It includes other lawyers in governmental service and private practice, and negotiators of international arrangements, those acting on behalf of Governments and those acting for corporations; it extends to those sitting on and pleading before municipal and international tribunals, and to many others who have a need to call upon the techniques and 23 structures of international law. For all of these parties, the analysis of legal problems, the collection of State practice and the discussion of legal principles in the International Law Commission reports are of immense value.

The International Law Commission is, perhaps accidentally, already functioning in this way, making a particular and limited contribution to a wider exercise in the codification and development of international law.

For example, although the responsibility for the law of the sea shifted from the Commission, which had prepared the drafts of what became the 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea (UNCLOS III), the influence of the Commission on the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea is great and quite clearly apparent. Large parts of the 1982 Convention were taken verbatim from the earlier Commission texts, and the whole approach of UNCLOS III to delimitation and to ascriptions of competence was plainly moulded by the approach that had been adopted by the Commission in the 1950s.

The emerging division of responsibility between the International Law Commission and other international bodies and processes is, at least in part, a reflection of the fact that the Commission's strength lies in its expertise in public international law, and incidentally, in comparative law. The further the Commission moves away from codification towards innovation and the progressive development of international law, the less relevant that technical legal expertise becomes. And not being representative of States and lacking political authority, the diminished relevance of the Commission's legal skill inevitably diminishes its potential as a body which can attempt to prescribe the legal framework within which international relations in new and technically complex and politically controversial fields should be conducted.

It follows, in my view, that the work of the International Law Commission must begin to change direction. The question is, how? That is the subject of the second and third parts of my paper.

B. — TOPICS FOR THE AGENDA

There is, of course, room for a continuation of the Commission's current approach to its work. There remain topics in need of the attention of the Commission, working according to its traditional methods. The report of the United Kingdom study group on the Commission's future agenda identified several promising topics. The topics illustrate not only merely subjects to which the Commission might turn, but also a number of modifications to its working procedures or shifts of emphasis in its approach to its work that might usefully be adopted.

The modifications and shifts of emphasis fall under six broad headings. First, the Commission might begin to deal more directly with questions of private international law, not in order to codify private international law as such, but rather in order to address the question of the implementation of rules of public international law in what one might call the "real world", in those contexts where this is either necessary or desirable—that is, the world that is largely made up of transactions between individuals and corporations, and in some cases Governments, rather than the theoretical world of relations exclusively between States on the

plane of international law.¹⁸³ Second, the Commission might directly consult or involve technical experts in other fields, such as scientific, military or economic matters, and indeed, practising lawyers with particular expertise in relevant fields, in order to increase the utility of internationally agreed rules by addressing the question of the manner in which they may be implemented in practice. Third, the Commission might cooperate with other international organizations in making its distinctive contribution to the codification and progressive development of international law.

A fourth modification to the Commission's practice illustrated by these suggestions for future topics is the assumption by the Commission of a responsibility for maintaining a continuing surveillance of those areas of the law in which it has drafted legal instruments, rather than removing subjects from its agenda when it has "finished" work on them. Increased use of instruments, other than draft treaty texts as the "product" of the Commission's work, is the fifth shift that might be desirable. And, sixth, the Commission might conduct exploratory studies in some areas in order to determine whether it can make a useful contribution on a topic and, if so, how that contribution can best be made. Those studies may well indicate that there is no useful contribution that the International Law Commission can make at that time, but the exploratory exercise would be no less useful were that to be the result.

Topics ripe for the attention of the International Law Commission

The United Kingdom study group identified several topics ripe for consideration by the International Law Commission which would benefit from the modifications in Commission working practices just described. The most important were the following:

(1) *Aspects of the law of treaties.* There are aspects of the existing law of treaties that might usefully be addressed by the International Law Commission: for example, the interrelationship between the interpretation, modification and amendment of, and the making of reservations to, treaties, and the legal effect of resolutions by treaty bodies regarding treaty implementation. There are also gaps in the Vienna Conventions, such as the effect of armed conflict on treaties, which could usefully be filled. Furthermore, the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties is an area where there is a clear need to provide some counter-balance to the evident danger of the fragmentation within international law that would result if different treaty regimes were to reach different solutions to the same problem—the danger exemplified by, for example, the "reservations" issue in human rights treaties and the rampant teleol-

¹⁸³ This development is, indeed, envisaged by article 1 (2) of the statute of the International Law Commission.

ogy of the approach of the Court of Justice of the European Communities to treaty interpretation.

There are other problems, too. Treaties are dynamic instruments, which are modified during the course of their application (or non-application) between the parties and, particularly in the case of multilateral treaties, by organs established under them. These modifications are not well accommodated within the Vienna Conventions, and the drafting of rules governing them is another matter that might be undertaken by the Commission.

Such is the range of treaty issues, and the variety in the contexts in which these issues arise, that the Commission could usefully maintain as a permanent fixture on its agenda the question of aspects of treaty law. It could address both novel questions as they arise and also the impact of State practice upon existing rules. Such work might result in simple reports of the Commission clarifying the issues involved and the relevant legal principles, or in resolutions of the Commission or the General Assembly, giving guidance on the application of the Vienna Conventions, or in a protocol (the approach in respect of reservations). Any of these approaches is easier and more likely to be effective than a wholesale reconsideration of the Vienna Conventions. The possibilities also might be explored of encouraging use of the procedure envisaged in article 17 of the statute of the International Law Commission, under which drafts of multilateral treaties may be referred by the parties to the Commission for study.

(2) *The responsibility of international organizations.* Though some of the Commission's draft articles touch on the subject, the intention seems to have been to keep the question of the responsibility of international organizations out of the scope of the Commission draft articles on State responsibility. This question has received little attention, despite its current relevance in a wide range of contexts. For example, if members of international peacekeeping forces operating under organizational control breach international humanitarian law, where should responsibility for the breach lie? Does it matter if the international organization in question is not a party to the relevant humanitarian law instruments? Again, who is responsible if, for instance, the European Commission fines an extraterritorial cartel for operating in a Member State in circumstances where the fine violates international law? Who is responsible if agents of a frontier river commission from State A injure a third-party national while they are exercising powers in State B given to them under the frontier river treaty? Is the approach to such questions to be the same for all international organizations? If not, what should the differences be and what principles should dictate the differences? This is an area of considerable complexity, of exactly that kind which the Commission excels in reducing to a set of coherent principles.

(3) *Economic sanctions.* There is a widespread view that economic sanctions are preferable to the use of armed force. I doubt whether that is altogether correct. Economic sanctions, whether multilateral or unilateral, are blunt weapons. A large part of the burden that they impose is borne by the weaker members of the civilian population, and they often have relatively little effect upon ruling elites whose behaviour they attempt to influence. The International Law Commission could make a major contribution to the refinement of the tools available for inducing compliance with international law, if it studied the manner in which economic sanctions should be framed and implemented, in order that they achieve their intended purpose as fully as possible and with as few unintended side effects as possible.

A detailed study of this topic, in order to have practical value, would certainly have to extend beyond questions of public international law into private international law and other relevant branches of the municipal laws of the States most directly concerned. It also would necessitate the study, with the assistance of appropriate experts, of the practical operation of banking and commercial systems.

(4) *Remedies.* The practice of the Iran-United States Claims Tribunal and, more recently, of the United Nations Compensation Commission (UNCC), has made clear both the importance of questions concerning remedies in international law and the paucity of international practice bearing directly upon these questions. Some aspects of remedies are considered in the draft articles on State responsibility, and it is plainly not sensible to propose that the same issues be studied under the different rubric of "Remedies". There are, however, other aspects of current concern to international tribunals where principles can be inferred from the wealth of practice in international and municipal tribunals: questions of causation and remoteness, the mitigation of loss, the quantification of damages and heads of recovery, for example. The International Law Commission, with its representation of the principal legal systems of the world, is admirably equipped to study this important area of international law.

(5) *Evidence.* A related area in need of careful study is the law of evidence before international tribunals. This subject, which has rarely been systematically addressed by scholars, is of growing importance, particularly in bodies such as the Yugoslav and Rwandan Tribunals whose procedures partake as much of criminal as of civil law processes, and in the UNCC, whose technically administrative, rather than judicial, status gives rise to difficult questions concerning the way in which principles of the law of evidence and of due process should be applied in its proceedings.

(6) *Corrupt practices.* The corruption of State officials is recognized, in the work of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and other bodies, as a major and persistent problem

that corrodes the basis of civil society and undermines the rule of law. There is agreement on the need to repress corrupt practices, and a widespread acknowledgement of the fact that there are real difficulties in finding an agreed definition of what is to count as corrupt conduct. There is much less agreement on the approach to be taken in the consequences of corrupt practices, for instance, the effect of corruption on State contracts and on unilateral acts, such as the issuance of passports and customs clearances and the delivery of judicial decisions. The analysis of these and related issues, and the articulation of a clear conceptual framework by the Commission for the handling of the legal effects of corruption, would itself be an important contribution of considerable practical value to the international community, whether or not it led to the adoption of any international instrument on the subject.

(7) *Parent/Subsidiary relations.* The United Kingdom study group considered whether to recommend that the International Law Commission should undertake a general study of legal aspects of transnational corporations, but thought that, on balance, this was not desirable. The involvement over the years of other international bodies, such as the OECD and the United Nations Commission on Transnational Corporations, with particular aspects of the activities of transnational corporations, coupled with the lack of coherence of the topic, suggests that it is not suitable for inclusion in the Commission's agenda. There is, however, one central legal issue that is of general importance to all aspects of the regulation of transnational corporations and that is suitable for consideration by the Commission. This is the question of the relationship between parent and subsidiary corporations, which bears upon issues of agency and responsibility of the transferability of rights and obligations (for example, under dispute settlement clauses in concession agreements) and of nationality. There is much practice on this question, international and municipal. It is an essentially legal question which would benefit greatly from careful consideration and precise analysis; it is of pressing concern and the Commission could produce useful general rules on the subject, particularly in the context of issues of jurisdiction and responsibility.

(8) *The intersection of public international law and private international law: the case of jurisdiction.* It is a paradox of contemporary international law that the exercise of a State's criminal jurisdiction even in trivial circumstances is regarded as a matter of public international law, engaging State interests and the rights and duties of States because of its "public" character, whereas the exercise of civil jurisdiction over a particular dispute is determined in principle, unilaterally, by a State's own rules of private international law. Yet, States frequently have a very great and direct interest in the operation of private international law rules in civil proceedings of a foreign State, for example, in cases where the citizens of one State may be denied access to the courts of another State (as in the Bhopal disaster), or where private civil actions are used as instru-

ments for compelling compliance with public policies (as in the United States antitrust laws). Inconsistencies and uncertainty in the operation of private international law systems may lead to confusion and costly delay for regulatory agencies, individuals and businesses, as well as to denial of access to legal remedies.

Without interfering with the important work of The Hague Conference and similar bodies, the Commission could usefully bring its expertise to bear upon selected problems of private international law which involve questions of systematizing State practice and which lie at the interface with principles of public international law. A study of State practice and applicable principles of law in this area would allow the Commission to codify existing law where certainty exists, and to contribute to the progressive development of law where inconsistent practice prevails. It also may indicate principles that might be applied to determine the allocation of priorities between overlapping criminal jurisdictions (a problem epitomized by the *Lockerbie* case).

*Topics meriting exploratory studies
by the International Law Commission*

There is a distinct category of possible agenda items identified by the United Kingdom study group. This consists of areas in which it is practically certain that there is useful work to be done by the International Law Commission, but the exact nature of that work cannot be identified without some preliminary exploratory work. The last three topics to be mentioned here fall into this category.

(9) *Multiple jurisdictions in international law.* The proliferation of international dispute settlement bodies and the increasing propensity of States (and other international actors) to have recourse to these bodies is now regularly giving rise to situations where an international legal issue may be challenged in two or more forums. The problem would become more severe if, as I suspect, some litigants begin to break down their complaints against the respondent into a series of distinct parcels in order to benefit from the widening range of near-compulsory dispute settlement procedures under widely ratified treaties, such as the World Trade Organization and the International Centre for Settlement of Investment Disputes conventions.¹⁸⁴ Difficulties may arise where the applicant and the respondent choose different forums, or where one tribunal thinks that some other tribunal should or should not deal with the matter. There may be questions of conflicting treaty obligations, either on matters of substance (for example, where trade and environmental treaties apply to the same activities), or on matters of procedure (for example, where there

¹⁸⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, p. 3, and vol. 575, p. 159, respectively.

appear to be treaty-based rights or duties to refer disputes to more than one forum). There also are important procedural questions involved, such as the scope of *res judicata* in international law.

There is as yet little international practice on the topic, but there is a wealth of practice in municipal tribunals upon which the Commission might draw, on issues such as *forum non conveniens*, *res judicata*, *lis pendens* and, in the field of administrative law, the availability of judicial review of administrative actions. Nonetheless, it is doubtful whether the Commission could at this stage devise a satisfactory set of generalizable rules which would be applicable (at least in principle) to all international tribunals. It may be that, on closer examination, it appears that the problems cannot satisfactorily be addressed in isolation from the problems of conflicts between specific substantive rules or between treaty obligations. It is, therefore, unclear whether the International Law Commission should or should not take up this important topic, and the best approach would be for the Commission to conduct an exploratory study, precisely in order to determine whether or not there is a useful contribution that it could make, and what that contribution might be.

(10) *Extraterritorial jurisdiction*. There is, in my view, no single "problem" of extraterritorial legislative jurisdiction, but rather a bundle of issues, closely related but distinct and requiring different approaches to regulation. The legal and policy issues arising in the context of taxation, for example, are not at all the same as those arising in the context of export controls or competition laws. There seems to be no practical possibility of finding sufficient international consensus for a general overarching codification of the whole range of issues of extraterritorial legislative jurisdiction. On the other hand, the Commission might usefully look to see if in any specific substantive areas (for example, competition laws) there is sufficient convergence for the International Law Commission to be able to make useful contributions to the development of the law.

(11) *State contracts*. The changing international scene and the dramatic increase in the number of bilateral investment protection treaties evidences a notable, and perhaps temporary, convergence of views on a range of issues concerning State contracts: for example, the performance of contractual obligations in good faith; the principles on which a contract may be renegotiated or substantially changed; the validity and operation of stabilization clauses; the application of the notion of acquired rights; the principle of non-discrimination; the areas in which public powers of regulation might appropriately be exercised, and the types or degree of measures which may be taken in pursuance thereof. There may now be a window of opportunity in which the International Law Commission could attempt to codify aspects of this area of the law. To the aspects already mentioned might be added the more controversial is-

sue of takings of foreign property, and particularly the questions underlying the controversy over the Helms-Burton law:¹⁸⁵ What are the consequences of an unlawful taking? Can good title ever be obtained to the goods taken? What are the proper valuation methodologies? Here again, the Commission could examine the area and consider how it could most effectively contribute to the clarification and development of the law.

(12) *International cooperation in criminal jurisdiction.* Much work is being done in the area of extradition by the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme and by regional bodies, but there are still areas where difficulties remain: the question of the transfer of offenders is one example. Moreover, the International Law Commission's current work on international crimes and on the international criminal court¹⁸⁶ might suggest that extradition, as an important component of arrangements for establishing an effective regime for the repression of international criminality, also be examined, if only in order to judge the adequacy of present instruments and arrangements.

Topics to avoid

It is perhaps worth noting in passing that there were several items that the United Kingdom study group considered definitely should not be inscribed on the agenda of the International Law Commission, for various reasons. These included the question of the sources of international law, excluded because of its exceptional degree of dependence upon theoretical perspectives and its lack of immediate practical significance. The nature and significance of *jus cogens* was excluded for similar reasons and, in addition, because of the risk that any report on the subject by the Commission might freeze the development of this part of international law—and, indeed, in so far as the role of *jus cogens* under the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties is concerned, because work by the Commission might give rise to awkward questions of the proper relationship between the Commission and the International Court of Justice, to which the Vienna Convention gives competence in questions relating to *jus cogens*.

Three other areas of major importance should be avoided by the International Law Commission for rather different reasons. International environmental, economic and human rights law have all become the particular concern of other international bodies and processes, which have built up a very considerable expertise concerning the practical applica-

¹⁸⁵ Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996: 22 U.S.C. sect. 6021 et seq. (1997).

¹⁸⁶ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court adopted the Rome Statute of the International Criminal Court on 17 July 1998.

tion of international norms. Moreover, the drafting of legal instruments in these areas often involves the framing of political accommodations and, sometimes, the handling of complex technical issues. The International Law Commission is, therefore, less well suited than other international bodies to handle the codification and progressive development of these branches of international law. Nonetheless, environmental, economic and human rights concerns permeate almost the whole of international law. In the context of State responsibility, for example, consideration needs to be given to situations, common in the field of environmental law, where damage has multiple perpetrators and multiple victims. Any set of general principles on State responsibility needs to be able to accommodate this fact, if the foundations of international law are not to become fragmented. One of the most important contributions that the International Law Commission can make is to take a broad overview of the whole of international law when developing its reports and proposals, and to help avoid precisely that fragmentation and incoherence in the international legal system. It is, therefore, of the utmost importance that the Commission should keep a close watch on these areas of international law, primary responsibility for which it wisely leaves to other bodies.

C. — A MORE PROGRESSIVE ROLE FOR THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION?

In this final part of my paper, I turn to the possibility of the Commission adopting an altogether more progressive role, far removed from its past concentration on codification. There are areas of international life where State practice may be very far from settled. It may be sparse, or even non-existent. Yet there may be a very clear need for there to be some rules and for these rules to be agreed upon at the international level. One obvious current example is the Internet, where issues over the regulation and taxation of commercial transaction on the "Net", for instance, raise difficult questions concerning jurisdiction and the practicality of enforcing any agreed rules. Other examples might include genetic engineering and the important question of the setting and harmonization of international technical standards.

Again, there are other looming issues, more characteristic of the traditional concerns of the international legal system. The increase in the number of States in recent years has been accompanied by the proliferation of international and regional bodies. It is a matter of mathematical inevitability that many small States will not be able fully to maintain their own representation in every international body in which they wish to have their voices heard. How best can we conduct international multilateral diplomacy in these circumstances? How should we handle the inevitable overlaps and lacunae between the competences of international or-

ganizations? Are controls necessary upon the taking of quasi-judicial decisions in circumstances where the opportunities to hear interested parties may be limited? These and other accidents of governance, which lead in municipal systems to the development of principles of constitutional and administrative law, are bound to arise in the international system. Is there a need for an international constitutional order? And if so, what should it look like? Or are such questions fanciful? Is there, perhaps, no real problem here?

In this context, the International Law Commission could play a crucial role. It could be asked to go away and think about these new issues confronting the international community. It could be asked to report on the basic questions: What exactly is the problem, if any? What approaches to it might be adopted and what advantages and disadvantages do they have? How should the international community react? What roles could and should international law play? The Commission could identify the legal issues, explore the principles that might be applied and the alternative approaches to regulation, perhaps (but not necessarily) suggesting which approach it considers best. In some cases, its work might yield a core of coherent principles around which State practice could crystallize. In other cases, the Commission might initiate international consideration of the issue, but then let the matter go to some other forum for further discussion, perhaps being brought back to the Commission at a later stage when, for example, a broad international consensus has emerged and it has become worthwhile to explore the possibility of fixing that consensus in a treaty text.

Such a role would place very much greater emphasis on law reform and the progressive development of the law than the Commission has done in the past. In that sense, it would mark a break with the established tradition of the International Law Commission's work. There is, however, no reason why this more progressive role should not be undertaken in some areas, even now, while the Commission still has "traditional" topics on its agenda. The "traditional" and "progressive" roles are in no sense incompatible with one another.

What topics would benefit from this treatment? Some possible examples have been given above. But, whereas the identification of topics "ripe for codification" is a task that can be approached as a technical problem within the skills of an international lawyer, the choice of topics for this kind of speculative exploration is not. It is a matter of political priority, where the lead should be taken by a political body—the General Assembly of the United Nations, to which the International Law Commission reports. This conclusion is dictated not only by the nature of the question. There is also an organizational consideration. The time of the Commission is a scarce resource. It is a small part-time body, with very modest (and to outsiders woefully inadequate) resources, and while increases in resources, such as research assistance, would no doubt clearly

be very helpful, an increase in the size of the Commission might destroy its valuable collegiality. And for all of the members¹⁸⁷ to move on to a full-time basis would, in my view, be regrettable. The fact that the International Law Commission members have other professional roles and experience is one of the most important factors enriching and refreshing the contributions that they can make. As a scarce United Nations resource, therefore, it should be for the United Nations to lay down the priorities for its use.

I close by emphasizing again a point made earlier. Much has been said of the successes of the International Law Commission. They are important, but it is more important that an obsession with particular forms of success should not come to cripple the Commission. It must not be thought a sign of failure if a particular Commission project does not lead to the conclusion of a treaty, or leads to a treaty that attracts few ratifications. The stringent, dispassionate examination and analysis of problems to whose solution international law may be able to make a significant solution is worthwhile in its own right. The clarification of issues in the closely reasoned Commission reports is immediately available to inform the taking of decisions in States, international organizations and in municipal and international tribunals. Neither the influence nor the value of the work of the International Law Commission is dependent upon the translation of that work into treaty form or, indeed, into any other particular form. Similarly, it is no failure if the Commission begins to examine a topic and then concludes that the time is not ripe for further work on it. Such conclusions give a clearer focus on the issue and can save a great deal of time and effort not only in the Commission but also elsewhere in the international community. It is the simple capacity for stringent, dispassionate analysis of legal topics that is both the main strength of the Commission and its enduring *raison d'être*.

¹⁸⁷ There may be a case for having a small number of full-time Commissioners in order to maintain the momentum in handling particular projects and to develop the time-consuming practice of exchanging views with Governments and other interested bodies.

Presentation by Mr. Gerhard Hafner¹⁸⁸

There is little doubt that the International Law Commission currently is undergoing a fundamental challenge concerning its very existence. I would like to confine my comments to the following two questions: (a) the possible subjects of future work of the Commission and (b) the current problems of legislation.

(a) *Possible subjects of its future work*

In my view, the programme of work of the current quinquennium of the International Law Commission leaves no room and time for additional subjects; the issues inherited from the former quinquennium, such as State responsibility, reservations, prevention and State succession, together with the new items, such as diplomatic protection and unilateral acts, present sufficient work to the Commission to keep it busy for the remaining four years. It would be of little use to add still other issues; one must only give a closer look to State responsibility and the large number of problems which it arouses to repudiate any idea of additional items from the outset. Hence, if we are discussing future items we are doing so for the next quinquennium.

If we, nevertheless, try to figure out possible new items, we have to keep in mind that we obviously approach the end of the list of possible items which are considered appropriate for codification. From the original programme of the work of the International Law Commission, only recognition of States and Governments, extraterritorial jurisdiction, rights of foreigners and territorial asylum are not yet codified. Of course, the law on the status of foreigners seems already covered by human rights, so there is no need for further codification except perhaps the law of investments; in this regard, we experience the problems of codification in the attempts concerning the Multilateral Agreement on Investment. As to territorial asylum, some fruitless attempts already have been made. Hence, it would perhaps be worthwhile to try extraterritorial jurisdiction. I know quite well the political difficulties such an item would encounter. However, the Commission should not be horrified by its political nature since, in essence, any legal rule is politics. The Commission should not work in an esoteric manner, remote from any realism, devoted only to some abstract ideas of an extremely general nature. In order to be taken seriously by States, it must tackle serious problems or at least show that it is prepared to do so. Reluctance and hesitation should not be the rule. It also is quite clear that the codification or legislation under today's circumstances is quite more difficult in view of the highly increased com-

¹⁸⁸ Member of the International Law Commission, 1997-.

plexities and complex ramifications of modern life. But the Commission should consider these complexities a challenge and not a pretext for not taking these issues aboard. In order to facilitate the matter, this item could perhaps be split into separate sub-items according to the different legal branches of jurisdiction.

A further item which seems worthy of being dealt with is the second part of the law of international organizations. The first was completed by the 1975 Vienna Convention;¹⁸⁹ the fact that this convention has not yet come into force was in my view not the fault of the Commission but of certain States which did not care about realities. Of course, it is well known that several years ago the States did not appreciate this second half. Nevertheless, it seems just timely to make a new attempt since questions are now discussed worldwide, such as the legal status of international organizations, their immunities, the effects of *ultra vires* acts, etc. It is not the lack of urgency which precluded any legislation, but the lack of appropriate arguments to convince the States of the necessity of such an undertaking.

The third item which in my view deserves further study by the Commission is hitherto what was called liability. One should not deal with this matter as it was done, so far, proceeding from a very general approach, but the Commission should have a closer look at the practice which is reflected in more than 40 conventions on what is called more correctly "civil liability". These conventions follow a relatively similar structure; the Commission should try to figure out these similarities and draw conclusions therefrom.

As to recognition of States, it has to be seen how far the unilateral act of recognition is already attacked by the new item of unilateral act before anything could be said.

There is, however, still another task the International Law Commission could assume. A substantial part of the codifications produced by the Commission stems from a situation which no longer exists, so that the scope of applicability of the codification would be reduced. Or the codification could no longer cope with the actual situation since new questions have arisen which the original codification did not address. It is frequently stated that one of the drawbacks of a codification is its rigidity and lack of adaptability to a new situation. It could perhaps be wise to keep existing codification under review in order to assess the need of any changes or additions. An existing example is certainly the Vienna regime for reservations. Another example is the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations,¹⁹⁰ which has served its purpose very well. How-

¹⁸⁹ Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character: United Nations document A/CONF.67/16.

¹⁹⁰ See footnote 174.

ever, new circumstances have arisen such as economic integration and new forms of taxation for which this Convention does not provide a clear answer. Another item which is already under scrutiny by the Committee on Legal Advisers on Public International Law is that of the insolvency of embassies and their personnel. Of course, the danger of such an undertaking consists in the possibility of opening a Pandora's box; nevertheless, it seems useful to discuss this need in a more general perspective.

(b) *The present problems of legislation*

In any case, we have to keep in mind that such a selection depends on certain circumstances which inevitably influence this selection. Hence, the items which were the most conducive for codification were, undoubtedly, those where an established pattern of the practice of States already existed (e.g., in the form of general customary law) and which were of a synallagmatic nature. It is the classical situation of State-to-State relations, based on reciprocity. In this regard, hardly anything is left. Current international law has to deal with the emancipation of the individuals from the States, the obligations incumbent upon States towards individuals or the international community in its entirety. In this regard, we find ourselves still in some form of transition.

Hence, the International Law Commission can place on its agenda only items which are marked by a divergent if not conflicting practice and which reflect one-sided obligations, i.e., obligations which are not mutual. The best example is the question concerning the establishment of an international criminal court. In such a situation, the Commission has to perform a totally different role: it no longer only formulates rules reflecting the general practice of States; it acts as a mediator between States and becomes part of a real negotiation process. Such a role requires a much closer link with the States in order to reflect accurately their divergent interests. On the other hand, in such a situation the Commission suffers from a drawback which other bodies do not have: as it is not composed of State representatives who depend on instructions from Governments, States do not entrust the Commission with the representation of their interests. Hence, it cannot be expected that the outcome of the deliberations of the Commission would already constitute the compromise, since States would make their most expensive concessions only towards the end of any procedure in which they are directly involved.

In such a situation, the Commission finds itself in a certain dilemma, since when formulating the draft rules it has to choose between what it considers just and legally correct and what is acceptable to States. The Commission is required to strike a balance between both approaches. Both solutions correspond to different approaches of law and justice and do not necessarily coincide. But in order to achieve the second result,

namely, the acceptable solution, the Commission needs the feedback from States which it does not always receive as is required.

In this regard, there is a fundamental difference between the epistemic communities and the Commission: Whereas the former are committed only to their own view on what is desired and required, the International Law Commission is responsible to the General Assembly and the States which are its clients. Hence, it must necessarily take into account the wishes of the States when elaborating drafts. For these reasons, it cannot be as progressive as the epistemic communities. However, this difference must not exclude exchanges of views between them. On the contrary, both can profit from such an exchange.

In view of this situation, it is no surprise that States establish or use bodies consisting of State representatives in order to elaborate treaties even of a more general nature, such as the Sixth Committee of the General Assembly, the United Nations Committee on Peaceful Uses of Outer Space, the United Nations Commission on International Trade Law and the Human Rights Commission. This situation not only prompts an erosion of the field of activity of the International Law Commission, but also is the origin of one of the current problems of international law—its fragmentation. It is sometimes difficult to be aware of all the legal standards set in the different treaties; it would be a noble task of the International Law Commission to monitor these different tendencies reflected in the different treaties and to try to draw generally applicable conclusions.

Presentation by Mr. Zdzislaw Galicki¹⁹¹

As I have already mentioned, the first topic of our session yesterday, namely, "An overview of the work of the International Law Commission for the years 1948-1998", is closely connected and interrelated to our current subject concerning future topics and problems of the international legislative process. It is virtually impossible to make plans for the short- or long-term future without taking into account positive or negative experience from the past.

One can find interesting that from its very beginning the International Law Commission paid a lot of attention to its programme of work for the future. At its first session in 1949, the Commission drew up a provisional list of 14 topics selected for codification, from the list of 25 topics proposed earlier in the memorandum prepared by the Secretariat of the United Nations.

Ten topics from those above-mentioned, some of them divided into sub-topics, have already been studied by the Commission, and with one exception (which is "State responsibility"), the Commission has submitted final drafts or reports with respect to them.

There are, however, four topics from the 1949 list which, until now, have not been properly treated by the Commission (there is no final draft or report) and which could be considered by the Commission as the items for the future. These are the following topics:

- Recognition of States and Governments;
- Jurisdiction with regard to crimes committed outside national territory;
- Treatment of aliens; and
- Right of asylum.

It seems that at least some of these subjects are still viable and worthy of consideration by the Commission with the view to undertaking in-depth studies on them.

If we are looking back for future topics, it would not be unwise to revisit some topics with which the Commission was not fully successful in the past. Meanwhile, maybe some of them have become more ripe for codification or progressive development. Perhaps these topics are worthy of a second look. And even where the Commission was successful, as is generally recognized, for instance, in the sphere of the law of treaties, such a second look is sometimes very useful. The example of the current topic on reservations to treaties seems to support this view.

¹⁹¹ Member of the International Law Commission, 1997-.

In addition to the topics included in the 1949 list, the Commission has studied, or is studying now, other items referred to it by the General Assembly, in some cases following an earlier initiative of the Commission itself.

Some of these more than 20 topics already have been finalized in the form of draft conventions, articles or declarations; some of them are under current study by the Commission. But, once again, there is a large group of items which remains in a form of passive suspension. It seems that the Commission, in selecting the topics for its future work, should carefully analyse the possibility of revisiting these subjects which were already selected but not acted upon in an appropriate way. Looking forward, we should not forget about what we are leaving behind us.

After 1949, the Commission's programme of work has been reviewed many times by the Commission with a view to bringing the programme of work up to date, taking into account General Assembly recommendations and the international community's current needs. Some overall reviews took place, for instance, in 1962, in 1973 and in 1993. Numerous inclusions of particular topics into the Commission's current programme of work also took place.

The process of selection of future topics by the Commission is becoming more and more affected by the phenomenon of proliferation of bodies engaged in the elaboration of juridical instruments within the United Nations, as well as outside this Organization. This proliferation, as Mr. Alain Pellet once said, is a healthy one and reflective of the vitality of international juridical activity and the need for law in the international community. But it also shows that the Commission does not have a monopoly on the elaboration of the law within the United Nations. Quite the opposite; in this elaboration, the Commission has to compete and cooperate with other bodies.

The position of the Commission in the said process has to be rather flexible, since, as it was correctly noticed by Mr. Pellet: "The Commission, being made up of independent experts, could not impose on States drafts relating to politically charged topics over which the international community was deeply divided".

However, it does not mean that the Commission should not undertake difficult and controversial subjects or those which, in general, were left until now outside its scope of interests. For instance, I am deeply convinced that the Commission should be engaged in the development of the international law of human rights. Another sphere of the Commission's future engagement, which seems to be a promising one, is the development of international legal norms concerning the suppression of various forms of international or transnational organized crime.

Mr. Alexander Yankov, a former member of the Commission, in his speech delivered at the United Nations Congress on Public International Law in 1995,¹⁹² in New York, noticed that the:

“Selection of appropriate topics to be included in the long-term and current programme for work of the International Law Commission is an essential part of the whole process of law-making. The main criteria for selection should be the assessment of the pressing needs of the international community, identifying topics designed to provide practical responses to key issues of legal policy in various areas of international life and selection of topics fairly manageable with regard to their requirement.”

Such were the guidelines adopted by the Commission at its forty-second session in 1990. Similarly, at the last session in 1997, the Commission agreed to the application of the following criteria to the selection of topics for the long-term programme:

- The topic should reflect the needs of States in respect of the progressive development and codification of international law.
- The topic should be sufficiently advanced in terms of State practice to permit progressive development and codification; and
- The topic is concrete and feasible for progressive development and codification. Besides, the Commission should not only restrict itself to traditional topics, but also would consider those that reflect new developments in international law and pressing concerns of the international community as a whole.

And we, the members of the Commission, cannot forget that this is one of its primary tasks during the current session.

¹⁹² See *International Law as a Language for International Relations, Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law, New York, 13-17 March 1995*, Kluwer Law International (The Hague) (United Nations publication, Sales No. T.96.V.4).

Open-floor discussion

* * *

Débat

Mr. Hans Corell.¹⁹³ First, I would like to congratulate the panel; it was a very comprehensive and elegant presentation of the subject. I have asked to take the floor to approach the topic from a completely different angle. I would like to stress that I speak in my personal capacity, but you must admit that the platform on which I stand gives me the opportunity to view matters from a different angle. I intend to raise five points, the first of which is very down-to-earth.

The United Nations is, currently, from the financial point of view, in dire straits. We have a capped budget and we have several members who simply do not pay their dues. This means that for a programme manager like myself, with a budget of about \$32 million for two years, and 160 staff members, this is a constant struggle, a daily struggle to make ends meet and to produce the results that we are asked to produce. Every second year, I have to present a budget to the Administration, and then to the Fifth Committee and to the Advisory Committee on Budget and Finance. This year, Mr. Kofi Annan has presented a proposal to the General Assembly for results-based budgeting. I do not know what the implications of this are for the next budget submission for the International Law Commission, but I can tell you, frankly, that already the last time I presented the budget I was asked questions by the Administration: What does this Commission do? What are the results produced by this Commission? What is the use of this Commission to the Organization? I try to explain, to the best of my ability, that this is a very important organ that has been in the Organization since its inception and that its results may not be tangible on a day-to-day basis but that, over the long term, the contribution is noteworthy. I intend to discuss this matter again later as part of one of the other points, but I simply would like to bring to your attention that one of the issues that I will have to take up in November and December this year, when presenting the new budget, is to defend the existence of the Commission and the financial needs of it. If I am not successful, the finances will be cut and allocated to other entities. I already have difficulties in the Office of Legal Affairs because there are six subprogrammes, a fact of which many are not aware. The Office of Legal Affairs covers a broad spectrum and I have to defend the budget for it all.

¹⁹³ The Legal Counsel of the United Nations.

Secondly, it comes to me rather naturally to make comparisons with the national level and this is how I looked at the United Nations when I came in 1985 as a delegate to the Sixth Committee. I considered the Commission and I asked myself: Is the Commission a product of the national patterns of 50 years ago? I know that in many countries there were law commissions which basically produced all the legislation to be considered by parliaments. I know that in many countries law commissions still exist, for example, in Australia, if I am not mistaken, but in many other countries law commissions have been abolished and ad hoc commissions are appointed for particular tasks. The ad hoc commissions are given precise terms of reference from the political echelon. When I learned about the interrelationship between the International Law Commission and the Sixth Committee, I wondered whether the Commission received political guidance from the Sixth Committee, which is basically a political body even though it is concerned with legal affairs. The Sixth Committee is political because legislating is a political exercise. It has been said here that there must be a dialogue between the Sixth Committee and the International Law Commission and I think that this is right, but we must understand that, in the meantime, other bodies have actually taken charge of the legislative work of the Organization. Mr. Gerhard Hafner mentioned human rights; maybe the International Law Commission should engage that topic. I do not know, but I think that across the corridor they would have a fit if they heard that some other bodies intend to deal with the subject, because they think that it is within their competence, and the Third Committee and the General Assembly also think so. If Mr. Roy Lee¹⁹³ had the rules of procedure of the General Assembly in front of him, he would confirm that there is a resolution of 1952 that requires all Commissions in the General Assembly to refer any legislative matter to the Sixth Committee before decisions are taken. However, that is never done, and I do not think that any other committee would accept the Sixth Committee's having a supervisory role on legislative matters in the General Assembly. Therefore, the situation has crystallized into the present one, which leaves the Sixth Committee competent only for certain legal matters reflected in the work of the International Law Commission.

My third point concerns the interrelation between the Sixth Committee and the International Law Commission. When I first came to the United Nations and I realized how the debate between the Commission and the Sixth Committee was carried out I was very surprised. The Sixth Committee was basically debating the report of the International Law Commission, but most of the participants in the debate were actually members of the Commission itself. They made rather long statements, actually continuing the discussion from the Commission, whereas in the

¹⁹³ Director of the Codification Division, United Nations Office of Legal Affairs, until December 1998, when he retired from the Organization.

Sixth Committee the discussion should be more political, focusing on major issues on which the Commission needs some guidance. The situation has changed now. I tried to get colleagues from capitals to come to the United Nations because I realized that some of the issues that are discussed here are simply not foreign ministry matters. At the national level, they are dealt with by ministries of justice, of health and of social affairs. This is why it seemed important to me to have somebody from the capitals participate in the discussion of issues in the Sixth Committee and to become the link between the concerned ministries and the foreign ministry. To a certain extent this has happened: participants from capitals come to attend the debate of the International Law Commission, but there still are some limitations. In particular, many developing countries and newly independent States do not have the resources to send several persons. Therefore, they are represented in the Sixth Committee at the relatively junior level. It is difficult to have a really sound political discussion based on instructions from capitals. I do not know exactly how the decisions of the Sixth Committee are arrived at. It is sometimes difficult to find out, basically because States have different opinions. This is the difference with the terms of reference given to ad hoc commissions at the national level, which I mentioned earlier. At the national level, there is only one Government which can give clear political guidance to a commission, whereas here it is very difficult to give terms of reference. The Sixth Committee just gives the subject matter to the International Law Commission to see what they ultimately can do in the Sixth Committee. The Commission is used as a tool to identify a possible stand to be taken later in the Sixth Committee.

Fourthly, the assessment that I made as a delegate to the Sixth Committee is that it has been able to change its working methods, but the additional participation of legal advisers from capitals did not bring to the Sixth Committee the political guidance and the political impetus that I had hoped it would contribute. The reason may be that all these people are very busy and concerned with a number of other issues and in the third world resources do not exist to send participants. This is why I am convinced that after 50 years the International Law Commission is still a very relevant factor in the legislative work of the Organization. But what is unacceptable is that members of the Commission are the dominant participants in the debate in the Sixth Committee. It is very important that the Sixth Committee sends to the Commission a guiding signal from the Member States for the work of the International Law Commission.

This brings me to the fifth point. I am sorry to take the floor for so long but it is important for me to convey this message to you. What is the contribution that the International Law Commission can make? Well, it depends largely on how the dialogue between the Sixth Committee and the Commission develops, and I think that there is a limit to this dialogue because the Sixth Committee is in many instances not able to give clear

political guidance on many issues. This is the case because decisions are not taken in capitals; the reason may be that the political corpus in the capitals does not have enough knowledge of the substance being discussed. On the other hand, the International Law Commission must take care not to sever itself from the Sixth Committee and produce drafts that no one wants, because ultimately legislative work is a political exercise the result of which has to be accepted in capitals by Member States. In my view, clearer terms of reference will allow the Commission to produce good results, such as, for example, the Draft Statute for an International Criminal Court.¹⁹⁴ In this instance, there was clear guidance from the Sixth Committee and, admirably, the Commission produced a draft which is already recognized as a major achievement. It often has been said that given guidance the Commission can very quickly produce results. However, this kind of guidance is not always going to be available. Therefore, the question remains focused on what the Commission should do in the absence of guidance. To what extent should it take initiatives? This morning several ideas were tabled and they are worth exploring. I think that the Commission has an independent role.

Let me return now to the first point I made. For me as programme manager, it is not easy to justify to those above me the need for financing a Commission that does not produce concrete results almost every day. I need to have some idea of what you are contemplating, what is going on in order to explain to those who ultimately make the decisions on the budget that the work of the Commission is of high relevance for the long-term development of international law. I see that in a very long-term perspective because we are engaged in an exercise that will span not only decades, but even centuries. Unless people at large understand that maybe these are the only bridges that we can build across borders between countries spread all over the globe, and that the general legal instruments to which the Commission contributes life are necessary, we will come to a standstill. What I really need, therefore, as an input from you is not so much focusing on issues where there are clear terms of reference or requests from the Sixth Committee, but an idea of how you view your work in the other echelon, the more long-term, general one, so that I can use it in the budget process to convince those that are simply taking out a red pen to draw a line across an item that I have put into the budget proposal. I am sorry for taking so long but I hope that you understand my concern.

¹⁹⁴ See footnote 186.

M. Constantin Economides¹⁹⁶. Monsieur le Président, je voudrais vous remercier, ainsi que les rapporteurs et les intervenants de la discussion très intéressante que nous avons eue jusqu'ici. Je voudrais faire quelques remarques.

Tout d'abord concernant l'œuvre de codification d'une manière générale. Je crois que nous sommes quelque peu sévères vis-à-vis des conférences de codification et des traités qui en résultent. C'est vrai qu'une conférence de codification ne peut pas tout régler, par définition, parce que, lorsqu'on essaye de trouver les coutumes, on en trouve un certain nombre mais il y en a d'autres qui sont introuvables, pas encore cristallisées, incertaines et donc on opte pour la solution de ne pas les inclure dans un projet. Et en même temps, on ne peut pas remplacer une norme coutumière par une norme relevant du développement progressif du droit, parce que le sujet ne serait pas mûr, il serait donc prématuré d'imposer de manière artificielle ou éventuellement même arbitraire une règle nouvelle. Donc, que fait-on ? On attend, souvent on dit que la coutume continue de régir ces questions, si des règles coutumières existent en la matière, mais on attend aussi la formation de nouvelles règles coutumières. Ceci a eu lieu avec la question des réserves, un exemple tout à fait typique. Dans notre convention de 1969 nous avons des règles concernant les réserves illicites mais nous n'avons pas de règles concernant les sanctions contre ces réserves illicites. La partie « sanction » fait défaut. On n'a pas voulu le faire en 1969 parce qu'il n'y avait pas de règle coutumière sûre et parce qu'on n'a pas voulu imposer une règle par voie de développement progressif. Mais ensuite il y a eu une évolution avec les organes de contrôle des conventions des droits de l'homme, et par voie d'application de ces conventions, il y a eu des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, déjà cités à plusieurs reprises, de la Commission européenne des droits de l'homme qui ont comblé ce vide en ce qui concerne les sanctions des réserves illicites. Nous avons actuellement un précédent qui est, à mon avis, tout à fait pertinent, et même contraignant pour tout le monde. Je crois que nous avons de nouvelles règles coutumières édictées par des juridictions internationales et acceptées par les Etats, ce qui est décisif et concluant. Maintenant, pour nous, la question est de savoir si cette nouvelle règle peut être transposée à tous les autres traités, mais c'est là une question que nous allons examiner dans le cadre du sujet « Les réserves aux traités ».

Ma seconde remarque porte sur la forme des documents que nous élaborons. Nous avons dit depuis hier, pourquoi faire une convention, une directive serait mieux, ce serait plus facilement acceptable et cela aurait tout de même des effets positifs. Tout ceci donne l'impression que nous avons déjà pris position, notamment concernant le projet sur la res-

¹⁹⁶ Membre de la Commission du droit international, 1997-.

ponsabilité des Etats, en faveur d'une directive plutôt que d'une convention. Personnellement je crois qu'il faut réfléchir énormément avant de prendre une telle décision et, d'abord, si nous optons pour une telle décision il est évident que nous rétrogradons. C'est-à-dire que nous baissons la barre de manière très significative et je me demande s'il est dans l'intérêt de la Commission du droit international et des rapports internationaux que la barre soit baissée de manière aussi forte. Il ne faut pas oublier que la convention internationale est une source formelle, principale de droit international, c'est la forme la plus contraignante, alors qu'une directive est une source auxiliaire. Nous baissons la barre au niveau d'un ouvrage de doctrine. Ceci est-il souhaitable ? Pour ma part j'en doute fort, d'autant plus qu'en ce qui concerne le projet sur la responsabilité internationale ce projet est la suite logique de la convention sur les traités. Le traité, par ces dispositions, donne naissance aux obligations internationales, la responsabilité internationale est la conséquence de la violation de l'engagement international, l'un complète l'autre. Puisque nous avons déjà fait une convention internationale pour les traités, personnellement j'aurais bien vu une nouvelle convention internationale pour la responsabilité internationale. Ceci est peut-être prématuré à ce stade, mais je tenais tout simplement à réagir à ce qui a été dit à plusieurs reprises, aussi bien hier qu'aujourd'hui, en faveur d'un texte de *soft law*, de droit plus souple.

Une troisième remarque au sujet de nouvelles questions. Il faut d'abord éviter les questions trop spécialisées qui relèvent le plus souvent de la compétence d'organes mieux armés pour les affronter que nous; donc, toutes ces questions que nous n'avons pas traitées, pour de bonnes raisons, jusqu'à présent, il vaut mieux les laisser à l'écart. A moins que la demande nous soit expressément faite de nous charger de telle ou telle question, je crois qu'il faut éviter tout ce qui est spécialisé. Je ne sais si nous-mêmes, de par nos connaissances, nous serions capables de traiter de questions hautement techniques. En second lieu, avant de choisir un sujet, il faut examiner les critères à appliquer au choix de nouvelles questions. Cela a été dit hier à maintes reprises, le premier critère est la maturité. Il faut que le sujet soit aussi mûr que possible pour la codification, il faut aussi considérer le caractère de nécessité de la question. Il peut y avoir des questions mûres mais qui n'intéressent pas actuellement la société internationale, donc ces deux critères sont, à mon avis, indispensables au choix des questions. Une des propositions faites au sujet de nouvelles questions m'intéresse beaucoup, elle a été proposée par M. Vaughan Lowe, c'est la question de l'ordre public international. On parle déjà depuis plusieurs années d'un ordre public international, et sa première consécration a été le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ce chapitre relève de l'ordre public international, il en est de même des règles de *jus cogens* et d'autres règles pourraient être insérées dans cette question. Je pense souvent à une question qui n'a pas encore été

étudiée et qui concerne la politique étrangère. Quels sont les fondements juridiques de la politique étrangère ? On a souvent tendance à croire dans nos Etats que la politique étrangère relève du politique et que le droit joue un rôle tout à fait accessoire. Cette conception erronée est souvent celle d'individus ignorant le droit international. En effet, la politique étrangère connaît des limites, des freins édictés par le droit interne, certainement, et surtout par le droit international. Je crois que le fondement juridique de la politique étrangère en liaison avec l'ordre public international serait une question fort intéressante bien que très politique. Il s'agit de déterminer les limites en ce qui concerne la politique étrangère des Etats. Voilà donc, par ces propos, je me permets d'appuyer une des questions qui vient d'être proposée.

Mr. Abdulai Sayed. I am a doctoral candidate at the Graduate Institute of International Studies in Geneva. I would like to thank the organizers of the Seminar for the opportunity given to us students to hear and interact with the honourable members of the International Law Commission. My comment is in fact addressed to them. When talking about the future topics to be tackled by the Commission I cannot help but think about the limits, past and present, of your work. Considering the work of the Commission and the present discussion, it seems to me that the Commission is suffering from a puzzling duality. On the one hand, you sit here, in your individual capacity as independent members of the Commission, determined to promote international law. Yet, on the other hand, many of the honourable members are representatives of their Governments or advisers and other agents. In other words, you advise Governments and you are well aware of their reticence concerning the different projects you are working on. In addition, State comments also limit your supposed enthusiasm for aggressive international law. You consequently struggle with language, and you settle for general formulations, for the ambiguous ones which are supposed to accommodate your various contradictory understandings, in the quest for a handful of ratifications. The enthusiasm of States appears to be increasingly slim; ratifications are becoming increasingly rare or hesitant and are often associated with wide-scope reservations. You seem in a certain way resigned not to aim for the progressive development of international law and, thus, not to aim for conventions because this may appear prejudicial to your work in the long run. Declarations of principles or General Assembly resolutions do take note of or adopt your work, or so you console yourselves. This would, in fact, in my personal view, allow you to do two things. It would give you the possibility to venerate your role of promoting more incisive international law by specifically arguing that the effort exerted in your work was one of codification whenever the national interest you are defending is not offended or is served by the declaration. You will, on the other hand, have the necessary safety valve that will permit you to cast

doubt as to the crystallized nature of the declaration under consideration whenever the content of this declaration is not in harmony with the national interest you are defending. To my mind, the dilemmas of your Commission are those of all international lawyers. Such an account may be dismissed on grounds of inaccuracy, incompleteness, perhaps naïvety or simplicity. Yet, you would agree that it expresses some of the preoccupations of the younger generation of international lawyers who always wonder about the role of their discipline and their role in this discipline of disciplines, international law, in a fragile society characterized by multiple centres of power.

M. Constantin Economides. Je dois dire que la question qui vient d'être posée est une question vraiment classique, car elle s'est toujours posée et on n'a jamais trouvé de réponse satisfaisante. Cependant, il existe un moyen pour renforcer le droit international, un moyen relativement pratique. Il faut avant tout renforcer tous les services juridiques des Etats, tous les services qui s'occupent des questions de droit international. Un Etat qui possède un service juridique de droit international très fort est un Etat qui donne beaucoup d'importance et fait attention au droit international. Or, certains Etats négligent cet aspect. M. Hans Corell s'est d'ailleurs occupé de cette question l'année passée. Je crois que ce serait très utile pour l'œuvre des Nations Unies de faire une recommandation à tous les Etats en faveur du renforcement de leur service juridique de droit international et ceci pour pouvoir suivre l'œuvre des Nations Unies d'une manière satisfaisante. Ce serait dans l'intérêt des Nations Unies, mais aussi dans l'intérêt de tous les Etats et dans l'intérêt du droit international. Je ne pense pas que ce soit la Commission du droit international qui pourrait faire une telle recommandation, mais un autre organe des Nations Unies pourrait le faire avec une certaine facilité, et ce serait vraiment un texte de déclaration tout à fait pertinent et utile.

M. Alain Pellet¹⁹⁷. Un petit point de détail d'abord sur ce qu'a dit M. Yves Daudet en ce qui concerne l'objet et le but du traité. Quand je dis qu'il faut examiner ce problème, il faut bien s'entendre. Dans mon esprit, il n'est pas question de remettre en cause la notion, mais simplement d'essayer de comprendre ce qu'elle veut dire et ce qu'elle cache, et après on pourra se demander si, par hasard, mais ce serait extraordinaire, il faudrait la remettre en cause.

J'ai trouvé intéressant tout ce qui s'est dit ce matin, j'ai eu un choc, le choc d'une révélation extraordinaire, lorsque M. Vaughan Lowe a expliqué que la démarche anglaise était proche de la démarche française. Je dois dire que c'est quelque chose d'extrêmement nouveau pour moi et les

¹⁹⁷ Membre de la Commission du droit international, 1989-.

débats de ce matin n'en donnent pas l'exemple. Je voudrais dire quelques mots sur trois problèmes de la codification : l'objet, la méthode et le produit.

En ce qui concerne l'objet, je crois que l'on devrait essayer d'être un peu modeste et j'ai toujours été très choqué, quelque fois exaspéré, par la manie de certains collègues de vouloir à tout prix suivre des modes. Je pense fondamentalement qu'on devrait partir du principe de subsidiarité. C'est-à-dire que la Commission ne devrait faire que ce pour quoi elle est mieux équipée que d'autres organes. Mais l'idée que nous nous occupions de tout et de n'importe quoi, parce que c'est dans l'air, comme on l'a dit plusieurs fois, est une idée tout à fait critiquable. Je fais partie de ceux qui, par exemple, considèrent que nous ne sommes pas équipés pour nous occuper directement du droit de l'environnement. Nous demander de faire un texte sur le droit de l'environnement me paraît absurde. Comme l'a dit il y a un instant M. Constantin Economides, nous ne sommes pas intellectuellement équipés pour cela, même si certains d'entre nous connaissent le droit de l'environnement, l'arrière-plan économique et technique est trop scientifique, trop important pour qu'un groupe de 34 personnes, aussi éminentes soient-elles, puisse s'en occuper. Nous ne sommes pas équipés pour cela et ce n'est pas raisonnable de soutenir ce genre de thèse indéfiniment. J'ai un peu le même sentiment à l'égard des droits de l'homme. Je ne crois pas que nous puissions faire mieux dans cette matière que d'autres organes qui sont là pour ça. Je pense que M. Lowe sous-estime gravement un certain nombre de problèmes dans les propositions qu'il a faites. Il sous-estime notre manque de moyens intellectuels, ce n'est pas de l'autocritique, c'est simplement une constatation. Comme l'a dit le modérateur, on ne peut pas tout savoir et si nous savons quelque chose c'est du droit international public général. C'est autour de cela que doivent tourner nos projets futurs. Je pense que M. Lowe sous-estime aussi l'absence d'équipement technique, notre statut prévoit que nous pouvons consulter des experts, mais, M. Corell l'a très bien dit, il n'y a pas d'argent, et les experts ce sont les gens les plus chers du monde et je pense que des experts au rabais, par des conversations de couloirs comme cela a été proposé, ne nous permettront pas de mettre au point sérieusement un projet entier sur des sujets qui sont en dehors de notre équipement intellectuel.

Un troisième élément sur lequel je pense que M. Lowe sous-estime le problème c'est le très grand conservatisme de la Commission. Nous sommes des juristes et les juristes sont des conservateurs, presque par essence. J'étais un peu abasourdi l'an dernier de voir à quel point le petit pas, que je croyais un pas en avant, que j'avais proposé, en recommandant à la Commission d'adopter un projet de résolution, s'est heurté à une opposition presque unanime de la part de gens que je considère comme extrêmement conservateurs et qui sont mes collègues. On ne peut pas dans ces conditions nous demander de faire trop de choses extravagantes

ou des tours d'équilibre. Partant de la réaction presque unanimement négative et extrêmement conservatrice de la Commission à ma proposition d'adopter une résolution, il faut comprendre que cet organe n'est pas prêt à aller très en avant dans l'originalité et la recherche de solutions novatrices. Est-ce une raison pour éliminer tout une série de sujets très importants, comme les droits de l'homme et le droit de l'environnement, de tenir la Commission à l'écart de cela ? Je ne crois pas, mais je crois qu'il faudrait les introduire par la petite porte. Il faudrait que la Commission soit modeste en admettant qu'elle ne peut pas prendre l'initiative de régler ces questions. Mais, par contre, elle peut proposer son expertise, son savoir-faire en droit international général, par exemple en acceptant que lui soient soumis, pour expertise au point de vue du droit international, des textes élaborés par des organes spécialisés comme la Commission des droits de l'homme ou le Programme des Nations Unies pour l'environnement ou même la Banque mondiale. Peut-être que nous pourrions donner un avis autorisé en ce qui concerne la technique juridique et cela me paraît beaucoup plus astucieux, beaucoup plus conforme à notre vocation que de nous lancer dans des sujets qui me semblent en dehors de nos compétences.

Par ailleurs, je considère que le sujet cher à M. Lowe n'est pas un sujet très approprié en ce qui concerne la Commission parce que ce qui importe dans les sanctions économiques c'est d'essayer de voir comment on peut limiter les retombées antihumanitaires de sanctions économiques, tout en sanctionnant l'Etat responsable d'une violation grave du droit international et j'ose dire responsable d'un crime international. Ce sont des problèmes très concrets qui, encore une fois, ne me paraissent pas être directement de notre compétence. Par contre, on pourrait envisager que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité crée un organe intergouvernemental et que cet organe nous consulte sur certains aspects proprement juridiques et techniques du sujet, mais traiter le sujet lui-même ne me paraît pas approprié.

De même, et pour d'autres raisons, j'ai des doutes sur la proposition de M. Gerhard Hafner concernant la juridiction extraterritoriale. C'est un sujet qui, à mon avis, correspond à notre équipement intellectuel. Ceci dit, on le sait, les oppositions entre les Etats, la position très rigide et, à mon avis, parfaitement inacceptable, prise par la seule superpuissance, en clair les Etats-Unis, dans ce domaine, font qu'on soulèvera de telles vagues et de telles oppositions et passions politiques que, personnellement, tout en étant intellectuellement convaincu que nous pouvons traiter ce sujet, je pense, pour les raisons que je viens d'exposer, que ce ne serait pas un bon choix. Alors, par contre je pense que la proposition de M. Daudet, qui consiste à dire que nous pourrions nous lancer dans une *restatement* du droit international public, est une proposition assez intéressante que nous pourrions peut-être mettre en œuvre très lentement, en prévenant que cela ne pourra être qu'une œuvre à très long terme, un peu comme le

dictionnaire de l'Académie française, qui fait que si on adopte quelques articles chaque année c'est bien. Il y a d'ailleurs déjà une base, ce sont les grands traités comme la Convention de Vienne sur le droit des traités ou les grands projets comme celui sur la responsabilité. On pourrait développer tout ceci d'une façon qui, au fond, n'engagerait que la Commission, mais ce serait une œuvre doctrinale intéressante.

Je ne suis pas d'accord avec M. Lowe lorsqu'il dit que le système juridique international, comme tout système juridique, comporte peu de principes généraux, qui sont déjà largement traités. La Commission a d'ailleurs fait un recensement en 1996, il est vrai un peu bâclé, un peu rapide, mais malgré tout un recensement de tous les grands sujets qui restent à traiter et on s'est aperçu qu'il y en a encore beaucoup.

Deuxième point, la méthode. Il a été dit qu'il fallait que nous nous concertions avec d'autres organes. M. Daudet nous a félicité pour l'initiative de l'an dernier. Je serais, évidemment, le dernier à le contester et je rappelle que notre statut le prévoit : l'article 25 §1 et l'article 26 §1 nous invitent à consulter des organes et je crois qu'il faut que nous le fassions. Ce qui est intéressant c'est que les autres organes ont l'air de s'affoler de ce qu'on leur demande et, apparemment, ont l'air encore plus onusiens que nous le sommes, c'est-à-dire encore plus prudents et suspicieux. Les quelques réactions que j'ai reçues pour l'instant sont, honnêtement, parfaitement inintéressantes. J'espère que les organes en question vont se décider à discuter vraiment sur les questions qu'on leur a posées. Pour l'instant, ils ont les manies des Nations Unies qui consistent à en dire le moins possible, ce qui n'est pas très satisfaisant. Il faudrait aussi faire la démarche contraire, c'est-à-dire que nous soyons consultés par d'autres. Je crois que M. Abdulai Sayed nous a dit que la Commission du droit international souffrait de dualité, il a été poli, il n'a pas dit de schizophrénie. Je défendrais assez cette schizophrénie ou dualité, dans le sens d'une composition duale de la Commission, avec, d'une part, des universitaires et, d'autre part, des conseillers de gouvernement, nous ne sommes d'ailleurs pas tous des conseillers de gouvernement actifs, et, si on l'est, c'est à titre de consultants. Je crois donc que cette dualité est utile. C'est intéressant d'avoir, au sein même de la Commission, un point de vue universitaire et académique, dont je suis un des exemples, et puis des personnes qui connaissent le système et qui peuvent mettre en garde sur des envolées lyriques de professeurs qui peuvent conduire quelques fois à des catastrophes. Ce que je regrette, par contre, c'est que cette dualité soit déséquilibrée, il y a 9 professeurs pour 25 conseillers, ministres, anciens ministres, et je dois dire que c'est un peu dommage, d'autant plus que, à quelques rares exceptions près, les professeurs sont essentiellement occidentaux, ceci déséquilibre un peu la Commission. Par contre, M. Sayed semble oublier que la Commission est un organe au service de la communauté internationale des Etats, nous sommes une création d'un organe intergouvernemental, de l'Assemblée générale, nous sommes au service

des Etats et je crois que nous servons les Etats en étant effectivement indépendants mais en faisant attention à ce qu'ils racontent. Je fais partie de ceux qui considèrent que nous devons à la fois rester indépendants, maintenir notre indépendance intellectuelle, mais en même temps prêter la plus grande attention à ce qui se dit au sein des autres organes. Par contre, je ne suis pas content lorsque je trouve que les autres organes, en particulier la Sixième Commission, ne sont pas sérieux et ceci arrive extrêmement souvent. Je pense qu'à la Sixième Commission on manie la langue de bois, qu'on ne réfléchit pas et je dois dire que je réagis très violemment en disant d'accord, demandez-nous de faire attention à ce que nous disons, de faire attention à ce qui se dit dans les organes intergouvernementaux, cela me paraît tout à fait normal, mais à condition que cela soit dit sérieusement, et je n'en ai pas toujours le sentiment.

Dernier point en ce qui concerne le produit du travail de la Commission. J'ai relevé un assez large accord sur le fait qu'il n'est pas nécessaire que le travail de la Commission se traduise par des traités. Sauf notre collègue, M. Economides, qui dit que nous baisserions la barre au niveau d'un ouvrage de doctrine. Avec tout le respect dû, je suis en désaccord avec lui. Je crois qu'on ne baisse pas la barre. D'abord, il vaut mieux que ce soit nous qui la baissions plutôt que de laisser l'Assemblée générale la baisser. Par exemple, s'il arrivait à la responsabilité ce qui est arrivé à la clause de la nation la plus favorisée, ce serait beaucoup plus ennuyeux que si nous prenons l'initiative de dire que nous considérons qu'il n'est pas utile que ce soit un traité. Mais peut-être que c'est une œuvre doctrinale, mais une œuvre doctrinale très particulière du fait justement de ce qui donne à la Commission son caractère irremplaçable, c'est-à-dire cet aller-retour avec les organes intergouvernementaux, avec les Etats. Et ceci, je crois, est absolument irremplaçable, comme l'a dit M. Daudet, c'est notre légitimité, et c'est quelque chose que nous devons cultiver et garder à l'esprit. Alors, ce large accord qui est en train d'émerger sur le fait qu'au fond on n'a pas besoin, à tout prix, de rédiger des conventions est intéressant, même si M. Daudet nous a mis en garde contre un effet de balancier excessif. Mais, je crois que de nombreuses solutions sont possibles. Par exemple, on a parlé de guides de la pratique, de directives, de déclarations, vers lesquels nous nous acheminons déjà, mais par exemple aussi la mixité. Personnellement, je suis partisan des « zèbres juridiques », c'est-à-dire de l'idée qu'on peut très bien avoir sur certains sujets des parties qui se prêtent à une conventionnalisation et des parties qui ne s'y prêtent pas. Au fond avec les réserves aux traités, c'est ce que l'on va avoir, puisqu'il est acquis que nous faisons un guide de la pratique et que ce guide de la pratique va s'appuyer sur quatre articles d'une convention. Donc, on aura un régime juridique mixte, qui sera à la fois conventionnel, s'appuyant sur les articles 19 et suivants de la Convention sur le droit des traités, et en même temps un régime recommandatoire, *soft* même si cela déplaît à certains, et je pense que c'est satisfaisant. Sur la responsabilité,

je crois que c'est le Gouvernement autrichien qui a proposé quelque chose de ce genre en disant qu'on pourrait peut-être avoir, d'une part, soit une déclaration de principe, soit même un traité avec les principes clés et puis, un guide de la pratique qui serait un projet d'articles commenté.

Voilà, j'en ai terminé. J'ai lancé quelques idées qu'on aura l'occasion d'approfondir au sein de la Commission, la semaine prochaine avec le Groupe de planification.

M. Mohamed Bennouna¹⁹⁸. M. Alain Pellet vient de dire qu'il y a une proportion de 9 professeurs seulement par rapport aux 34 membres de la Commission. Peut-être que ces professeurs compensent en parlant trois fois plus que les autres, alors je ne vais pas parler trop longtemps. Je dirais d'abord que je suis d'accord, si étonnant que cela puisse paraître, avec beaucoup des choses mentionnées par M. Pellet et notamment le fait que nous sommes des généralistes. Pour faire la comparaison avec le monde médical, il y a les internistes, c'est-à-dire ceux qui font la synthèse, qui ont une vue générale; nous sommes généralistes, je suis entièrement d'accord là-dessus, nous devons nous tenir à cette vue globale du droit international public général. Nous sommes des conservateurs, probablement, mais nous le sommes parce qu'il faut du temps, il faut une décantation pour pouvoir se prononcer sur des questions aussi complexes et aussi difficiles qui mettent en cause le monde entier. Nous ne sommes pas en train de traiter de problèmes notariaux, pour l'achat d'un immeuble ou d'une épicerie, il est donc tout à fait normal, à mon avis, de se donner le temps. Si on doit décider de la responsabilité des Etats, de problèmes concernant les accords entre pays, il faut se donner le temps, le temps est un élément essentiel. C'est justement pour cela que je n'ai pas compris l'intervention de M. Hans Corell, je m'en excuse. Il est venu nous dire qu'il est manager, qu'il y a des problèmes d'argent aux Nations Unies, on s'en serait douté, et que nous coûtions trop cher. Alors, en tout cas en tant qu'experts, je peux rassurer M. Corell, nous ne coûtions pas très cher, pas assez cher au goût de beaucoup d'entre nous, étant donné le rapport temps-qualité, entre la qualité des personnes qui sont ici et la rémunération qui est la nôtre, certains ont d'ailleurs voulu y renoncer. Et je peux rassurer M. Corell que, personnellement, je suis prêt à y renoncer, avec d'autres ici présents, si cela peut aider les Nations Unies. Mais en réalité, ce qui coûte cher, semble-t-il, dans cette réunion ce sont les traducteurs, c'est l'interprétariat, avec tout le respect que j'ai pour leur travail. Ce n'est quand même pas la faute de la Commission s'il y a cinq ou six langues officielles. Alors, M. Corell ne doit pas s'adresser à la Commission pour ça, il doit s'adresser à d'autres organes des Nations Unies qui sont disposés à réduire ces langues. Après tout, la Cour internationale de Justice fonctionne sur deux langues. Maintenant, je ne comprends pas non

¹⁹⁸ Ancien membre de la Commission du droit international, 1987-1998.

plus M. Corell quand il nous dit qu'il faudrait travailler comme on travaille dans des entreprises. Alors, je regrette, il s'est trompé d'endroit, de termes de références, de délais, d'évaluations du travail avec un temps déterminé pour le rendre. Et bien, ce n'est pas ça, autrement il faut nous payer beaucoup plus cher et à temps plein. Nous ne sommes pas à la Commission à temps plein, nous venons ici en tant que volontaires et nous faisons un travail dans lequel nous considérons qu'il y a une part de morale et d'éthique, c'est-à-dire un engagement éthique de notre part. Nous sommes ici en tant qu'organisme travaillant sur le long terme, effectivement, un organisme que l'Organisation se paye, et heureusement qu'elle se le paye, parce qu'il y a beaucoup d'organes au sein des Nations Unies qui ne servent vraiment à rien, qui coûtent beaucoup plus cher que la Commission du droit international et qui passent leur temps à des élucubrations de nature politique. Que l'Organisation se paye cet organe pour faire la jonction entre l'éthique et le pouvoir, comme dirait Georges Scelle, pour essayer de dégager des grandes lignes dans le droit et dans le long terme, je pense que c'est une excellente chose. Il y a eu un inspecteur des Nations Unies, M. Bertrand, qui dans son évaluation des Nations Unies avait estimé que, s'il y avait un organe incontestable dans l'Organisation, ce serait la Commission du droit international. Il faut arrêter de revenir vers la Commission avec ces critiques déplacées.

Il y a peut-être une chose dans ce qu'a dit M. Ahmed Mahiou, qui reprend une remarque faite, en son temps, par Roberto Ago, qui consiste à dire que les temps changent et la Commission a fonctionné en une période de guerre froide, de division Nord-Sud, d'affrontement, elle fonctionne aujourd'hui dans un contexte différent. Cela est vrai et je crois que depuis les années 90 la Commission va avoir aussi, comme la plupart des organes des Nations Unies, à prendre en compte le fait que nous sommes dans un autre monde et que nous devons probablement fonctionner différemment et probablement que le besoin en conventions n'est plus le même et qu'une adaptation de notre travail aux temps nouveaux est nécessaire.

Sur un plan pratique, quand aux sujets proposés, je crois qu'il faut que la Commission se situe à un juste milieu entre la doctrine qu'elle n'est pas et le législateur qu'elle n'est pas non plus. C'est pour cela que je ne suis pas tellement favorable à une relecture, parce que ce n'est pas le lieu, il ne faut pas nous ramener à un organe doctrinal, il y a pour cela l'Institut de droit international. Je ne suis pas, non plus, favorable au fait de prendre la place des Etats, il faut qu'on soit ce lien entre la doctrine et les Etats. Pour ma part, sur ce qui a été proposé, explorer des sujets entre le droit international public et privé, c'est-à-dire entre droit interne et droit international, serait une excellente chose pour la Commission à l'avenir. Je crois que, avec la mondialisation et toutes ses conséquences, nous sommes dans un monde où les choses vont, de plus en plus, être entremêlées. Il faut que nous allions voir ce qui se passe dans les relations

entre le droit international public et le droit interne, je crois que l'on attend cela de nous. Peut-être que la corruption, qui est un sujet qui est revenu tellement souvent, ou la multiplicité des juridictions sont des sujets qui sont intéressants de ce point de vue. Il ne faut pas oublier, par exemple, que des sujets sont traités au sein de différents organes sans qu'il y ait véritablement de coordination. Par exemple, l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce traite de contre-mesures au moment où, nous aussi, nous traitons de contre-mesures. Une prise en compte de cela est nécessaire. De même la relation entre la future cour pénale internationale et la Cour internationale de Justice est un sujet qui devrait donner lieu à réflexion pour l'avenir.

Mr. Igor Ivanovich Lukashuk¹⁹⁹ (translated from Russian). I asked for the floor simply to react to what I deemed a very interesting remark by Mr. Abdulai Sayed. As you know, he touched on the most important area of our work. We are not idealists or professors, we are not cut off from real life, we study the practice of States most attentively. However, at the same time the Governments do not always understand us. Why? Well, I think that it is perfectly simple. Our basic approach is about how international law ought to be, in terms of real life, what Governments do. They are basically guided by their own narrowly viewed national interest and look at what would be good in a convention or not. Every year, the General Assembly adopts a resolution saying that there needs to be closer coordination between the Sixth Committee and the Commission. What does this mean? That we have to take greater account of the views of Governments, and so it seems to me that this question is something that deserves discussion at our meetings, and maybe we could even set up a special group for that.

M. Yves Daudet. Je me suis soucié de la question du morcellement, de l'éparpillement du droit international et par conséquent du rôle que la Commission pourrait jouer en matière de promotion et de développement du droit international général. Je dirais que la Commission pourrait être un peu comme un ciment. Je rejoins ce qu'a dit tout à l'heure M. Alain Pellet, c'est une question que je m'étais moi-même posée. Comment la Commission pourrait-elle se situer par rapport aux autres organes techniques qui travaillent sur des questions plus particulières ? C'est une question qui n'est pas sans rappeler la situation de la Cour internationale de Justice par rapport à d'autres juridictions et certains juges se sont émus de cette situation de risque d'éparpillement du droit international et avaient même imaginé qu'on pourrait avoir un système qui rappellerait un petit peu, toutes choses égales par ailleurs, l'article 177 du Traité de Rome et le recours préjudiciel, adapté bien entendu. C'est un peu la

¹⁹⁹ Member of the International Law Commission, 1995-.

même idée qu'exprime M. Alain Pellet en disant que les organes techniques pourraient nous consulter sur les aspects de droit international général. C'est probablement une bonne idée qui pose tout de même, à mon avis, une question que je pose respectueusement aux membres de la Commission :

Est-ce que vous ne craignez pas qu'on vous reproche de vous placer dans une situation hiérarchique, qui serait peut-être mal vécue par tel ou tel organe, qui n'accepterait pas très volontiers de voir sa copie corrigée à l'encre rouge des professeurs de la Commission ?

Mr. Vaughau Lowe. My point is basically the same. I think that the key to it and the point that unites practically everyone is that if the Commission can adopt a more limited conception of its rôle and see that in terms of cooperation with other bodies. The Commission does not necessarily have to consult experts in order to enter itself into the codification of a particular field, but rather work along with experts to make its own contribution in the areas where it can best make such contributions. And I agree with Mr. Yves Daudet that the crucial contribution that it can make is holding together the cohesion of the international legal system as between divergent tendencies in different regions of the world and in different subject-matter regimes. This, I think, is where the future of the Commission lies.

Mr. Hans Corell. I would like to say that, obviously, I must have expressed myself in such a way that Mr. Mohamed Bennonna misunderstood me. I certainly have not said that the Commission costs too much or that the Commission should work like a company. I simply wanted to bring into this discussion the realism of the Secretariat of the United Nations. These are questions that I am being asked by those who manage the Administration. When we have a capped budget, and I have had the experience of making the last two budgets for the legal department, the Administration caps the budget and then you are left on your own to fend for yourself within that cap. This means that I have to go around, within my own department, to see where the cuts are to be made. We are luckier this year because of the exchange rate between the Swiss franc and the United States dollar. If that rate changes we will have dramatic changes in the budget of the Organization. I can assure you that I am really very concerned about that development. I can assure Mr. Bennonna that I am not at all suggesting that the Commission costs too much. I know that the remuneration of the members of the Commission, by international standards and by company standards, is very, very low, but do understand that there is a realistic exercise behind all this when we come to the preparation of the budget.

M. Guillaume Pambou-Tchivounda. C'est le moment de conclure cette cinquième séance du séminaire qui a porté sur un thème mobilisateur, nous en avons parlé toute la matinée, nous serions même sur le point de commencer une cinquième séance *bis*, si cela était possible. C'est donc dire tout l'intérêt qu'a présenté cette problématique. Une problématique qui a mené les uns et les autres à s'interroger sur les méthodes, à s'interroger sur l'œuvre, sur les perspectives, car au fond c'est de cela qu'il s'agit. Je crois que ces perspectives ne sont pas celles de la Commission mais bien celles du droit international. Je crains fort que cette question ne soit pas qu'une question de doctrine, qu'elle ne soit pas qu'une question de politiciens ou une question politique, mais une question qui intéresse tous ceux qui sont partie prenante à l'ouvrage que constitue le droit international. Je dirais que cet ouvrage est à la croisée des chemins et c'est ce qui aura justifié, précisément, cette cinquième séance dans l'esprit de ceux qui ont conçu l'architecture de ce séminaire. Je voudrais saluer l'intérêt que les débats de ce matin ont pu susciter par rapport à cette question. Il appartient désormais à la Commission du droit international de s'ajuster par rapport à cette problématique et ainsi certainement de donner espoir à tous les Etats et à tous les acteurs internationaux. Vous m'avez confié une tâche délicate que j'ai essayé de mener à terme de mon mieux. Je voudrais remercier les conférenciers qui ont fait apparaître dans leurs visions, certainement différentes, des lignes de convergence. Je voudrais remercier les deux membres de la Commission qui ont ajouté, dans le même sens de l'équilibre, des convergences de vues. Je voudrais remercier toute la Commission et les délégués qui ont bien voulu participer et apporter à la Commission leur vision, leur contribution par rapport à ce sujet. M. le Président, Messieurs les Conseillers, Mesdames, Messieurs, je considère que la séance de ce matin est levée.

VI

USES AND PERILS OF CODIFICATION

*

LES USAGES ET LES DANGERS DE LA CODIFICATION

**Introduction by the Chairman,
Mr. Igor Ivauovich Lukashuk²⁰⁰**

Thank you all for coming to this session. I do not think I need to introduce the members of this forum. You all know Mr. Awn Al-Khasawneh, our old friend, and one very experienced in the practice and theory of international law. As for Mr. Georges Abi-Saab, it is difficult to find a law book without quotations from his work; we all know him well. And our colleague, Mr. Didier Operti-Badan, is not only a theoretician but a man of practice and experience. I am very thankful to you for your participation.

I would, especially, like to invite the younger generation, not to sit quietly along the wall, but to participate in our discussion. We are very interested in your opinion, and, especially, I would be delighted to listen to our young ladies. The reason for this is that I believe that one of the reasons for the setbacks of our Commission is that the best part of humankind is not represented. It is not our fault; we are ready to accept ladies in our Commission. It is the Governments. There are not many women who are Heads of State, Prime Ministers, or Ministers of Foreign Affairs. Only Mr. Robert Rosenstock works under the guidance of a female Secretary of State. So, please do not be shy. If you have any opinion, we'll be glad to hear you and we will always be very attentive to you.

I now give the floor to Mr. Abi-Saab.

²⁰⁰ Member of the International Law Commission, 1995-.

Presentation by Mr. Georges Abi-Saab²⁰¹

Thank you Mr. Chairman. It is a signal honour for me to be here today and to participate in this celebration of the fiftieth anniversary of the International Law Commission. It is a very nice anniversary because it stretches over three years. The resolution establishing the Commission was passed in 1947, the statute was adopted in 1948 and the first session took place in 1949. So I already look forward to the next celebration. While acknowledging the honour, I am also a little diffident, as I am about to speak under double or even triple jeopardy, as common-law lawyers say. First, because I was one of the rapporteurs at the earlier celebration in the General Assembly last October,²⁰² and it is very difficult to say something new on the same subject within six months. Secondly, I was supposed to be the second speaker today, so I had hoped that my colleague, Mr. Hugh Thirlway, would say so much that I would only have to pick one or two of his points and comment on them but, unfortunately, he fell ill. Thirdly, I was initially asked to draw some general conclusions, but when I received the programme I discovered that I am to speak about uses and perils of codification, a subject which should logically have come at the beginning rather than at the end, after discussing the work of the Commission. Anyway, as a result, I propose to combine the two: I will start with a very brief flashback on the uses and perils of codification,²⁰³ which I will follow with a zoom forward, trying, in the light of the rich debates we have had during these two days, to draw some conclusions as to the way forward for the Commission which would maximize the uses and minimize the perils.

The uses and perils of codification

I would like to start with a few words about the meaning of codification. Do we define it by its origin or by its destination? By the input or by the output? This is a very important question which was put forward very early in the history of the Commission by no lesser authority than my own teacher, Sir Robert Jennings, in his famous article in the *British Yearbook*

²⁰¹ Graduate Institute of International Studies, Geneva; Global Professor, New York University Law School.

²⁰² Georges Abi-Saab, la Commission du droit international, la codification et le processus de formation du droit international, *Making Better International Law: The International Law Commission at 50*, Proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law (1998) (United Nations publication, Sales No. E/F.98.V.5), p. 181-200.

²⁰³ I have treated this subject at some length at the New York Colloquium, *ibid.*

of International Law of 1947.²⁰⁴ For him, codification is the production of a code, which means a complete system of rules covering an important subject or an important field of law. For Sir Robert Jennings, therefore, it is really the output that defines codification. It is the architectural activity defined by the ensuing edifice rather than the building blocks used to construct it. This is not a moot question. If we go by input, codification would be limited to working with pre-existing legal material, though the distinction which appears in article 15 of the statute of the Commission between codification and progressive development has proved very early on in the work of the Commission to be impracticable. In fact, as soon as it broached its first important endeavour, the law of the sea, it declared that it would not even try to distinguish one from the other. The difference between them is a question of degree, for once one intervenes on unwritten law to transform it into written law, there is a "value added", which is an element of legislation. It is a question of degree, of how far the intervention goes.

If we look at codification as output, it is very important in evaluating the work of the Commission to note that it has concentrated—as codification in this sense should—on large edifices of law, on architectural efforts rather than acting like a mechanic who deals with one specific problem or another. The difference is important because it distinguishes a body like the Commission from, for example, a unit of advisory legal services to which specific questions are submitted with the expectation of receiving specific answers (including draft legal instruments).

What are the advantages of codification? As we all know, codification makes law more visible and more clear—more visible, not only as to its content, but also as to its very existence. If it is visible, clear and accessible, it will be more widely used. Someone, in a small country, in a distant place, would not easily find the applicable law if he has to look into treaties, precedent and State practice and so on. But if he has the International Law Commission's handbook, *The Work of the International Law Commission*,²⁰⁵ with all the different conventions and drafts, he will be able to find the legal answers to his query. In a way, codification brings law more closely into the daily life of the legal community. Moreover, by associating the representatives of new States in the elaboration of these codes, it makes the product more acceptable to them even if its origins predate their creation, and may even overcome their reluctance to accept third-party judicial or arbitral settlement. If the codification is done by treaty, there may be another advantage, which is, in fact, a mixed blessing, namely, that the basis of obligation of the rules changes. The instru-

²⁰⁴ R. Y. Jennings, "The Progressive Development of International Law and its Codification", *British Yearbook of International Law*, vol. 24 (1947), p. 302.

²⁰⁵ See the most recent *The Work of the International Law Commission*, fifth edition (1996) (United Nations publication, Sales No. E.95.V.6).

ment itself provides the basis of obligation of the rules, defines the parties bound by them and may even contain dispute settlement procedures. However, as we know, this is a double-edged sword.

Interestingly enough, these advantages, as summarily as I have presented them, all relate, not so much to the substance of the rules, as to the working of the international legal system itself. They perfect the legal system by making it more visible, more predictable and, to this extent, more efficient (or workable). As early as 1911, Mr. Elihu Root wrote in the *American Journal of International Law* the following about codification:

“To codify municipal law is to state in systematic form, the result of the law-making process already carried on by a nation through its established institutional fora. To codify international law is primarily to set in motion and promote the law-making process itself, in the community of nations, in which the institutional fora, appropriate for the carrying on of such a process, have been so vague, indistinct and irregular that they could hardly be said to exist at all.”²⁰⁶

What are the disadvantages of codification? The first is the danger depicted by the famous “strangling theory”: law is a living phenomenon and a direct social emanation. The fact of capturing it in written form arrests its development and strangles it by immobilizing its movement. This is true if codification is badly done, but, if it is done at a certain level of generality and flexibility allowing for adjustment and adaptation, then there is no reason for such a fear. More serious is the very widespread argument about the potentially destructive effect of codification on custom (always illustrated by the famous example of the three-miles limit in the 1930 Conference): we enter the Conference with the impression that there is a rule and we come out of it with the impression that there has never been, or at least there is no longer, a rule, that is, if no agreement is reached. If partial agreement is reached, then what is left out may be in danger. And, even if there is total agreement, it may have been reached at the price of diluting the rule itself. These are real dangers, but they are not insuperable; with good preparation, there is no reason why conferences should fail to adopt the conventions. As for partial agreement, the antidote is the inclusion of safeguard clauses, the most famous amongst them being the Martens clause in humanitarian law, which states that what has

²⁰⁶ Elihu Root, “The Function of Private Codification in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 5 (1911), p. 579. Fifty years later, Hart said almost the same thing, when he wrote that international law has no secondary rules, but is a mere collection of primary rules. (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, the Clarendon Press (1961), p. 226). This is obviously wrong, but it reflects his representation of the structure of international law which evokes Root's last remark. For a criticism of Hart's position, see G. Abi-Saab, cours général de droit international public, 207 *Recueil des cours* (Académie de droit international) [1987 VII], p. 122.

not been agreed upon in the adopted legal instrument remains subject to customary law, etc. As for the danger of dilution of the rule, it is a question of vigilance.

There is another current criticism of codification contending that it politicizes the law: rather than law developing through tribunals and lawyers, codification brings in, be it at the last stage, political representatives, which politicizes the process. However, this criticism reflects a basic misunderstanding of the nature of legislation or law-making, which is essentially a political activity, from which States cannot be totally excluded. Even if codification is to be undertaken by some neutral "legal priests", in the end, the result has to be accepted by States, which cannot be circumvented, while a good codification may convince States that their well-considered interest is in adopting it.

The great problem with codification, which is a real one, if the treaty route is chosen, is that we end up with a dual regime. Sir Hersch Lauterpacht addressed this problem by saying that it all depends: if we want spontaneous legislation (as in municipal law), then, of course, codification is not the right way, but if we have a good codification, which is adhered to progressively, then, in reasonable time, it ends up commanding general acceptance. A good example is that of the Geneva Conventions of 1949.²⁰⁷ We have understood since then that the mere staying power of a good *traité-loi*, purporting to express the law, structures the legal environment by creating legitimate expectations and ends up producing what has been called by Mr. Eduardo Jimenez de Arechaga²⁰⁸ the "generating effect of codification treaties",²⁰⁹ meaning that it passes into custom, becoming a kind of self-fulfilling prophecy, which projects itself beyond the conventional community.

The same reasoning applies *mutatis mutandis* to a codification which would not take the form of a treaty, but of a declaratory resolution. However, the great difference is that, while avoiding the double regime, the basis of obligation remains elusive, having to be rooted in general international law rather stopping at the instrument or the vehicle that expresses it.

The way forward

How does this very brief overview of the uses and perils of codification relate to the work of the Commission and its future prospects in the light of the discussions we have had during these two days? This morn-

²⁰⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, pp. 31, 85, 135 and 287.

²⁰⁸ Former member of the International Law Commission, 1960-69.

²⁰⁹ Eduardo Jimenez de Arechaga, "International Law in the Past Third of a Century: General Course of Public International Law", *ibid.* (1978), pp. 14-22.

ing, Mr. Gerhard Hafner²¹⁰ said that the programme of work laid down for the Commission at its inception has been covered, with the exception of three or four items. I think we all feel that the Commission has reached a crucial juncture, where it has to take its bearings and perhaps try some new directions. I am not speaking of a crisis. Not that I am afraid of Mr. Alain Pellet²¹¹—in spite of the pervading syndrome I sense in this room of “who is afraid of Alain Pellet”—but because I do believe that there is no real crisis, although we all have, or have had, a middle-age crisis at around fifty. The Commission has done extremely well, even unexpectedly so. Mr. Hafner also has mentioned epistemic communities and I would like to emphasize the epistemological effect of the Commission. It has contributed to a fundamental change in our perception and in our way of handling international law. We now deal with international law as written law. We proceed from texts enunciating general rules, while when I was a student we proceeded either from the doctrines of professor A, B or C or, if we were in an Anglo-Saxon university, from the *Schooner Exchange*,²¹² the *Caroline*²¹³ and a few other such cases. We now deal with international law in a very different way and to a great extent that is thanks to the Commission and its achievements.

These achievements are the result of choices made by the Commission as to the subject matter, the method of work and the type of final product best suited for its endeavours. From the outset, it had to position itself along several schedules, and managed progressively to achieve a delicate balance between their opposing poles, particularly between clarity and complexity; generality and specificity; the technical and the political (or extra-legal); and substantial progress and wider acceptance.

The Commission has, thus, chosen to work on subjects which are relatively technical (without necessarily avoiding their politically controversial aspects), and it addressed them by formulating general normative propositions at the level—along the schedule generality/specificity—of operational rules of general international law. It paid little (or less) attention to general principles with wider political implications, but which are not operational by themselves (i.e., without further specification), although it drew the consequences of such principles in the operational rules it formulated in the more technical fields, such as the law of treaties and State responsibility. On the other hand, the Commission also has successfully avoided the extreme level of specificity and redundant detail that frequently besets Anglo-American drafting (and which corresponds to and sometimes even goes beyond the level of internal regulations—*règlements d'exécution*—in municipal law).

²¹⁰ Member of the International Law Commission, 1997-.

²¹¹ Member of the International Law Commission, 1989-.

²¹² *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136 (1812).

²¹³ *The Caroline Case*, *Moore's Digest and International Law*, vol. II, p. 412 (1906).

There is a limit, however, to the type of normative substance the Commission has been handling. It has processed a good part of it. In economic terms, we could say that it may be approaching the stage of diminishing returns if it continues concentrating on the same type of normative material (which I will shortly define). Put differently, it runs the risk of decreasing relevance, considering that different types of legal issues are drawing more attention and given greater importance. This takes us back to the question raised by Mr. Hans Corell²¹⁴ this morning of the political visibility and saleability of the product as an enabling condition for undertaking its production. What should the Commission do? And how?

The progressive development of international law and its codification is part of the global strategy of the United Nations Charter to promote the rule of law in the international society (Article 13). It can be done either by making explicit the structure and thickening the texture of the international legal system—working through existing material—or by extending law's empire to uncharted areas, which is *ex nihilo* legislation. Where does the International Law Commission stand in this general strategy?

Contemporary international law can be classified into three relevant categories. The first encompasses the constitutive principles, which occupy, to some extent, the place of the fundamental rules in any legal system, similar to that of the constitution of a State. Beyond or, rather, below them, there are two different categories of law: one is the law of current international transactions and relations. Mr. Vaughan Lowe²¹⁵ called it transactional law and Mr. Hafner synallagmatic law. This is law based on reciprocity, exchange of considerations, etc. The other category of law can be called the law of cooperation, in other words, the law based on commonalities, law proceeding from common interests and common values. The difference between transactional law and the law of cooperation is that the former tries to regulate situations where the parties are in a "zero sum game" type of relations, whilst the law of cooperation regulates "non-zero sum game" situations.

The Commission has concentrated on the second layer of transactional law, which occupied the bulk of every book of international law up to the 1950s. The general principles are covered (if at all) in a few pages, including in the eighth edition of Oppenheim, published in 1955. The general principles are included because they are important for the logical coherence of the system. They are not treated, however, as operative rules. In fact, the great contribution of the United Nations has been to try to make explicit these rules and render them more constraining as le-

²¹⁴ The Legal Counsel of the United Nations.

²¹⁵ Reader in International Law, University of Cambridge, and Fellow of Corpus Christi College, Cambridge; Barrister, Essex Court Chambers, London.

gal reality. Unfortunately, although this process had started in the Commission, with its early work on the rights and duties of States and the first version of the Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, the final product came from special commissions, as graphically illustrated by the Friendly Relations Declaration²¹⁶ and the definition of aggression. These escaped the Commission, which concentrated on the second layer, as I have already said, and there we are reaching the point of diminishing returns because most of it has already been processed.

As to the third layer, it covers such subjects as human rights, the environment, even international criminal law, which is also based on common values through sanctioning their violations, as well as the perceived growing needs for devising the structures of common management of new technologies that cannot be treated only on a commercial basis. The Commission has not worked much in these fields, with the notable exception of the Draft Statute of the International Criminal Court.²¹⁷ The reason may be that the legal regulation of these fields cannot be purely normative, but has to be institutional as well because of the crucial role of monitoring procedures therein, and the fact that methods of prevention and avoidance are much more appropriate than the traditional ones of peaceful settlement of disputes.

At this juncture, the Commission should try to position itself again in relation to these three categories and consider what best can be done in each of them. Mr. Lowe reminded us that, contrary to the general impression, the task of the Commission, as stated in article 1/1 of its statute, is not “the progressive development of international law and its codification”, but “the promotion” of these activities, which do not have to be carried out exclusively by the Commission, particularly where the subject matter calls for specialized non-legal expertise or for greater political input?

Clearly, the Commission has no monopoly over these activities (which can be loosely called the “legislative” or “quasi-legislative” function of the United Nations), nor is it capable of undertaking all of them, even if it wanted to. Where should it then concentrate its efforts and what kind of division of labour should it promote, with a view to producing the best total effect?

Coming back to the tripartite classification of contemporary international law, I do not think that what I have just said necessarily implies, in

²¹⁶ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations: General Assembly resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970.

²¹⁷ See the Rome Statute of the International Criminal Court, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998; for text of the Rome Statute, see document A/CONF.183/9.

answer to these queries, that the Commission should relinquish the constitutive principles and the law of cooperation and continue to confine itself to the law of international transactions and relations. Nor does it mean that it has to labour over them in the same manner or to the same degree as it does in its choice field of transactional law. The role of the Commission can be different, but, in my submission, should not be non-existent.

Indeed, it would be a pity for the Commission to shy away completely from the constitutive principles, which are the backbone of the international legal system, while having in any case to deal with their consequences in any subject it has to handle. To me, the argument that they are too political is not convincing. Political here simply means that they are controversial. But we have seen in the course of our debates that even ostensibly technical subjects, such as State immunities, can be highly controversial. I agree with what Mr. Pellet said in this regard, that it is the maturity of the subject for being formulated in normative terms rather than the controversialism of its subject matter that should command the choice. The changes taking place in the world compel us to reconsider the constitutive principles and reinterpret them against this rapidly changing background, as the Friendly Relations Declaration did a quarter of a century after the adoption of the United Nations Charter.

I realize that this may be a delicate political exercise, but the Commission can undertake it in collaboration with a political (or representative) organ designated for that purpose, producing, for an example, a first technical rendering (possibly with alternative formulations) that would be examined later by the political organ, as it can examine the output of the political organ before its final adoption, with a view to ensuring legal coherence and workability.

I also think that the Commission should not stay completely out of the third category, the law of cooperation which is the largest field of expansion of international law (unlike the constitutive principles which are by their very nature limited and infrequently revisited), even though it requires a different approach to legal regulation. It calls for exercises in what can be called "virtual legality", like virtual reality, in the sense that the Commission has to devise, almost from scratch, complete new regimes, including important institutional designs for new phenomena. This may call for extra-legal know-how, owing to the subject matter, for which the Commission can solicit external individual or institutional expertise, while concentrating on the legal architecture. Of course, such an exercise partakes more of legislation than of codification and progressive development. But if the Commission is solicited (as it was for the Draft Statute of the International Criminal Court), or an opportunity arises for it to offer its services, and if there is a widely perceived need for such a regime, there is every reason to expect the offer as well as the final product

to be well received, and even for the Commission to obtain the material support needed for this purpose.

The International Law Commission should not be absent from any of the three categories, though the degree of its implication in each of them may vary widely. This also is dictated by the unique position it occupies within the United Nations structure. For while it is true that, according to Article 13 of the United Nations Charter, the function of "encouraging the progressive development of international law and its codification" is the responsibility of the General Assembly, it also is true that the General Assembly has entrusted this task principally to, or rather discharges it principally through, the instrumentality of the International Law Commission. The Commission is, thus, the only United Nations permanent organ that is exclusively devoted to this task, be it a subsidiary organ working under the authority of the General Assembly (the Economic and Social Council is materially in the same position, in spite of its formal status as a "principal" organ of the Organization). Thus, substantially, though not formally, it is the principal specialized organ in charge of this task within the United Nations.

As such, in addition to undertaking whatever it is best able to handle on the substantive level, the Commission is the only organ within the system which is in a position to play the pivotal role of attending to the normative unity and coherence of the international legal order at the legislative or quasi-legislative level, similarly to the International Court of Justice on the adjudicative or interpretative level. But here, as with the Court, the Commission has to be conscious of the necessity of filling this role (which is in search of an actor) and to aim at filling it by seizing on all the opportunities to do so and by exercising leadership in this regard among the diverse organs working in this field within and even beyond the United Nations, not because of any formal hierarchy, which does not exist, but as a *primus inter pares*, deriving its authority from the quality and the sagacity of its work and judgement.

In sum, in a fast-moving world, the Commission has to look for opportunities and take the initiative. If the Commission always must have a very wide consensus over what already exists before even starting to move, it will not keep up with the pace of changes in the world and will progressively lose ground. This may be one of the perils of codification that it will encounter: the peril not of going too quickly but rather of being too slow and, thus, losing in terms of credibility and significance.

Presentation by Mr. Didier Opertti-Badan^{218, 219}

Since the beginning of this morning's meeting, I have listened attentively and with some concern to the expression of doubt that has arisen in the minds of certain members of the Commission, not so much with regard to its method of work or its aims, but with regard to its actual nature. I would like to underline a number of points relating to the uses and perils of codification. I shall do this in the most Cartesian way possible: going from the major to the minor, from the largest to the smallest. I would say that it is a good idea for the Commission to ask itself, in good faith, what role it has to play, what it is, what its nature is.

In my view, the Commission is a body which works within the United Nations system. It is not an isolated body; it is independent; it is technical. Its members do not act within the Commission as representatives of their Governments, although obviously, depending on the level of intellectual or diplomatic commitment they may have to their States, the members have to reflect their origins within the Commission. I think that the fact that the Commission is composed of people from different regions of the world is positive. Without looking at it in mathematical terms of proportionality, I think that what is essential is whether the "cocktail" is a good one. I believe it is a good one, even if, at times, the exercise in isolation of an individual political will may tend to lead to results not in tune with our times.

With regard to the scope of codification, someone said this morning, I think it was Mr. Alain Pellet—and I am among those who are not afraid of him or his ideas, because they are thought-provoking—who said that the concern of this Commission should be the codification of general international law. I agree with him on that and on the fact that we should keep to a triad that looks at the object, the method and the product or result.

With regard to the object, I agree with Mr. Pellet that the object of codification must be general international law. I agree with this because it enables us to visualize the work of the Commission as being compatible with regional codification. Today, reference was made to an example of this. Mr. Václav Mikulka²²⁰ mentioned, among the many topics that could be dealt with, the topic of corruption. In March 1996, in the inter-American region we studied the adoption of a convention on corruption which treats certain kinds of corruption as crimes. This field is not just regional; corruption has a vocation to be universal. What happened in

²¹⁸ Member of the International Law Commission, 1997-.

²¹⁹ Translated from Spanish.

²²⁰ Former member of the International Law Commission, 1992-1998, and now Director of the Codification Division, United Nations Office of Legal Affairs, effective January 1999.

this case is perhaps that the time for development in our region was ripe. There are some matters that can be dealt with both regionally and universally, and others that must be dealt with universally. Codification of topics, such as State responsibility, reservations, lawful and unlawful activities and unilateral acts, for example, is common to international interests. Someone here today said that it would be a good idea to look at some concepts of international private law. Is it really *alien juris* for the Commission, something outside what constitutes the normal ambit of our work? Why should the Commission not look at it? It is not an academic's whim, it is, simply, that the world has changed. International economic agents today, whether public or private, work mostly in the area of private international law, in fields like investments, commercial transactions, international loans. The State also is acting in the industrial and commercial sphere. Therefore, international law, unless it wishes to avoid that area, should at some point decide to deal with rules of the game that are not traditional topics but have now come onto the international stage.

Mr. Pellet spoke about method. I have to say something about it, too. Frankly, I do not agree with the methods of the Commission. Some may think that, perhaps, I am not in the best position to bring forward this criticism, as I am not often present, but that is because I live 11,000 kilometres away. However, I think that methodology influences the time needed by the Commission to carry out its work. This Commission takes too much time. It is very slow in its work, extremely slow; it does not keep up with the pace of the present times. I think that the young people listening to us here must see us as tortoises in a world that is progressing at a much quicker pace. Time is absolutely fundamental for some matters of international law. Time has gone by, the wheel has already been invented, and gunpowder was invented a long time ago. We take too much time and that influences the budget and the final result, the product.

Mr. Pellet spoke about the product. The product is a bit like medicine, and sometimes medicine comes too late to save the patient. I am concerned that if we are not careful the remedies of the Commission will come too late. There is a malfunction between the time the Commission takes to reach a result and the pace at which the world is developing and that too has to do with methodology.

Finally, the dangers, the perils—I see them first of all from the point of view of expansion. This Commission cannot be expansionist, meaning that it should not intervene in matters that belong to regional law *per se*. I have my doubts as to whether the Commission should deal with human rights or reservations. I have expressed these doubts, rather discreetly, at the last session. I believe that regional matters should be looked into with great care and respect.

The other peril is lack of coordination. It is difficult to coordinate and the development of regional conventional law does not make the task of determining legal rules any easier. It seems that the Commission does

not have the background for it. Lack of coordination is a peril. It can be overcome, of course, and it is not an absolute danger, but it is a latent peril which is very present for the time being.

Codification is always difficult, in both domestic and international law. Codification means setting down certain criteria in a permanent fashion, not just for the moment. This contributes to a certain stability. However, stability does not seem to be the main feature of the times in which we live. Stability is one of the factors that show the most erosion and that is clearly the influence of politics on international law. Politics show situations in a completely different light than that envisaged in international law. Today, we cannot say that legislation meets the needs of the new international society. I admit the difficulty in setting down criteria in codification. I recognize this, but at the same time it should be recognized that we have to have some cooperation with diplomatic bodies. I understand the Secretary-General's letter of 6 October 1997 to Mr. Pellet, I understand it perfectly. This letter implies the need to reflect on the role of this Commission and that is what we are doing. It seems to me that perhaps we could think of some kind of relationship or link that would be more stable between the Sixth Committee and our Commission. It could be a rapporteur from the Sixth Committee working within the Commission and linking it with the Sixth Committee. I introduce this as a suggestion for the moderator, not as a categorical proposal. We also should bear in mind the fact that some important codifications are being tackled by regional organizations which carry out work that is similar to ours. It could be useful to invite them to one of our sessions, to meet with them so as to work together in better harmony. That is all I want to say for the time being.

Presentation by Mr. Awn Al-Khasawneh²²¹

Our Commission is the body primarily mandated with the codification and progressive development of international law within the United Nations system. I would like to state, immediately, that I agree with my distinguished colleague, Mr. Georges Abi-Saab, on the fact that from very early on the distinction between progressive development and codification was bound to be illusory. So referring to codification, which is in the title of the topic of today's session, I also mean progressive development.

Yet, as everyone knows, the concept of codification is much older than the Commission and the United Nations. One thinks of the laws of Hammurabi, of Justinian, the Visigothic Codes, the laws of Suleiman the Magnificent and the Napoleonic Code, which are known to students of law. Their existence testifies to what I would call an urge, in different societies and at different times, to produce a set of rules in written form which constitutes a yardstick against which the rights and duties of the subjects of the law can be measured and regulated objectively. Hence, it can be said that the first use of codification is that it should provide, in the interest of justice, certainty of applicable law. I found it interesting, in listening to Mr. Lucius Caflisch's²²² presentation on State immunity yesterday, that a comment was made to the effect that the draft on State immunity should be revisited, because in some national societies industrial and business interests wish to know the applicable law and hope to find it in a convention. Yet, while the main use of codification is that it provides, or at least should provide, greater certainty of the law and easier accessibility, it is by definition a process of standardization and uniformity rather than a process of creativity and of fine tuning. There is something regimental and monolithic about codification, and it is perhaps no accident that the great conquerors of the world also have tended to be the great codifiers.

This, of course, does not suggest that codification is the only answer to providing greater certainty of the law. The development of Islamic law, in the classical age, with which I am slightly familiar, tended to rely on the writings of jurists and a subtle system of precedents, not unlike the doctrine of *stare decisis* in the common law, which was used to distinguish precedents. The system depended for its efficacy on the existence of a body of jurists and doctors of law, highly erudite and sharing the same educational grounding in the law. It is interesting that the system worked fairly well, and it was only in the later part of the nineteenth century when the Ottoman Empire was increasingly coming under the influence of European, especially French, ideas and concepts that the

²²¹ Member of the International Law Commission, 1987-.

²²² Legal Adviser to the Swiss Ministry of Foreign Affairs.

first attempts of codification of Islamic laws took place in the form of what came to be known as the Ottoman Magella or Ottoman Gazette. It is noteworthy that in the introduction to the Magella its authors lament the passing away of the illustrious doctors of the past, on whose work reliance could be made to ascertain rights and duties, and conclude, therefore, that a need arises in the interest of justice to provide a compendium of legal rules.

This is a brief background introduction to the idea of codification, necessary in my opinion, so that things could be kept in context. What, for our present purpose, are the uses and perils of codification? Perhaps one should add, what are the perils to codification? The uses are obvious. Mr. Abi-Saab has dwelt on them at length and there is no need to repeat them. I will, therefore, move on to the perils of codification. In addition to the three perils of the theory of strangulation of Mr. Roberto Ago,²²³ according to which codification tends to destroy custom, although in my view the destruction is temporary, lasting only until contractual law passes into custom once again, and the existence of a double regime, the perils I was thinking of are of a different nature. There is no doubt that the world in which we live is marked by a huge cultural heterogeneity. This, to my mind, constitutes the greatest obstacle to codification. The conquerors of the past could impose their codes, but in our world, given the democratic nature of international law, this is not the case. We should remember that international law is an essentially democratic process, because States are free to accept or reject international conventions, and the process of law-making becomes an increasingly slow, time-consuming process, with compromise taking precedence over logical consistency. To illustrate the problem, let us take two examples and contrast them. The first is from the law of human rights. You are well aware of the debate on the universality of human rights, with some maintaining that an objective standard, applicable to all societies, exists, and that Governments, regardless of the degree of economic development and of national priorities, should be held accountable for infringements of human rights obligations, while others argue that this is a form of cultural imperialism. I think that this debate is inconclusive and is likely to remain so. The other example is from the law of non-navigational uses of international watercourses. The whole process was predicated on the observation, made in the late 1970s, that watercourses have specific geographical and geological characteristics and serve different human needs but, at the same time, common watercourse characteristics exist. The solution devised was an umbrella agreement approach, consisting of general residual rules, applicable in the absence of agreement, while the specificity of individual watercourses would be addressed by watercourse agreements. Is it not possible that the umbrella agreement solution would have suited the

²²³ Former member of the International Law Commission, 1957-1978.

field of human rights more than the imposition of obligations of certain specificity, which do not take enough into account the cultural heterogeneity and different degree of development and hence of national priorities in different societies?

The second peril of codification emanates from the fact that there are huge differences in power among States. History teaches us that conditions most conducive to the development of legal rules are those where the subjects of the law are equal or at least similar. When we speak of the golden decade of codification, we should remember that it was not under such a heterogeneous world. It is not difficult to see why powerful States would want their freedom of action to be curtailed by legal regulations. I find it disconcerting that even within the Commission some of my distinguished colleagues have argued that a convention on State responsibility is not desirable and that we should opt for a declaration or guidelines, or other instruments of the kind. If this is said about a topic that has been called the backbone of international law, there can be little wonder that elsewhere government officials would be reluctant to accept the legal obligations that curtail their freedom of action.

The third peril stems from the first two and can be described as the absence of agreement on the fundamentals. For an agreement to reach fruitful conclusions, there should be agreement on the basic premises and there should be shared reasoning. The fundamental question in international law is whether we see it as a living and developing system that aims at the establishment of the rule of law on the international plane, just as each of us has agreed that this is a worthy aim at the national level. If, as we have heard yesterday and this morning, some think that certain areas of international relations should be left unregulated, presumably those that touch on questions of international peace and security and those that are termed political, then the unity of purpose of our exercise of codification may collapse. I am not, of course, advocating a compendium of compendia to solve all problems with one stroke, but I think that we should agree that the function of law is not to legitimize power relations but to act as a rock against the abuse of power. And hence, without wild flights of fancy, there should be agreement that the codification of international law is part of a process that aims at the establishment of the rule of law in all international relations.

Another peril to codification stems from an entirely different source. Our drafts tend to take a relatively long period of time to reach fruition. Special Rapporteurs change, they impart to the drafts their personal preferences and, sometimes, their idiosyncrasies, to use the words Mr. Bruno Simma²²⁴ used yesterday when he contrasted articles 20, 21, 23 and 24 to 26 with articles 1 and 35 of the State responsibility draft. When we look at

²²⁴ Member of the International Law Commission, 1997-.

these drafts, later on, with the passage of time, they do not sound as a symphony should but rather, sometimes, as uncoordinated noises. In my opinion, the problem is that the degree of specificity versus generality is never subject to verifiable criteria and is more a question of art than a question of science. Much of what we think of as legal technique is actually legal taste and only the passage of time can be the judge of taste. Luckily, problems arising under this point can be ameliorated by secondary and subsequent debates, but we should also be humbled by the recognition that fallibility rules the affairs of man.

The last problem to which I would like to allude stems from what has been called this morning "our dual function". In its earlier days, the Commission, which was, of course, smaller in number, tended to attract more academics than diplomats and practitioners. Lest academics embark on wild flights of fancies, to which some of them are prone, monitoring was provided for in the Sixth Committee, and, ultimately, in the Conference of Plenipotentiaries. Thus, in a real sense, a satisfactory division of labour and an equilibrium was established. The system became increasingly strained, as days went by, especially when it came to the representation of smaller States that could not afford academics and diplomats to represent them in the Sixth Committee and in the Commission. Consequently, the equilibrium was upset. Again, I find it disconcerting that the prospects of the acceptability of a draft by States is so frequently invoked, in the Commission, as an argument against codification of certain areas of international law. I think this argument is abused. A few years ago, Mr. Karl Zemanek carried out an empirical study in which he established, beyond doubt, that there is no correlation between the inferences that could be drawn from the debates of the Sixth Committee, regarding the acceptability or not of certain drafts and the number of subsequent ratifications of the same convention. I am not arguing that we should be oblivious to political realities, but that the uppermost consideration in our minds should be to provide to Governments drafts of quality and logical consistency and then leave it to them to trim the failed of those drafts, if they so wish. It seems to me that to retreat before the battle starts carries too far the argument of realism at the expense of idealism.

In sum, as the Commission celebrates its fiftieth anniversary, it is fair to say that it can be rightly proud of its past achievements. Its soldiers are under adverse political conditions, stemming from the fact that, despite the move from bilateralism to community interest, the world is still a highly heterogeneous place with different ideas, shared moralities, national priorities and an increasing gap between rich and poor, strong and weak, both within national societies and among States. These are not the most ideal conditions for codification and our work, out of necessity, has to be a compromise between political realism and the ideal of justice, without which the whole concept of codification becomes meaningless.

Open-floor discussion

* * *

Débat

M. Mohamed Bennouna²²⁵. Merci, M. le Président. Il me semble que, dans ce qui vient d'être dit par M. Georges Abi-Saab, qui nous a permis, à travers une catégorisation, de retrouver la belle dialectique intellectuelle à laquelle il nous a habitués, et aussi dans ce qui vient d'être dit par MM. Awn Al-Khasawneh et Didier Operti Badan, on retrouve un élément récurrent, le facteur temps. Ce facteur temps est ici permanent. Je me demande s'il n'y a pas une certaine contradiction dans le discours, puisque, d'un côté on nous dit : attention au temps, il faut aller vite, car, si vous n'allez pas assez vite, vous risquez de perdre votre crédibilité, ce sur quoi je suis personnellement très sceptique, et, d'un autre côté, on nous dit que les choses importantes en matière de codification supposent une certaine stabilité dans la règle de droit, une certaine flexibilité, une généralité qui fait que la règle ne colle pas à l'événement; elle n'est pas quelque chose de conjoncturel. Il faut faire très attention aux choses conjoncturelles, je crois que ce n'est pas ici le lieu. Après tout, la Commission du droit international n'est pas faite pour cela. M. Abi-Saab a rappelé le fameux article de M. Roberto Ago dans lequel il est dit que la coutume peut souffrir d'une codification. Mais la coutume n'a pas besoin de la Commission pour souffrir; elle souffre assez à l'Assemblée générale, tous les ans et même tous les jours, parce qu'aujourd'hui les enceintes de discussion des règles juridiques sont permanentes. Donc, le fait que la coutume souffre n'est pas dû à la codification, cela est dû aux types de relations internationales, qui, d'ailleurs, font que la coutume se développe de façon plus rapide de nos jours. Nous avons ce facteur temps, qui est au centre de cette question de l'intérêt et des dangers de la codification. M. Hans Corell nous a cité un exemple, comme étant le bon exemple, celui de la Cour pénale internationale. Je ne sais pas si c'est le bon exemple. M. Corell oublie peut-être que la question de la Cour pénale internationale date de 1950, elle a été relancée récemment, on a donc accéléré le mouvement, mais les discussions sur la Cour pénale internationale durent depuis cinquante ans. C'est vrai, il y a eu une accélération du mouvement avec les tribunaux ad hoc, mais une accélération relative. Effectivement, la priorité a été donnée à la Cour pénale internationale pour des raisons que l'on sait. Il faut attendre de voir ce que va donner la Conférence des plénipotentiaires du 15 juin prochain. M. Gerhard Hafner, qui est beaucoup mieux informé que moi, puisqu'il arrive de New

²²⁵ Ancien membre de la Commission du droit international, 1997-1998.

York, me confirmait ce que j'ai lu dans la presse, notamment, qu'il y a, dans ce projet, 1 500 morceaux de phrases entre parenthèses, c'est-à-dire, sur lesquels il n'y a pas d'accord. C'est impressionnant. Sur le plan technique c'est une codification inachevée et avec M. Hafner, si je peux révéler son sentiment exprimé dans notre conversation privée, on se demandait s'il ne faudrait pas revenir à la Commission, sur le plan technique, avant que la Conférence ne puisse véritablement démarrer. Face à autant de problèmes techniques on voit, là aussi, l'effet de la rapidité. Peut-être la deuxième lecture ne s'est pas faite comme il fallait et certains problèmes de gain de temps se sont retrouvés ici. Peut-être que la Conférence des plénipotentiaires ne finira pas cet été et sera obligée de prolonger les travaux. Donc, je suis personnellement assez sceptique. Je conçois qu'il faut aller vite, mais je me dis que ce n'est peut-être pas ici le lieu de la vitesse, de la rapidité. L'Assemblée générale adopte, parfois, des conventions très vite, comme celle sur le personnel diplomatique, qui ont été adoptées sur le champ. Je pense que la Commission du droit international a une autre mission, elle est faite pour une réflexion approfondie sur le droit international public général.

Mr. Gerhard Hafner.²²⁶ First of all, I would like to thank this session's speakers for the elaboration of their ideas, particularly Mr. Mohamed Bennouna for his intervention on the duration of the International Law Commission work. I do not think that the argument raised against the Commission on the long duration of its work is correct. If we compare several negotiation processes in the General Assembly or in conferences in certain matters with the work of the Commission we must come to the contrary view and to the opposite result. The law of the sea is the best example. As for the International Criminal Court project, if we compare the time the Commission really devoted to the elaboration of the Draft Statute, which was submitted to the General Assembly, with the time taken by the Ad Hoc Committee and the Preparatory Committee, we see that the Ad Hoc and the Preparatory Committees together used 15 weeks, morning and afternoon sessions only, for this work, which is still far from completed at this stage.²²⁷ The International Law Commission devoted less time to it and came up with a final text and commentaries. The elaboration, in the General Assembly, of the United Nations Convention on the Safety of the United Nations and Associated Personnel²²⁸ was done relatively quickly, but, with due respect, it is not a masterpiece of international legislation. As for the United Nations International Con-

²²⁶ Member of the International Law Commission, 1997.

²²⁷ The Rome Statute of the International Criminal Court was adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998; for text of Statute, see document A/CONF.183/9.

²²⁸ Document A/491/742 of 2 December 1994.

vention for the Suppression of Terrorist Bombing,²²⁹ we shall see how it fares, but it was easier to elaborate because it followed traditional patterns and did not require breaking new ground in international relations and international law. I really do not think that the argument of long duration of work is a valid argument against the International Law Commission.

I would like to raise a second point, in relation to Mr. Georges Abi-Saab's intervention. He referred to the maturity of matters for codification, already mentioned yesterday by Mr. Alain Pellet. Of course, everybody agrees that only matters which are ripe for codification should be taken up. But, in my view, the problem lies in how to decide whether a matter is ripe for codification. What are the criteria to be applied in taking the decision? I have no answer to this and I would be very happy if an answer could be provided.

M. Marcelo Kohen²³⁰. Merci, M. le Président. Je voudrais aussi dire un mot sur la question de la lenteur des travaux de la Commission. Je suis tout à fait d'accord avec ce qui vient d'être dit. Je pense que, dans de nombreux domaines, la lenteur de la Commission est préférable à la rapidité de l'Assemblée générale. Il n'est pas nécessaire de répéter l'exemple de la Convention sur le personnel onusien et du personnel associé. A mon avis, le problème de la lenteur des travaux de la Commission doit être lié au choix des techniques de la Commission. Il faut distinguer les projets qui ont vocation à devenir des textes conventionnels d'autres projets, qui n'aboutiront qu'à une déclaration ou à un modèle de règles. Les sujets qui ne se prêtent pas à l'élaboration de textes conventionnels sont ceux qui, peut-être, se prêtent le mieux à un débat permanent. Cela peut être ainsi parce que le sujet n'est pas encore mûr ou parce qu'il s'agit d'une question qui doit être en analyse permanente. Je pense notamment au projet sur la responsabilité des Etats. Il a été dit, hier, qu'il est déjà un succès. Cela fait déjà un bon nombre d'années qu'il est à l'étude de la Commission du droit international, mais le projet proposé par M. Roberto Ago constitue déjà une référence. C'est le point de départ de toute analyse en matière de responsabilité, notamment en ce qui concerne l'attribution et les circonstances excluant l'illicéité.

Une autre question que je voudrais évoquer est celle du danger de s'éloigner de la technique législative des travaux de la Commission du droit international. Je pense que, même si cette technique législative n'aboutit, en somme, qu'à des projets de loi, pour reprendre une comparaison avec le système juridique interne, ce serait dangereux pour la

²²⁹ Document A/RES/52/164 of 15 December 1997.

²³⁰ Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Chargé d'enseignement et de recherches à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève.

Commission de substituer cette technique législative et de devenir l'interprète de sa propre codification. Je pense que cette tâche d'interprétation est une tâche plus appropriée pour les Etats eux-mêmes ou, le cas échéant, pour les organes juridictionnels.

Enfin, je comprends bien, M. le Président, que la Commission, arrivée à 50 ans, se pose des questions existentielles. Mais, pour reprendre une expression de Luigi Condorelli, lors du cinquantième anniversaire de la Cour internationale de Justice, vous avez déjà 50 ans mais vous n'avez pas encore une ride, ou si vous en avez quelques unes, cela ne se voit pas.

Mr. Robert Rosenstock.²³¹ I think that in the last year of the previous quinquennium, the planning group came up with a number of suggested reforms to expedite the work of the Commission, and so far, in this quinquennium, there are some signs of progress towards honouring those suggestions. There has been increased expeditiousness to the work, as well as a recognition that we should plan our work for five-year periods. There is no denying the fact that the number of years the material on State responsibility has been before the Commission is a disgrace. And if you are stuck, as Mr. Hans Corell is, with results-based budgeting, it is not easy to explain. Also, it is not easy for me to conclude that there are fewer howlers in the existing work on State responsibility than there were in the draft on protection of United Nations personnel. The question, however, is not whether the International Law Commission has made a mess of it or whether it has taken too much time, but rather are we working towards being as efficient as we can be given the nature of the work we are doing? I think that the steps that were taken last year and the year before are steps in that direction. But there is no excuse for what has happened with State responsibility. There is little excuse, if any, for what has happened with watercourses, which took over 15 years. And there are lots of other examples. I think that we do well to face up to the fact that there is no need to repeat that sort of thing and that we now have working methods and organization. If everybody accepts the responsibility they volunteered for and the Commission sets about using working groups and using various techniques, as appropriate, we can produce results with the expeditiousness with which we produced results on succession with respect to nationalities, for example. It took a Special Rapporteur who stuck to his commitment; it took working methods which were a departure from what had been standard; and it took a general seriousness of purpose which produced a fine result in rapid time. I think that we can ensure to hold ourselves to that. Make haste slowly, but make haste.

²³¹ Member of the International Law Commission, 1992-.

Mr. Bruno Simma.²³² I would like to comment on the three categories of international law that Mr. Georges Abi-Saab put before us and the respective potential tasks and possibility for the International Law Commission in dealing with them. In the first category, he mentioned the fundamental principles of international law, like the ones contained in the Charter of the United Nations and concretized in the Friendly Relations Declaration. He said that he sees no reason why international law should abstain from entering these fields. I remember reading, as an outsider at the time, the debates that took place in the Commission, in the context of State responsibility, the relationship between Chapter VII, the Security Council and general international law, if there is any, on crimes and other similar issues, and I have to confess that I am not very optimistic about the Commission spending time on that first category of international legal rules.

Mr. Abi-Saab mentioned that the Commission has concentrated its work mainly in the second category, which he calls in his general law course the international law of coexistence, the transactional international law as Mr. Vaughan Lowe has called it. The problem in this sector is that we are running out of “sexy”, nice, tangible subjects. State responsibility is probably the last “sexy” subject; whether Mr. James Crawford,²³³ after one year of working on it as Special Rapporteur, agrees is another matter. I think that the Commission should pick up the role, which may not be very attractive, of “plumber”. By that I mean, the Commission should engage in reviews. There is nothing wrong with it. I have a good friend in Munich who, as a car dealer, makes most of his money repairing cars rather than selling new ones. The Commission could keep up its reputation, not in “selling” new drafts but “repairing” existing ones. The exercise we are engaged in, with regard to reservations to treaties, is a splendid example of the work that can be done. Of course, I have touched on all sorts of taboos. We are not repairing the Vienna Convention—the Vienna Convention is “the greatest thing since sliced bread”. Yet, de facto, I see it as “repairing” some of the deficiencies of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.²³⁴ That kind of task has a great future and Mr. Mohamed Bennouna’s subject is related to it. I consider diplomatic protection, with all due regard, as an annex to State responsibility proper.

This brings me to the third category: the international law of cooperation. There we find all sorts of institutions, international organizations, already engaging in everything from genetic manipulations to combating corruption. What can the role of the Commission be? This is the puzzling question. All the answers so far, whether here during the last two days or

²³² Member of the International Law Commission, 1997-.

²³³ Member of the International Law Commission, 1992-.

²³⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

in New York last October, are uniform in saying that the Commission can no longer avoid entering this field. We are certainly not a body having expertise in any of these fields, but we have solid general knowledge and practical experience in general international law. As was stressed by Mr. Igor Lukashuk, our role is to bring together the fragmented parts in order to maintain unity of the system. The challenge will be to bring together our general expertise and the specific expertise of others. That can be done in two ways. One way is that we offer our general expertise to the outside world. Mr. Alain Pellet, for example, could offer his good offices to the Human Rights Commission. However, as Mr. Hans Corell said, the human rights specialist will probably have a "fit". The presentation Ms. Lori Damrosch²³⁵ gave yesterday is an example of what expression such a "fit" can take. What I fear is that if we offer our expertise to human rights specialists, to environmental specialists or to the World Trade Organization, we will wait forever because the doors will be locked. Therefore, if we want to venture into the law of cooperation, first of all we would have to take the initiative to look into some of these subjects, and then we would have to revise our working methods to allow for outside expert knowledge to participate in our deliberations. And here I touch on a subject, dear to my heart, which has hardly played a role in the life of the Commission during its first 50 years, that is, tapping the resources of existing academic, scientific and international institutions, with the help of outside funding. I think that there is a great untapped potential there. I have mentioned this briefly in a conversation with Mr. Corell. Of course, mentioning the possibility of financing the work of the International Law Commission through non-Organization budget carries the danger that Governments will then cut our budget proportionately. Nevertheless, the colloquium we had in New York, last October,²³⁶ is reflective of that potential, as some people made the effort of tapping outside sources to enrich the debate on codification and progressive development of international law. I believe that it should be further explored.

M. Ahmed Mahiou²³⁷. Merci. Je voudrais faire quelques remarques. Premièrement, pour répondre à M. Alain Pellet, puisque, hier, à l'issue de mon intervention je n'ai pas eu le temps de répondre à un certain nombre de questions, dont une, sur laquelle tout le monde s'est joint pour dire que la forme conventionnelle n'est pas le seul critère permettant de juger du produit et des résultats. Cela est vrai, et d'ailleurs

²³⁵ Professor at Columbia Law School.

²³⁶ See the proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law in *Making Better International Law: The International Law Commission at 50* (1998) (United Nations publication, Sales No. E/F.98.V.5).

²³⁷ Professeur de droit, ancien doyen de la Faculté de droit d'Alger, ancien membre de la Commission du droit international, 1982-1996.

dans mon intervention je l'avais dit au conditionnel : « si l'on prenait comme critère la forme conventionnelle ». Cela ne veut pas dire que je renonce, pour autant, à la forme conventionnelle. C'est vrai que, même d'après le statut de la Commission, la voie conventionnelle n'est pas la seule qui lui est offerte, mais elle reste la tendance principale. On attend d'abord de la Commission qu'elle élabore des conventions et c'est faute de mieux qu'elle envisage d'autres types d'instruments. Peut-être que les temps ont changé et que la priorité accordée à la forme conventionnelle apparaît moindre. Personnellement j'ai des doutes sur ce point.

Deuxièmement, il y a un aspect qui n'a pas encore été évoqué au cours de cette discussion. Il y aurait peut-être une activité pour la Commission qui consisterait à revoir les textes qu'elle a élaborés et, dans certains cas, à entreprendre une véritable révision. Après tout, un texte élaboré depuis 20, 30, 40 ans, à la lumière de la pratique, peut révéler la nécessité d'une remise à jour. Je ne dis pas que cela est valable pour toutes les conventions, mais il peut l'être pour certaines. La preuve en est que, pour la convention que l'on considère comme étant la meilleure œuvre de la Commission, la Convention de 1969 sur le droit des traités, on a entrepris, non pas une révision, mais tout de même un examen en relation avec le problème des réserves. Bien que le rapporteur spécial M. Pellet ait fixé un objectif modeste, qui est celui d'un code de conduite, je me demande si cela n'est pas une application de ce que je viens de dire : la voie conventionnelle n'étant pas possible, la Commission choisit une autre solution. Dans ce cas particulier, il est vrai que l'objectif a été annoncé dès le départ, comme étant un code de conduite; mais, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial, et aussi de certains débats à la Commission, on peut se demander si, à terme, on ne parviendra pas à la conclusion qu'un code de conduite est insuffisant et qu'il faudra changer un peu les conventions et, donc, les réviser. Le débat est-il vraiment clos sur ce point ? Il est possible que, à la lumière des discussions que la Commission aura eu pendant plusieurs années, on aboutisse, tout de même, à une adjonction à ces conventions, concernant le problème des réserves. Pour pousser cet argument un peu plus loin, le moment n'est-il pas venu pour la Commission, notamment dans le cadre du Comité de planification, de réfléchir à cette idée ? D'envisager la mise à jour de certaines conventions ? Dans cette approche, il faudra donner la priorité aux conventions qui n'ont actuellement pas beaucoup de succès auprès des Etats. Par exemple, pour les conventions qui n'ont pas obtenu le nombre de ratifications nécessaires, les Etats pourraient être consultés sur les raisons de leur refus de ratifier, et ces textes pourraient revenir devant la Commission. Ceci s'applique aussi aux conventions qui sont entrées en vigueur, mais à une si petite échelle, que l'on peut difficilement parler de conventions universelles.

Je vous ai livré ces quelques pensées comme matière à réflexion sur le possible rôle de révision de la Commission. Ce rôle n'est pas prévu di-

rectement au statut, puisque l'article 15 mentionne uniquement la codification et le développement progressif, mais ne serait-il pas souhaitable que la Commission ait aussi une mission de révision ? Il s'agit presque d'une fonction législative, en droit interne ce sont les parlements qui révisent les lois; c'est peut-être donner une fonction trop large à la Commission, mais cette possibilité de réflexion méritait d'être évoquée pour vous faire réagir.

Troisièmement, je voudrais évoquer le lien entre la coutume et la codification. Comme je l'ai dit hier, il y a eu une période pendant laquelle on a privilégié la codification, parce qu'il y avait des tensions dans l'ordre international, le conflit Est-Ouest, le conflit Nord-Sud. A propos du rôle de la coutume, les nouveaux pays, n'ayant pas participé à son élaboration, préféraient les règles codifiées. Cette période est peut-être dépassée, ce qui ne veut pas dire, pour autant, que ce serait la mort de la codification et le retour tout simplement à la coutume. Je crois que ces deux phénomènes entretiennent une relation dialectique et s'encouragent mutuellement. La codification consacre la coutume, mais, loin de la tuer, à mon avis, elle crée de nouveaux espaces de développement pour d'autres règles coutumières, pour d'autres pratiques et comportements des Etats. Au bout d'un certain temps cette pratique mérite de nouveau une prise en considération, d'où la logique des révisions des conventions. Lorsque la pratique des Etats atteste du développement de nouvelles coutumes, il n'y a pas de raison de considérer que ces conventions sont déjà fixées dans le marbre et que l'on ne peut plus y retoucher. Il faut, peut-être, pour certaines conventions, s'interroger sur l'apport de la coutume et sur la façon de procéder à une révision. Cela s'est produit pour le droit de la mer; cela peut se faire pour d'autres domaines du droit international.

Enfin, ma dernière remarque porte sur les relations entre la Commission et les autres organismes. J'ai été membre de la Commission et j'ai fait l'expérience de la pratique, au demeurant sympathique, de recevoir les représentants des commissions de codification régionales, pour échanger des informations sur l'Etat de nos travaux mutuels. Je peux dire que cette pratique est positive mais, en même temps, peut-être, trop formelle et solennelle. Il faudrait réfléchir à une simplification de ces relations et aussi se demander comment permettre à la Commission d'entrer plus facilement en contact avec les institutions scientifiques reconnues et établies sur le plan international et comment avoir des relations plus simples dans les échanges afin de faciliter cette consultation qui est prévue par le statut de la Commission mais qui n'a pas été suffisamment développée.

Mr. Raul Goco,²³⁸ Congratulations to the speakers and to the Chairman for the fruitful session we have had this afternoon. I would like

²³⁸ Member of the International Law Commission, 1997-.

to articulate my thoughts on the matter. The issue of international legislation is related to that of uses and perils of codification. I am intrigued with the international legislative process. In 1945, in San Francisco, when the Charter of the United Nations was being elaborated, there was a proposal to empower the General Assembly with the authority to legislate. This proposal was rejected for a valid reason: State parties do not want to be subjected to a supranational legislative body. It was, therefore, decided that the United Nations should focus more on peacekeeping efforts rather than legislation. Article 13 of the Charter of the United Nations, in application of which the General Assembly has the task of promoting international law and codification, was, in my view, a compromise. The General Assembly was not given the power to legislate but, at the same time, it was authorized to craft and to draft what may become international law. The International Law Commission was created and vested with the specific authority mentioned in Article 13 of the Charter. Would it not have been better if the power to legislate had been given to the General Assembly? If we compare the Assembly with a national legislative body, a parliament, we see that there the laws are drafted for the purpose of addressing an "evil" or a "mischief" in order to prevent it from happening.

I suppose that there is a parallelism with the International Law Commission whose work in the field of the development of international law is done for the purpose of addressing certain concerns, like determining the status of migrant workers or addressing environmental issues, as needed. The problem is the time it takes. The process is long: drafts have to be submitted to the Sixth Committee. Then, they have to be accepted by State parties. Unlike domestic law, which can be passed rather quickly and which can immediately address the issue for which it was elaborated, codification of international law takes a long time and sometimes, when conventions enter into force, the issues they were to address have already changed. The Commission should try to remedy this situation. We need innovation in our method of work. It was suggested that the Commission should take up the role of giving advisory opinions. For the time being, that is the role of the International Court of Justice. However, the Commission could be vested with the authority to issue advisory opinions. Our drafts, even before they are finalized, are invoked as international law. The Commission is well geared for giving advisory opinions, and I think that it should be part of our work.

Commentaire d'une personne dans l'audience (*l'intervenant n'a pas donné son nom*). Merci, M. le Président, de m'accorder la parole. J'aimerais me référer aux points qui ont été soulevés plus tôt. Aujourd'hui, la société civile s'aperçoit que toute l'action internationale s'engage au nom du droit international. Et toutes les résolutions, sur l'embargo, le blocus économique, sont prises au nom du droit international. Souvent, l'homme de la rue ne comprend pas ce qu'est le droit inter-

national, si puissant et au nom duquel on peut déclencher une guerre ou imposer un embargo contre un pays. L'ancien droit international autorisait légalement la guerre entre les États pour résoudre les conflits internationaux. Mais je me demande, aujourd'hui, alors que la Commission du droit international fête ses 50 ans, 50 ans après la Déclaration universelle des droits de l'homme, et alors que le droit international contemporain interdit l'usage de la force, je me demande pourquoi, malgré tout cela, le droit international peut encore être invoqué pour faire la guerre contre certains pays. Cela est contradictoire.

Je voudrais faire remarquer qu'avec la chute du mur de Berlin le principe essentiel du droit international contemporain, notamment la coexistence pacifique, n'existe plus. La coexistence pacifique entre deux États, avec des conceptions, des systèmes économiques et sociaux différents, n'existe plus parce qu'il n'y a plus de camp socialiste. Comment la Commission pourrait-elle répondre à cette question ? Car ce sont des principes automatiquement invalidés.

J'aimerais aussi me référer à l'intervention de M. Didier Operti Badan qui nous a parlé de la corruption, du transfert illicite des richesses d'un pays à l'autre. Ce transfert des ressources s'opère, justement, sous le manteau de la globalisation ou de la politique néo-libérale. M. Operti Badan a remarqué, à juste titre, que les agents économiques font partie du droit international, en tant que sujets non conventionnels et donc qu'ils doivent porter la responsabilité dans la mise en œuvre de la politique économique mondiale. La corruption aujourd'hui se pratique, plus que jamais, tant dans les pays développés que dans les pays sous-développés, tant au Nord qu'au Sud. Ne devrait-elle pas faire l'objet d'un examen par le droit international ?

Finalement, est-ce que le droit international public ne devrait pas répondre à l'exigence du développement économique, aux conditions de l'évolution de l'économie et refléter cette évolution rapide ?

Ms. Barberis. I speak in my capacity as a former rapporteur of the Sixth Committee. I would like to thank the Codification Division for inviting me to attend this Seminar. I have a comment relating to the issue of the dialogue between the International Law Commission and the Sixth Committee, and beyond the Sixth Committee, the Governments.

It is true that the International Law Commission is an independent body, with eminent representation and authoritative input in the field of international law, but it also is an organ of the General Assembly. Several members have raised this crucial point yesterday. The Commission reports constitute a sizeable share of the work of the Sixth Committee, which gives these reports their due share of time during the normal session of the General Assembly. However, the format of the debate in the Sixth Committee needs to be periodically appraised and adapted. I re-

member that when I was rapporteur, the Sixth Committee considered changing the format of the debate on the report of the International Law Commission. It was proposed that instead of dealing with the report as one unit, a topical approach could be envisaged, that is, grouping the topics so that they would all receive equal attention.

The question of feedback from the Sixth Committee to the International Law Commission is problematic. Many Commission members have mentioned the fact that political guidance is not forthcoming or is not specific enough. The problematic aspect of the dialogue between the Commission and the Sixth Committee has to do with the dialogue between the Commission and the Governments. For some of the topics the Commission has worked on, in its wisdom, the Commission has seen to it that the opinion of Governments is sought as regards the conclusion of its work. Maybe this approach should be changed so as to have the work reported to Governments as work progresses. That may sound superfluous, as the Sixth Committee is composed of government representatives. I refer to specific issues on which the Commission would like to obtain reactions from Governments. This would allow the appraisal of the work of the Commission as it progresses.

Another question I would like to address is that of coordination and integration of the work of the different competent bodies in the field of international law. The Legal Counsel, Mr. Hans Corell, referred earlier to other bodies of the General Assembly having carved for themselves, in their own fields, a place in the codification and progressive development of international law. I refer to bodies like the Human Rights Commission and the Third Committee. Maybe it is time for the International Law Commission to consider how to coordinate the range of different exercises in the field of international law. Coordination can start "in house", with all competent bodies of the General Assembly engaging in codification, and then proceed to regional and subregional coordination, to include other relevant institutions outside the United Nations system. Coordination and integration could also include the activity of academia.

I also would like to talk about the reference to the representative and reflective character of the International Law Commission, its composition, in terms of culture, tradition and legal systems. From time to time, the question of the representative and reflective character of the work of the Commission is posed. Considering the members present in this room and the official membership, the composition is fair and in line with the requirements of the Charter of the United Nations. However, if the dialogue is kept closely monitored and closely associated with the Sixth Committee and the Governments, the aspect of the representative character of the Commission would be more appreciated.

Finally, there is the issue of the role of the International Law Commission in the promotion, dissemination and general appreciation of international law. I would be interested in hearing more from the members

on this. Would it not be more in line with the mandate of the Commission to move beyond Geneva, maybe to the regions and to the subregions? This may be difficult, especially in the light of the observations regarding finances available for carrying out the mandate of the Commission. But certain things need to be done for the International Law Commission to conform to its mandate.

Mr. Raul Goco. I forgot to say something regarding future topics. In addition to corruption, there is also plunder of wealth. Corruption can be a matter of internal law, but plunder of wealth means that wealth is being tossed away, particularly in economically deprived countries. That is my own empirical experience. When I was the Solicitor-General of my Government in the Philippines, I took part in the proceedings that led to the decision by the Swiss Government to return the money that had been deposited in Swiss bank accounts. From that experience, I can say that plunder of wealth could be a very good subject and future topic for the Commission because it has many ramifications. It involves dealings between the victim State and the one where the money is known to be kept. It involves mutual assistance programmes, even in the absence of extradition.

Mr. Hans Corell.²³⁹ I was glad to hear Mr. Georges Abi-Saab talk about codification and make reference to Sir Robert Jennings. Personally, I never understood the distinction between progressive development and codification or, rather, the need for it. For me, codification is to put into writing what can be derived from sources that exist, or ideas, or emerging topics like space law and other topics. I agree with you that the problem is not so much whether it is progressive. The problem is whether the issues are difficult from a political point of view because that is where it is put to the test of the political constituency. This applies equally at the national level. There are many legal issues with which lawyers can deal without input from the political field because those issues are not deemed as sensitive. Seen from this perspective, to me codification is how difficult the issue is in substance and how difficult it is to deal with at the political level.

I would like to recall the observation that Mr. Alain Pellet made before the Sixth Committee last year, namely, on the response from Member States. He said that the Commission had done its duty. Questions were asked but there was a very poor response from Member States. The reason for this is difficult to determine—perhaps foreign affairs ministries are too busy. It is clear that this is one of the problems for which the Commission bears no responsibility. On the contrary, the Commission is

²³⁹ The Legal Counsel of the United Nations.

focusing on this problem. States also have to live up to their part of the "deal", and when they do, then the Commission can produce. I disagree with Mr. Mohamed Bennouna; I think that the Draft Statute of the International Criminal Court is a very, very good example of this. The issue was completely dead for many years when it was raised in the Sixth Committee, not so much because of what happened in other parts of the world, but because Trinidad and Tobago wanted this issue addressed, because they had problems in the Caribbean. That is what triggered the issue. Afterwards came the tragic events in other parts of the world, and the request from the Sixth Committee. What did the Commission do? Irrespective of what other members of the Commission may think, I and many of my colleagues, members of the Sixth Committee, were impressed by the way in which the Commission dealt with this item.

Another item raised in the discussion by Mr. Bruno Simma was unity in the system of coordination. This is perhaps where I feel a certain lack of attention. You may say, well, that is your duty as Legal Counsel, but I do not think it is really. To see where things are dealt with and see if there are lacunae or overlaps, or if the different actors could assist each other. So the coordination in the legislative work of the United Nations, in my view, is an important issue. This issue was discussed in the ambit of the Decade of International Law, and the Secretariat of the United Nations has been asked to produce a document where different entities of the system present their work. This is to be examined in the Sixth Committee. However, there is a little problem of coordination. I am not suggesting that the Commission should assume this role, but perhaps it would be interesting if, with the knowledge that is represented in this Commission, there could be some kind of feeling about the kind of work that has been done in the different agencies and by the different actors and on whether there are lacunae. Or, to look at it in the way Mr. Simma approached it: Are there some general legal issues needing to be addressed where the Commission could make a contribution? I mention this because, when I follow the debate in the United Nations, I often realize that people talk about issues without realizing that they are already being dealt with or in what way they are being dealt with. Take human rights, for example. Sometimes when I speak about international law, I realize that in my constituency they do not understand that human rights belongs to international law. Some would like to make a distinction. International law is for the lawyers and the Commission, and that it is not so interesting, but human rights, that is a big issue, that is politically interesting. So they have to be educated and told that human rights is actually one of the most important parts of international law. You have been talking about corruption. Of course, there are already legal instruments to address this. We have the drug issues, the transnational crimes and the corruption, which are dealt with by the Centre for International Crime Prevention in Vienna. They are the ones who make contributions in this field. To sum up, I sim-

ply think that it could be interesting to see whether the International Law Commission can do better than the Sixth Committee in having a general idea of what kind of legislative work is being done throughout the system.

Finally, concerning the economic realities of which I talked this morning, I did it, of course, in order to provoke the debate. I will refer to them on Friday morning during the planning group meeting because maybe these concerns are better discussed there. But I think that it is important that the members of the Commission get a feeling of the dire straits in which the Organization is from the financial point of view. That is where I am in the crossfire, and you must admit that this Seminar gives me a good opportunity for raising my concerns.

Mr. Bruno Simma. In our profession, we have to rely on tacit consent in order to overcome all sorts of lacunae. I foresee the danger of tacitly consenting to topics suggested, namely, the topic of corruption, which comes up time and again. It came up last year and again today. For the record, I would like to state that I personally consider the topic of corruption as particularly unfit for the International Law Commission's work. If I may be allowed to allude to my own country, deduction of bribes from income tax is not because the Commission has not taken up the issue of corruption. I hope that we all live up to the standard of innocence the Chairman of this afternoon's session decreed, namely, that we are simply too unimportant to be bribed or corrupted. I think that the International Law Commission is not the right body to deal with this issue. Besides, as Mr. Hans Corell pointed out, in his tactful way, there are other bodies within the United Nations already dealing with this issue which is also dealt with by the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) and other regional bodies. What more can we, in the Commission, do about corruption?

Mr. Didier Opertti-Badan (translated from Spanish). It seems to me that the topic of corruption is being raised in inadequate terms. Corruption is a topic that is a matter of concern to people, Governments and international organizations. There is a lot of concern, obviously. Many professors are also concerned with this topic. To answer the very direct question of what international law can do in the face of corruption, we must bear in mind that the Commission is a body that deals with international law but is not international law itself. So what can the Commission do? One of the categories mentioned by Mr. Georges Abi-Saab, the law of cooperation, is a subject for international law: the prevention of money laundering, fraudulent accounts and transfers to escape taxes. All these forms that exist in the international financial world today make it possible for some people to escape from the control of local and international authorities. I do not know whether this is a topic for the Commission, but

there is a group of States, in Latin America, which has dealt with this subject because it was believed that the assistance of these States could help. If the Commission does not think that it can help the world to solve this problem, then too bad. But international cooperation is an area of law that could be one of the most important to be dealt with by the international community.

Mr. Mauricio Herdocia Sacasa²⁴⁰ (translated from Spanish). I would like to come back on what was said by Mr. Hans Corell and the representative of the Sixth Committee. It is very important to understand that we are confronted with a problem linked to integration between the different bodies working on international law. The question has to be looked at from this angle. I would like to shatter a myth. Codification is not exclusively the work of the International Law Commission; it is not an isolated process. On the contrary, it is a dynamic, open process, which takes into account opinions and interests of members and Governments. It is essential to bear in mind that the Commission is part of a legal system in which Governments, the Sixth Committee, organizations and courts participate. It is a network of relations that has not yet been fully explored. The International Law Commission is part of a legal system which, in a world where organizations and institutions proliferate, the need is being felt for a leading centre, for guidance on standards, so as to achieve harmony, order, unity and coherence within the international legal system. This can be achieved only through interaction between the various bodies. Thus, the final product will be strengthened. The key issue is coordination, and I believe that there is a lot left to be done in this field. Coordination and closer cooperation between the International Law Commission and other institutions, particularly the Sixth Committee, will contribute to lift many of the doubts raised. It would enable the Commission to expand its technical ability.

Many regional laws have become universal through a process of intensive and open dialogue. Thus, international law, regionally and globally, has benefited. In these times, marked by change and a trend to globalization, the political and legal components of the international system tend to be increasingly universal. There is tendency to expand the normative power of institutions. The capacity to cooperate is extremely important in such a context, for instance, to overcome such problems as the lack of sufficient response from Governments to questions raised by the International Law Commission. Perhaps there is a communication problem. Information on the role of the Commission and its work should perhaps be better disseminated. There is a need for coordination between all the actors involved in the international law-making process. I believe that it is of the utmost importance to work on the issue of coordination and co-

²⁴⁰ Member of the International Law Commission, 1997-.

operation and to view the Commission as part of a legal system with great potential for interaction.

Mr. Georges Abi-Saab. I just want to reply to some of the comments addressed to me. There has been a misunderstanding. I do not consider that the work of the Commission is too slow. What I said was that the Commission should not be out of step with the perception of the problems, the new problems. Mr. Mohamed Bennouna said that we should not "coller à l'événement". That is not what I am saying. We are living in an increasingly complex world and we have to deal with increasingly complex issues and problems calling for legal regulation. Many of these problems cannot simply be addressed (not to say adequately solved) by the formulation of a normative proposition starting from a basis in custom. A different approach is needed, and that is the creation of special regimes which can have an effective legal handle on the complex phenomena they are supposed to deal with. This is what I meant when I said that one should not continue to follow the same road when other roads are opening up, in areas of increasing importance. I am against all modes, particularly the post-modern mode, which says that general propositions are necessarily false and that formulating them is the wrong approach as every case is a special case. I do not mean that at all. All I am saying is that, as legal scholars and practitioners, we cannot avoid taking into account the complexification of social phenomena. We, therefore, have to adapt our way of thinking so as to find a way of dealing with them significantly, on the legal plane.

This brings me to the third category of international law, which I mentioned earlier, the law of cooperation. The complex regimes called for in this area frankly require a legislative process. Some indications about the needed solutions may already exist in practice, but huge gaps persist and have to be filled and new regimes have to be developed, including very important institutional components. The Draft Statute of the International Criminal Court is a good example.

The fact that the construction of such regimes may need special expertise from outside international law (which can be obtained by collaborating with other bodies or calling on outside experts) should not deter the Commission from handling the legal architecture of these regimes. This is the type of activity that the Commission should welcome rather than avoid. If not, other bodies will take over this task, marginalizing the role of the Commission in the process. But, like the International Court of Justice in relation to the international adjudicative function, the Commission should remain the pivot of the international "legislative function", a role no other organ can play within the United Nations structure.

Mr. Igor Ivanovich Lukashuk. The time has come to close this session. I will just add a few words before ceding my place to the Chairman of the International Law Commission, Mr. Joao Clemente Baena Soares, for the closing of our Seminar.

CLOSING REMARKS BY THE CHAIRMAN OF THE FIFTIETH
SESSION OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION,
MR. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES²⁴¹

REMARQUES DE CLÔTURE DU PRÉSIDENT DE LA CINQUAN-
TIÈME SESSION DE LA COMMISSION DU DROIT INTER-
NATIONAL, M. JOAO CLEMENTE BAENA SOARES

We are now at the end of our work. I would like to express thanks to all those who have made this Seminar possible. It was an opportunity for discussion and reflection on the work of our Commission and on international law. I would like to congratulate the professors and experts, and the participants, who have offered excellent contributions, new ideas, comments, criticism and analysis, which have been very competent and broad in scope. I must confess that I would have liked to hear more from the young people present. However, there will be other opportunities. As we all know, this anniversary is being celebrated over three years, which will provide other opportunities to encourage the ideas of young people and the expression of their opinions and comments, because they will have to take over in the future. During the next 50 years, they will probably have direct responsibilities in international affairs, as representatives of their Governments or in the international institutions. In this Commission, we have very precise tasks, very clearly defined responsibilities, as well as an agenda and guidelines from the General Assembly. But our work is not carried out only in this room. The aim is to draw practical conclusions for our people, for individuals. Public opinion must be made aware that the Commission does not work in the abstract, but that what we discuss here will have an impact on the daily lives of everyone.

It has been said that this Commission is going through a crisis. It is my opinion, and I would like to share it with you, that present times are difficult, not only for the Commission but also for international law as a whole. We are all aware of this. However, it is necessary to react, to vigorously reaffirm the prevalence of law in international relations. The United Nations and, therefore, our Commission are the result of idealism. We must not be discouraged and give up under the pressure of adverse realities. This may be a bit daring, but I think that Utopia is the motor of history. We have to take every effort to ensure that international law, which for many is Utopian, will continue to drive history.

²⁴¹ Translated from Spanish.

ANNEX A

ANNEXE A

Current membership of the International Law Commission

Membres de la Commission du droit international

- Mr. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)
- Mr. Husain Al-Baharna (Bahrain)
- Mr. Awn Al-Khasawneh (Jordan)
- Mr. Joao Clemente Baena Soares (Brazil)
- Mr. Ian Brownlie (United Kingdom)
- Mr. Enrique J. A. Candiotti (Argentina)
- Mr. James Richard Crawford (Australia)
- Mr. Christopher John Robert Dugard (South Africa)
- Mr. Constantin P. Economides (Greece)
- Mr. Nabil Elaraby (Egypt)
- Mr. Giorgio Gaja (Italy)
- Mr. Zdzislaw Galicki (Poland)
- Mr. Raul Ilustre Goco (Philippines)
- Mr. Gerhard Hafner (Austria)
- Mr. Qizhi He (China)
- Mr. Mauricio Herdocia Sacasa (Nicaragua)
- Mr. Jorge E. Illueca (Panama)
- Mr. Peter C. R. Kabatsi (Uganda)
- Mr. Maurice Kamto (Cameroon)
- Mr. James Lutabanzibwa Kateka (United Republic of Tanzania)
- Mr. Mochtar Kusuma-Atmadja (Indonesia)
- Mr. Igor Ivanovich Lukashuk (Russian Federation)
- Mr. Teodor Viorel Melescanu (Romania)
- Mr. Didier Operti-Badan (Uruguay)
- Mr. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabon)
- Mr. Alain Pellet (France)
- Mr. Pemmaraju Sreemivasa Rao (India)

Mr. Victor Rodríguez-Cedeño (Venezuela)

Mr. Robert Rosenstock (United States)

Mr. Bernardo Sepúlveda (Mexico)

Mr. Bruno Simma (Germany)

Mr. Doudou Thiam (Senegal)

Mr. Peter Tomka (Slovakia)

Mr. Chusei Yamada (Japan)

ANNEX B

Statute of the International Law Commission

Article 1

1. The International Law Commission shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification.

2. The Commission shall concern itself primarily with public international law, but is not precluded from entering the field of private international law.

CHAPTER I. ORGANIZATION OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Article 2^a

1. The Commission shall consist of thirty-four members who shall be persons of recognized competence in international law.

2. No two members of the Commission shall be nationals of the same State.

3. In case of dual nationality a candidate shall be deemed to be a national of the State in which he ordinarily exercises civil and political rights.

Article 3

The members of the Commission shall be elected by the General Assembly from a list of candidates nominated by the Governments of States Members of the United Nations.

Article 4

Each Member may nominate for election not more than four candidates, of whom two may be nationals of the nominating State and two nationals of other States.

^a Text amended by the General Assembly resolution 36/39 of 18 November 1981.

Article 5

The names of the candidates shall be submitted in writing by the Governments to the Secretary-General by the first of June of the year in which an election is held, provided that a Government may in exceptional circumstances substitute for a candidate whom it has nominated before the first of June another candidate whom it shall name not later than thirty days before the opening of the General Assembly.

Article 6

The Secretary-General shall as soon as possible communicate to the Governments of States Members the names submitted, as well as any statements of qualifications of candidates that may have been submitted by the nominating Governments.

Article 7

The Secretary-General shall prepare the list referred to in article 3 above, comprising in alphabetical order the names of all the candidates duly nominated, and shall submit this list to the General Assembly for the purposes of the election.

Article 8

At the election the electors shall bear in mind that the persons to be elected to the Commission should individually possess the qualifications required and that 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.

Article 9^b

1. Those candidates, up to the maximum number prescribed for each regional group, who obtain the greatest number of votes and not less than a majority of the votes of the Members present and voting shall be elected.

2. In the event of more than one national of the same State obtaining a sufficient number of votes for election the one who obtains the greatest number of votes shall be elected and if the votes are equally divided the elder or eldest candidate shall be elected.

^b Text amended by the General Assembly resolution 36/39 of 18 November 1981.

Article 10^f

The members of the Commission shall be elected for five years. They shall be eligible for re-election.

Article 11

In the case of a casual vacancy, the Commission itself shall fill the vacancy having due regard to the provisions contained in articles 2 and 8 of this Statute.

Article 12^d

The Commission shall sit at the European Office of the United Nations at Geneva. The Commission shall, however, have the right to hold meetings at other places after consultation with the Secretary-General.

Article 13^e

Members of the Commission shall be paid travel expenses, and shall also receive a special allowance, the amount of which shall be determined by the General Assembly.

Article 14

The Secretary-General shall, so far as he is able, make available staff and facilities required by the Commission to fulfil its task.

CHAPTER II. FUNCTIONS OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Article 15

In the following articles the expression “progressive development of international law” is used for convenience as meaning 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. Similarly, the expression “codification of international law” is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine.

^e Text amended by General Assembly resolution 985 (X) of 3 December 1955.

^d Text amended by General Assembly resolution 984 (X) of 3 December 1955.

^f Text amended by General Assembly resolution 485 (V) of 12 December 1950.

A. PROGRESSIVE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

Article 16

When the General Assembly refers to the Commission a proposal for the progressive development of international law, the Commission shall follow in general a procedure on the following lines:

- (a) It shall appoint one of its members to be Rapporteur;
- (b) It shall formulate a plan of work;
- (c) It shall circulate a questionnaire to the Governments, and shall invite them to supply within a fixed period of time data and information relevant to items included in the plan of work;
- (d) It may appoint some of its members to work with the Rapporteur on the preparation of drafts pending receipt of replies to this questionnaire;
- (e) It may consult with scientific institutions and individual experts; these experts need not necessarily be nationals of Members of the United Nations. The Secretary-General will provide, when necessary and within the limits of the budget, for the expenses of these consultations of experts;
- (f) It shall consider the drafts proposed by the Rapporteur;
- (g) When the Commission considers a draft to be satisfactory, it shall request the Secretary-General to issue it as a Commission document. The Secretariat shall give all necessary publicity to this document which shall be accompanied by such explanations and supporting material as the Commission considers appropriate. The publication shall include any information supplied to the Commission in reply to the questionnaire referred to in subparagraph (c) above;
- (h) The Commission shall invite the Governments to submit their comments on this document within a reasonable time;
- (i) The Rapporteur and the members appointed for that purpose shall reconsider the draft taking into consideration these comments and shall prepare a final draft and explanatory report which they shall submit for consideration and adoption by the Commission;
- (j) The Commission shall submit the draft so adopted with its recommendations through the Secretary-General to the General Assembly.

Article 17

1. The Commission shall also consider proposals and draft multilateral conventions submitted by Members of the United Nations, the principal organs of the United Nations other than the General Assembly, specialized agencies, or official bodies established by intergovernmental agreement to encourage the progressive development of international

law and its codification, and transmitted to it for that purpose by the Secretary-General.

2. If in such cases the Commission deems it appropriate to proceed with the study of such proposals or drafts, it shall follow in general a procedure on the following lines:

(a) The Commission shall formulate a plan of work, and study such proposals or drafts, and compare them with any other proposals and drafts on the same subjects;

(b) The Commission shall circulate a questionnaire to all Members of the United Nations and to the organs, specialized agencies and official bodies mentioned above which are concerned with the question, and shall invite them to transmit their comments within a reasonable time;

(c) The Commission shall submit a report and its recommendations to the General Assembly. Before doing so, it may also, if it deems it desirable, make an interim report to the organ or agency which has submitted the proposal or draft;

(d) If the General Assembly should invite the Commission to proceed with its work in accordance with a suggested plan, the procedure outlined in article 16 above shall apply. The questionnaire referred to in paragraph (e) that article may not, however, be necessary.

B. CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW

Article 18

1. The Commission shall survey the whole field of international law with a view to selecting topics for codification, having in mind existing drafts whether governmental or not.

2. When the Commission considers that the codification of a particular topic is necessary or desirable, it shall submit its recommendations to the General Assembly.

3. The Commission shall give priority to requests of the General Assembly to deal with any question.

Article 19

1. The Commission shall adopt a plan of work appropriate to each case.

2. The Commission shall, through the Secretary-General, address to Governments a detailed request to furnish the texts of laws, decrees, judicial decisions, treaties, diplomatic correspondence and other documents relevant to the topic being studied and which the Commission deems necessary.

Article 20

The Commission shall prepare its drafts in the form of articles and shall submit them to the General Assembly together with a commentary containing:

- (a) Adequate presentation of precedents and other relevant data, including treaties, judicial decisions and doctrine;
- (b) Conclusions relevant to:
 - (i) The extent of agreement on each point in the practice of States and in doctrine;
 - (ii) Divergences and disagreements which exist, as well as arguments invoked in favour of one or another solution.

Article 21

1. When the Commission considers a draft to be satisfactory, it shall request the Secretary-General to issue it as a Commission document. The Secretariat shall give all necessary publicity to the document including such explanations and supporting material as the Commission may consider appropriate. The publication shall include any information supplied to the Commission by Governments in accordance with article 19. The Commission shall decide whether the opinions of any scientific institution or individual experts consulted by the Commission shall be included in the publication.

2. The Commission shall request Governments to submit comments on this document within a reasonable time.

Article 22

Taking such comments into consideration, the Commission shall prepare a final draft and explanatory report which it shall submit with its recommendations through the Secretary-General to the General Assembly.

Article 23

- 1. The Commission may recommend to the General Assembly:
 - (a) To take no action, the report having already been published;
 - (b) To take note of or adopt the report by resolution;
 - (c) To recommend the draft to Members with a view to the conclusion of a convention;
 - (d) To convoke a conference to conclude a convention.
- 2. Whenever it deems it desirable, the General Assembly may refer drafts back to the Commission for reconsideration or redrafting.

Article 24

The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the collection and publication of documents concerning State practice and of the decisions of national and international courts on questions of international law, and shall make a report to the General Assembly on this matter.

CHAPTER III. COOPERATION WITH OTHER BODIES

Article 25

1. The Commission may consult, if it considers it necessary, with any of the organs of the United Nations on any subject which is within the competence of that organ.

2. All documents of the Commission which are circulated to Governments by the Secretary-General shall also be circulated to such organs of the United Nations as are concerned. Such organs may furnish any information or make any suggestions to the Commission.

Article 26

1. The Commission may consult with any international or national organizations, official or non-official, on any subject entrusted to it if it believes that such a procedure might aid it in the performance of its functions.

2. For the purpose of distribution of documents of the Commission, the Secretary-General, after consultation, with the Commission, shall draw up a list of national and international organizations concerned with questions of international law. The Secretary-General shall endeavour to include on this list at least one national organization of each Member of the United Nations.

3. In the application of the provisions of this article, the Commission and the Secretary-General shall comply with the resolutions of the General Assembly and the other principal organs of the United Nations concerning relations with Franco Spain and shall exclude, both from consultations and from the list, organizations which have collaborated with the nazis and fascists.

4. The advisability of consultation by the Commission with inter-governmental organizations whose task is the codification of international law, such as those of the Pan American Union, is recognized.

ANNEXE B

Statut de la Commission du droit international

Article premier

1. La Commission du droit international a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification.
2. Elle s'occupera au premier chef du droit international public, sans qu'il lui soit interdit de pénétrer dans le domaine du droit international privé.

CHAPITRE PREMIER. — ORGANISATION DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

*Article 2**

1. La Commission se compose de trente-quatre membres, possédant une compétence reconnue en matière de droit international.
2. Elle ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat.
3. En cas de double nationalité, un candidat sera considéré comme ayant la nationalité du pays dans lequel il exerce ordinairement ses droits civils et politiques.

Article 3

Les membres de la Commission sont élus par l'Assemblée générale sur une liste de candidats présentés par les gouvernements des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies.

Article 4

Chaque Membre peut présenter quatre candidats au plus, dont deux peuvent être ressortissants de l'Etat qui les présente et deux peuvent être des ressortissants d'autres Etats.

* Texte amendé par la résolution 36/39 de l'Assemblée générale en date du 18 novembre 1981.

Article 5

Les noms des candidats doivent être communiqués par écrit par les gouvernements au Secrétaire général avant le 1^{er} juin de l'année au cours de laquelle l'élection a lieu; toutefois, un gouvernement peut, dans des cas exceptionnels, substituer à un candidat qu'il avait présenté avant le 1^{er} juin un autre candidat désigné au plus tard trente jours avant l'ouverture de l'Assemblée générale.

Article 6

Le Secrétaire général transmet aussitôt que possible aux gouvernements des Etats Membres les noms qui lui sont ainsi communiqués, de même que les *curriculum vitae* des candidats envoyés par le gouvernement qui les présente.

Article 7

Le Secrétaire général dresse, par ordre alphabétique, la liste, prévue à l'article 3 ci-dessus, de tous les candidats dûment présentés et la soumet à l'Assemblée générale aux fins de l'élection.

Article 8

A l'élection, les électeurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Commission réunissent individuellement les conditions requises et que, dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée.

Article 9^b

1. Sont élus, à concurrence du nombre maximal de membres prescrit pour chaque groupe régional, les candidats qui obtiennent le plus grand nombre de voix et au moins la majorité des voix des Membres présents et votants.

2. Au cas où plus d'un ressortissant d'un même Etat obtiendrait suffisamment de voix pour être élu, celui qui aura obtenu le plus de voix sera élu et, au cas où il y aurait partage égal des voix, le candidat le plus âgé sera élu.

^b Texte amendé par la résolution 36/39 de l'Assemblée générale en date du 18 novembre 1955.

Article 10^f

Les membres de la Commission sont élus pour cinq ans; ils sont rééligibles.

Article 11

En cas de vacance survenant après élection, la Commission pourvoit elle-même au siège vacant, en tenant compte des dispositions contenues dans les articles 2 et 8 ci-dessus.

Article 12^d

La Commission se réunit à l'Office européen des Nations Unies à Genève. Elle a toutefois le droit de se réunir en d'autres endroits, après consultation avec le Secrétaire général.

Article 13^e

Les membres de la Commission reçoivent leurs frais de voyage et, de plus, une indemnité spéciale dont le montant est fixé par l'Assemblée générale.

Article 14

Le Secrétaire général mettra, autant qu'il lui est possible, à la disposition de la Commission le personnel et les facilités dont la Commission aura besoin pour accomplir sa tâche.

CHAPITRE II. — TÂCHE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

Article 15

Dans les articles qui suivent, l'expression développement progressif du droit international est employée, pour la commodité, pour viser les cas où il s'agit de 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. De même, l'expression « codification du droit international » est employée, pour la commodité, pour viser les cas où il s'agit de formuler avec plus de

^c Texte amendé par la résolution 985 (X) de l'Assemblée générale en date du 3 décembre 1955.

^d Texte amendé par la résolution 984 (X) de l'Assemblée générale en date du 3 décembre 1955.

^e Texte amendé par la résolution 485 (V) de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1950.

précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique Etatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales.

A. — DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF DU DROIT INTERNATIONAL

Article 16

Lorsque l'Assemblée générale renvoie à la Commission une proposition concernant le développement progressif du droit international, la Commission suit, dans les grandes lignes, la procédure suivante :

- a) Désigne un rapporteur parmi ses membres;
- b) Elle établit un plan de travail;
- c) Elle adresse un questionnaire aux gouvernements et invite ces derniers à lui fournir, dans un délai déterminé, des informations et des renseignements se rapportant aux sujets figurant dans le plan de travail;
- d) Elle désigne, s'il y a lieu, dans son sein les membres chargés de travailler avec le Rapporteur à la préparation d'avant-projets, en attendant les réponses à son questionnaire;
- e) Elle peut consulter des institutions scientifiques et des experts individuels; ces experts ne devront pas nécessairement être des ressortissants de Membres de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général pourvoit, lorsque c'est nécessaire et dans les limites du budget, aux frais de consultations d'experts;
- f) Elle étudie les avant-projets du Rapporteur;
- g) Lorsqu'elle estime qu'un projet est satisfaisant, elle prie le Secrétaire général de le publier en tant que document de la Commission. Le Secrétariat donnera à ce document la publicité nécessaire et y joindra telles explications et pièces à l'appui que la Commission jugera appropriées. La publication doit comprendre les informations fournies à la Commission en réponse au questionnaire mentionné à l'alinéa c ci-dessus;
- h) Elle invite les gouvernements à présenter, dans un délai raisonnable, leurs observations sur ce document;
- i) Le Rapporteur et les membres désignés à cet effet réexaminent le projet à la lumière de ces observations et élaborent le texte final de ce projet avec rapport explicatif, qu'ils soumettent pour adoption à l'examen de la Commission;
- j) Elle soumet, par l'entremise du Secrétaire général, le texte adopté ainsi que ses recommandations à l'Assemblée générale.

Article 17

1. La Commission examine également les plans et projets de conventions multilatérales émanant de Membres de l'Organisation des Nations Unies, d'organes principaux des Nations Unies autres que l'Assemblée générale, d'institutions spécialisées ou d'organisations officielles établies par accords inter-gouvernementaux en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification, que lui transmet à cet effet le Secrétaire général.

2. Si, en de tels cas, elle juge utile de poursuivre l'étude desdits plans ou projets, elle suit, dans les grandes lignes, la procédure ci-dessous :

a) Elle établit un plan de travail, étudie lesdits plans ou projets et les compare avec d'autres plans ou projets se rapportant aux mêmes sujets;

b) Elle adresse un questionnaire à tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies et aux organes, institutions spécialisées et organisations officielles spécifiés ci-dessus qui sont intéressés à la question et les invite à faire connaître leurs observations dans un délai raisonnable;

c) Elle soumet un rapport et des recommandations à l'Assemblée générale. Elle peut aussi, si elle le juge désirable, faire, avant cela, un rapport intérimaire à l'organe ou institution dont émane le plan ou le projet;

d) Si l'Assemblée générale invite la Commission à poursuivre ses travaux selon un plan proposé, la procédure décrite à l'article 16 est applicable. Il se peut toutefois que le questionnaire mentionné à l'alinéa c dudit article soit inutile.

B. — CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL

Article 18

1. La Commission recherche, dans l'ensemble du droit international, les sujets appropriés de codification, en tenant compte des projets existants, qu'ils soient d'origine gouvernementale ou non.

2. Lorsqu'elle juge la codification d'un sujet nécessaire ou désirable, elle soumet ses recommandations à l'Assemblée générale.

3. Elle donne priorité à toute demande de l'Assemblée générale de traiter une question.

Article 19

1. La Commission adopte, pour chaque cas, le plan de travail qui lui paraît approprié.

2. Elle s'adresse, par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour leur demander, avec toute la précision nécessaire, de lui fournir les textes de lois, décrets, décisions judiciaires, traités, correspondance diplomatique et autres documents relatifs aux sujets à l'étude et dont elle croit avoir besoin.

Article 20

La Commission rédige ses projets en articles et les soumet à l'Assemblée générale avec un commentaire comprenant :

- a) Une présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes, y compris les traités, les décisions judiciaires et la doctrine;
- b) Des conclusions précisant :
 - i) L'étendue de l'accord réalisé sur chaque point dans la pratique des Etats et dans la doctrine;
 - ii) Les divergences et désaccords qui subsistent, ainsi que les arguments invoqués en faveur de chacune des thèses.

Article 21

1. Lorsque la Commission estime qu'un projet est satisfaisant, elle prie le Secrétaire général de le publier en tant que document de la Commission. Le Secrétariat donnera à ce document la publicité nécessaire et y joindra telles explications et pièces à l'appui que la Commission jugera appropriées. La publication doit comprendre les informations fournies à la Commission par les gouvernements en vertu de l'article 19. La Commission décide si des opinions émises par des institutions scientifiques ou des experts individuels consultés par la Commission doivent être comprises dans la publication.

2. La Commission demande aux gouvernements de lui faire connaître, dans un délai raisonnable, leurs observations sur ce document.

Article 22

La Commission prépare, à la lumière de ces observations, le texte final du projet et un rapport explicatif qu'elle soumet avec ses recommandations à l'Assemblée générale par l'entremise du Secrétaire général.

Article 23

1. La Commission peut recommander à l'Assemblée générale :
 - a) De n'entreprendre aucune action, le rapport ayant été publié;
 - b) De prendre acte du rapport, ou de l'adopter dans une résolution;
 - c) De recommander le projet aux Membres en vue de la conclusion d'une convention;

d) De convoquer une conférence pour conclure une convention.

2. Chaque fois qu'elle le juge utile, l'Assemblée générale renvoie à la Commission les projets aux fins de réexamen ou de nouvelle rédaction.

Article 24

La Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des Etats et des décisions de juridictions nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet.

CHAPITRE III. — COOPÉRATION AVEC D'AUTRES ORGANISMES

Article 25

1. La Commission peut consulter, lorsqu'elle le juge utile, tout organe des Nations Unies sur tout sujet entrant dans la compétence de cet organe.

2. Tous les documents de la Commission transmis aux gouvernements par le Secrétaire général seront également transmis aux organes de l'Organisation des Nations Unies qui y sont intéressés. Ces organes peuvent fournir des renseignements et présenter des suggestions à la Commission.

Article 26

1. La Commission peut consulter toute organisation, nationale ou internationale, officielle ou non, sur tout sujet qui lui a été confié, si elle le juge utile à l'accomplissement de sa tâche.

2. Aux fins de la distribution des documents de la Commission, le Secrétaire général établira, après avoir consulté la Commission, une liste d'organisations nationales ou internationales s'occupant du droit international. Il s'efforcera d'inclure dans cette liste au moins une organisation nationale de chaque Membre de l'Organisation des Nations Unies.

3. En appliquant les dispositions du présent article, la Commission et le Secrétaire général se conformeront aux résolutions de l'Assemblée générale et des autres organes principaux de l'Organisation des Nations Unies concernant les relations avec l'Espagne franquiste et excluront des consultations et de la liste les organisations qui ont collaboré avec les nazis et les fascistes.

4. L'utilité de consultations entre la Commission et les organes intergouvernementaux, tels que ceux de l'Union panaméricaine, dont la tâche est la codification du droit international, est reconnue.